

LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES - PSI

DEMANDADO CONSORCIO CHUYAS

TIPO DE ARBITRAJE INSTITUCIONAL Y DE DERECHO

TRIBUNAL ARBITRAL Dra. Rosario del Pilar Fernández Figueroa **(Presidente del Tribunal Arbitral)**
Dr. Ronald Quispe Villalobos **(Árbitro)**
Dr. Leonardo Manuel Chang Valderas **(Árbitro)**

SECRETARIO ARBITRAL Rudy Manuel Mancilla Escarcena

5 abril de 2021

Resolución N° 24

En Lima, a los 05 días del mes de abril de 2021, 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 sobre, las pretensiones planteadas en la demanda, las excepciones formuladas, su contestación, las pretensiones planteadas en la reconvencción y su contestación, dicta el siguiente Laudo Arbitral para poner fin a la controversia.

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL:

- 1.1. El convenio arbitral está contenido en la cláusula Décimo Octava del Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación y Mejoramiento del Canal de Irrigación Chuyas – Huaycho (Tramo Vilcarajra - Huaycho), distrito de Huayllán Pomabamba - Ancash” de fecha 26 de junio de 2013, suscrito entre el PSI y el CONSORCIO CHUYAS (en adelante, “**CONTRATO**”), en los siguientes términos:

CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

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

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. El arbitraje será resuelto, por un Tribunal Arbitral, bajo la organización y administración del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de acuerdo con su Reglamento.

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

II. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

- 2.1. Con escrito de fecha 14 de marzo de 2017, el PSI presentó la solicitud de arbitraje ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la

PUCP, designando como árbitro al abogado Leonardo Manuel Chang Valderas; quien aceptó con escrito de fecha 19 de julio de 2017.

- 2.2. Mediante Carta N° 001-2017/C.CHUYAS, presentado con fecha 12 de junio de 2017, el CONSORCIO CHUYAS aceptó la solicitud de arbitraje, designando como árbitro al abogado Ronald Quispe Villalobos; quien aceptó con escrito de fecha 24 de julio de 2017.
- 2.3. Ante la falta de acuerdo de los árbitros de partes, el Consejo Superior de Arbitraje, designó a la Dra. Rosario del Pilar Fernández Figueroa, en el cargo de Presidenta del Tribunal Arbitral; quien aceptó con escrito de fecha 06 de noviembre de 2017.
- 2.4. Con fecha 10 de enero de 2018, se instaló el Tribunal Arbitral, con la Dra. Rosario del Pilar Fernández Figueroa como Presidenta y los abogados Leonardo Manuel Chang Valderas y Ronald Villalobos Quispe como co-árbitros; fijándose las reglas aplicables al presente proceso, suscribiéndose el acta respectiva.
- 2.5. En tal sentido, el Tribunal Arbitral se encuentra válidamente constituido y las partes no formularon ninguna objeción y/o cuestionamiento al respecto.

III. NORMATIVIDAD APLICABLE

- 3.1. Conforme a lo señalado en los numerales 3 y 5 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se estableció que el presente arbitraje se seguirá de conformidad con el Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP (en adelante "**REGLAMENTO**"); y la legislación aplicable será la peruana.

IV. ACTUACIONES ARBITRALES

A. DEMANDA DEL PSI

- 4.1. Con fecha 24 de enero de 2018, dentro del plazo establecido en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, el PSI presentó su escrito de demanda arbitral, subsanado mediante escrito de fecha 16 de julio de 2018, formulando las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare la invalidez y/o ineficacia de la Resolución del CONTRATO, efectuada por el CONSORCIO CHUYAS con Carta Notarial N° 001-2017/CCH/EGCM, recibida por el PSI con fecha 19 de enero de 2017, debido a que la declaración de nulidad del mismo contrato efectuada previamente por la Entidad había quedado consentida y porque no se ha cumplido con el procedimiento legal ni con acreditar la causal en que habría incurrido el PSI, de acuerdo a lo previsto en el inciso c) del artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con el artículo 168 del Reglamento.

Segunda Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral ordene al CONSORCIO CHUYAS el pago de una indemnización por daños y perjuicios a favor del PSI, por el monto total de S/. 3'433,065.52, derivada por haber dejado inconclusa la obra y por los vicios ocultos que afectan la construcción parcial de la obra ejecutada por el CONSORCIO CHUYAS, la misma que comprende los siguientes conceptos:

Daño Emergente: El CONSORCIO CHUYAS debe pagar la suma de S/. 1'089,679.81, correspondiente a los adelantos directos y de materiales y que no han sido amortizados.

Daño Emergente: El CONSORCIO CHUYAS debe pagar la suma de S/. 360,385.71, por la penalidad en que ha incurrido por los retrasos injustificados durante la ejecución de la obra.

Daño Emergente: El CONSORCIO CHUYAS debe pagar la suma de S/. 133,000.00, por los gastos en que ha incurrido el PSI para la

preliquidación física y financiera de la obra inconclusa y elaborar el Expediente Técnico necesario para culminar la obra y que comprende, además, la determinación de los vicios ocultos en la construcción parcial ejecutada por el CONSORCIO CHUYAS y que deberán ser reparados.

Daño Emergente: El CONSORCIO CHUYAS debe pagar la suma de S/ 1'850,000.00, por los trabajos que tendrá que realizar el PSI para culminar la obra – ejecución de saldo de obra.

Tercera Pretensión Principal: Que, se ordena a la Entidad asumir la integridad de los costos y costas que genere el presente proceso arbitral.

- 4.2. El PSI expone lo siguiente, como antecedentes:
- 4.3. Con fecha 26 de junio de 2013, el CONSORCIO y el PSI suscribieron el CONTRATO por el monto de S/. 3'603 857.09 soles, con un plazo de ejecución de 180 días calendario.
- 4.4. A pesar de las ampliaciones de plazo otorgadas, sostiene el PSI que el CONSORCIO incurrió en diversos incumplimientos contractuales, lo que generó que mediante Carta N | °047-2013/PSI-Huayllan/CMC-Sup de fecha 10 de octubre de 2013, el Supervisor de obra informara al PSI que el CONSORCIO había incurrido en un segundo atraso de obra, lo que constituía causal de resolución de contrato o intervención económica.
- 4.5. Los antecedentes de incumplimiento justificaron que el PSI efectúe un apercibimiento de resolución de contrato y en respuesta, el CONSORCIO resolvió el CONTRATO en dos oportunidades (exp. 531-112-14 concluido con Laudo y el exp. 957-19-16, archivado por falta de pago); controversias que se tramitaron en dos procesos arbitrales cuyas piezas, en parte, han sido ofrecidas como medios probatorios. Asimismo, señala el PSI que declaró la nulidad de oficio del CONTRATO

con la emisión de la Resolución Directoral N° 633-2015-MINAGRI-PSI de fecha 22 de septiembre de 2015, notificada el mismo día al CONSORCIO con Carta N° 2055-2015-MINAGRI-PSI-OAF; decisión que quedó consentida pues el CONSORCIO no la sometió a conciliación o arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en el art. 144 del Reglamento.

- 4.6. Sobre la primera pretensión que postula en la demanda, el PSI sostiene que declara la nulidad de oficio del CONTRATO el 22 de septiembre de 2015, y ocurrido su consentimiento, el CONSORCIO resolvió el CONTRATO a través de la Carta Notarial N° 01-2017/CCH/EBCM de fecha 19 de enero de 2017; es decir, para el PSI, el CONSORCIO resolvió un contrato que ya no existía, por lo que la resolución de contrato, no tiene validez.
- 4.7. Con relación a la segunda pretensión, el PSI sostiene que la obra inició con fecha 15 de agosto de 2013 y debía terminar con fecha 23 de diciembre de 2013; sin embargo, debido a las ampliaciones de plazo N° 04, 07, 09 y 10, la nueva fecha para el término de la obra era el 18 de julio de 2014. En ese sentido, alega que el CONSORCIO ha incurrido en penalidad desde el 19 de julio de 2014.
- 4.8. El PSI refiere que, en el Asiento N° 14 del Supervisor del Cuaderno de Obra de fecha 02 de septiembre de 2013, se indicó a la letra *“esta supervisión ha procesado la valorización del mes de agosto, con los metrados ejecutados e indicados en el Asiento N° 08 del Residente de obra en la cual se observa que el avance físico es de 0.58% y de acuerdo al cronograma valorizado actualizado se tiene que el avance es de 4%, por lo cual la obra está en situación de atrasado en 3.42%; se observa además que el contratista deberá presentar un nuevo calendario acelerado, en vista que el acumulado es menor al 80% del acumulado valorizado programado”*.

- 4.9. En ese contexto, manifiesta que, mediante Carta N° 042-2013/PSI/-Huayllan/CMC-SUP, de fecha 01 de octubre de 2013, le comunicó al CONSORCIO el incumplimiento en la presentación del calendario acelerado de obra. El CONSORCIO presentó el calendario acelerado a través de la Carta N° 031-2013/CCH/EGCM de fecha 01 de octubre de 2013.
- 4.10. Menciona que, en el Asiento N° 56 del Supervisor de fecha 03 de octubre de 2013, textualmente, se señala *“en cuanto a la valorización N° 02 correspondiente al mes de septiembre, se tiene que el monto de la valorización ejecutada es menor al 80% del monto acumulado programado del nuevo calendario acelerado, por la que la obra se encuentra en situación de atraso (artículo 205 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado)”*.
- 4.11. Señala que tanto el Supervisor como la Coordinadora de la Obra, mediante la Carta N° 047-2013/PSI/-Huayllan/CMC-SUP de fecha 10 de octubre de 2013 y el Informe N° 04-2014-MINAGRI-PSI-KPV de fecha 28 de agosto de 2014, respectivamente; refirieron que el atraso es causal de resolución contractual. Por lo que el PSI indica que están demostrados los incumplimientos contractuales del CONSORCIO.
- 4.12. Sostiene el PSI que dichos acontecimientos le han generado los siguientes daños:
- i) Falta de amortización de los adelantos Directo y de Materiales entregados al CONSORCIO CHUYAS, los mismos que no han podido amortizarse porque las cartas fianzas han sido falsas.
 - ii) La penalidad en que ha incurrido el CONSORCIO por los retrasos injustificados durante la ejecución de la obra.
 - iii) Los gastos en que ha incurrido el PSI para la preliquidación física y financiera de la obra inconclusas y elaborar el expediente técnico de

saldo de obra necesario para culminar la obra y que comprenden, además, la determinación de los vicios ocultos en la construcción parcial ejecutada por el CONSORCIO.

- iv) Los trabajos que tendrá que realizar el PSI para culminar la obra.
- 4.13. Alega que, los referidos daños están técnicamente sustentados en el Informe Técnico Externo N° 173-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OS/MMO de fecha 12 de octubre de 2016.
- 4.14. En relación a la Antijuricidad indica que, la conducta del CONSORCIO CHUYAS contravino lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la LCE que señalan: **Artículo 49.** – Los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato. **Artículo 50.** – El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un (01) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. Además, sostiene que, el CONSORCIO ha lesionado el interés general.
- 4.15. En relación al Daño refiere que, se encuentra demostrado con los medios probatorios ofrecidos y que evidencian la afectación a una finalidad pública perseguida con la ejecución de una obra y a la afectación pecuniaria del erario nacional y de la aplazada mejora de la calidad de vida de los agricultores de la zona.
- 4.16. En relación a la Causalidad sostiene que, el hecho generador del daño es la ejecución deficiente de la obra.
- 4.17. En relación al Factor de Atribución indica que, en materia de responsabilidad contractual el factor de atribución es la culpa. Que, el CONSORCIO CHUYAS tenía pleno conocimiento de los requisitos

técnicos requeridos para la ejecución, por lo que los inobservó dolosamente.

B. CONTESTACIÓN, RECONVENCIÓN DEL CONSORCIO Y EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA.

- 4.18. Con escrito de fecha 28 de mayo de 2018, el CONSORCIO contesta la demanda y reconviene. Mediante escrito de fecha 25 de agosto de 2018 subsana la contestación y reconvencción.
- 4.19. Sobre la Primera Pretensión Principal de la demanda, el CONSORCIO alega que el Expediente Técnico estuvo mal formulado por el PSI, puesto que, decidió reubicar el reservorio en un lugar distinto al indicado en el Expediente Técnico, pues no contaba con el saneamiento legal.
- 4.20. Sostiene que, a fin de evitar cualquier burocracia y acelerar la ejecución de la obra, compró el terreno para la ubicación del reservorio de 1000 m³, lo que comunicó al PSI mediante Carta N° 035-2013/CCH/EGCM recibida el 23 de octubre de 2013.
- 4.21. Refiere que, con Carta N° 042-2013/CCH/EGCM recibida por el PSI con fecha 05 de noviembre de 2013, le comunicó que conforme los asientos N° 73, 80, 86, 87, 92, 99, 102, 105, a la fecha, no cumplía con regularizar la incompatibilidad del Expediente Técnico y de la realidad de lo existente en el campo; por lo que se vio obligado a reducir los ritmos de trabajo y paralizar la obra, hasta que el PSI resuelva lo solicitado.
- 4.22. El CONSORCIO refiere que, mediante Carta N° 044-2013-2013/CCH/EGCM recibida por el PSI con fecha 26 de noviembre de 2013, indicó que, durante la ejecución del movimiento de tierras, los trabajos fueron paralizados por el supervisor, el alcalde de Huayllán y los pobladores. Que, el supervisor señaló que el terreno reubicado no

era apto para la construcción del reservorio, debido a una falla geológica.

- 4.23. En ese contexto alega que, no siendo responsable de la reubicación, del estudio de suelos, topográficos y rediseños del reservorio, no es responsable de las paralizaciones.
- 4.24. Menciona que, con Carta N° 011-2014/CCH/EGCM recibida por el PSI con fecha 13 de enero de 2014, solicita el Adicional de Obra N° 03 y Deductivo N° 02. Aprobado, con Carta N° 028-2014/PSI-Huayllan/CMC-SUP de fecha 07 de marzo de 2014 el PSI le remitió la Valorización N° 01 del presupuesto adicional N° 03. Con Carta N° 038-2014/PSI-Huayllan/CMC-SUP de fecha 07 de abril de 2014, le remitió la Valorización N° 02 del presupuesto adicional N° 03. Con Carta N° 057-2014/PSI-Huayllan/CMC-SUP de fecha 06 de junio de 2014, le remitió la Valorización N° 03 del Adicional N° 03.
- 4.25. Sostiene que, con Carta N° 058-2014/PSI-Huayllan/CMC-SUP de fecha 06 de junio de 2014, el PSI le remitió la Valorización N° 01 del Adicional de N° 04.
- 4.26. Refiere que, con Carta N° 055-2014/PSI-Huayllan/CMC-SUP de fecha 06 de junio de 2014, el PSI le remitió la Valorización N° 09 y con ella los trabajos relacionados al Expediente Técnico inicial fueron ejecutados en un 100%.
- 4.27. En ese contexto, mediante Carta N° 034-2014/CCH/EGCM, recibida por el PSI con fecha 23 de junio de 2014, le comunicó que los trabajos del contrato inicial estarían ejecutados en un 100% y que no había cumplido con los pagos de las valorizaciones N° 01, 02 y 03 del Presupuesto Adicional de Obra N° 03 y valorizaciones N° 09 y valorización N° 01 del Presupuesto Adicional de Obra N° 04. Así, refiere que con Carta N° 040-2014/CCH/EGCM recibida con fecha 08 de agosto de 2014, le comunicó lo mismo, además de hacerle saber que el avance lento y paralizaciones se originaron por la falta de pago.

- 4.28. El CONSORCIO sostiene que, mediante Carta Notarial recibida por el PSI con fecha 05 de agosto de 2014, le solicitó cumpla con sus obligaciones, bajo apercibimiento de resolución contractual y, siendo que el PSI no cumplió, procedió a resolver el CONTRATO por incumplimiento en la reformulación del Expediente Técnico y el pago de las valorizaciones.
- 4.29. Por último, en relación a la compra del terrero indica que dicho gasto debe ser resarcido.
- 4.30. Sobre la Segunda Pretensión Principal de la demanda, dedujo **excepción de cosa juzgada**, pues el PSI en el proceso signado con el expediente N° 532-113-14, había solicitado la misma pretensión, en los siguientes términos:

Tercer Punto Controvertido

Determinar si corresponde o no, ordenar al consorcio el pago de una indemnización por daños y perjuicios, por los daños ocasionados por dejar inconclusa la obra.

- 4.31. Señala que, sobre la referida pretensión, el Tribunal Arbitral laudó como sigue:

Tercero. Declárese Infundado el tercer punto controvertido; en consecuencia, no corresponde ordenar al Consorcio el pago de una indemnización por daños y perjuicios, por los daños ocasionados por dejar la obra inconclusa.

- 4.32. Sin perjuicio de lo anterior, indica que actuó con la diligencia ordinaria, que el incumplimiento fue del PSI y que este no ha probado los supuestos daños.

- 4.33. De otro lado, el CONSORCIO, vía reconvencción, formuló las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal:

Se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral N° 633-2015-MINAGRI-PSI de fecha 22 de septiembre de 2015 con la cual se resuelve declarar la nulidad de oficio del CONTRATO.

Segunda Pretensión Principal:

La obligación del PSI de dar suma de dinero (pago) de los costos (honorarios del abogado) y costas (gastos del proceso: honorarios del tribunal arbitral y de la secretaría arbitral) derivados de este proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

- 4.34. Con relación a la Primera Pretensión Principal de la reconvencción, señala que, con fecha 07 de septiembre de 2015, fue informado del inicio del procedimiento administrativo sancionador (PAS) por haber, supuestamente, presentado documentación falsa y/o información inexacta.
- 4.35. Refiere que, mediante Carta N° 2055-2015-MINAGRI-PSI-OAF, recibida con fecha 22 de septiembre de 2015, le notificaron la Resolución Directoral N° 633-2015-MINAGRI-PSI de fecha 22 de septiembre de 2015, que resolvió declarar la nulidad de oficio del CONTRATO debido a la presentación de cartas fianzas falsas de fiel cumplimiento (N° 039-414-2014-CRACSL), adelanto directo (N° 039-415-2014-CRACSL) y de materiales (N° 039-416-2014-CRACSL).
- 4.36. No obstante, alega que dichas cartas fianzas son válidas, como lo informó el Jefe de Negocios no Minoristas, Sr. Julio Bastante Murillo; y el Gerente General de la Caja Señor de Luren, Sr. Edward Elías

Vásquez Arrieta y lo señalado en la Carta N° 236-2015-SAU-CRAC-SL de fecha 10 de marzo de 2015.

- 4.37. Alega que actuó con diligencia y que todas las irregularidades consignadas en los actuados son atribuibles a la Caja Señor de Luren. Por lo que siendo así, la Resolución Directoral N° 633-2015-MINAGRI-PSI carece de motivación, pues no existe responsabilidad de su parte.
- 4.38. Asimismo, señala que dicha resolución no surte efectos por problemas con la notificación, pues el CONSORCIO había señalado el cambio de su domicilio.
- 4.39. Con relación a la Segunda Pretensión Principal de la reconvenición, indica que, el capital destinado para cubrir planilla y otros gastos, han sido usados en los costos y costas de este arbitraje, lo que el Tribunal Arbitral debe considerar.

C. CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN Y EXCEPCION DE CADUCIDAD

- 4.40. Mediante escrito de fecha 25 de julio de 2018, el PSI contestó la reconvenición y formuló excepción de caducidad contra la Primera Pretensión Principal de la reconvenición. Alega que la nulidad de oficio del CONTRATO fue notificada al CONSORCIO con fecha 22 de septiembre de 2015 y que recién en el 2016, inició el proceso arbitral con el expediente N° 957-19-16 PUCP, donde planteo la nulidad de la Resolución Directoral N° 633-2015-MINAGRI-PSI, proceso que fue archivado; y, siendo que, de conformidad con el artículo 144 del RLCE, tenía un plazo de quince (15) días para accionar en conciliación o arbitraje, el plazo caducó.
- 4.41. En relación al fondo de la controversia refiere que la nulidad de oficio del CONTRATO fue efectuada siguiendo el procedimiento correspondiente en la LCE y que llegó a comprobar que las cartas

fianzas que el CONSORCIO presentó no eran fidedignas, vulnerando el principio de presunción de veracidad.

D. ABSOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

- 4.42. El CONSORCIO con escrito de fecha 06 de septiembre de 2018, absolvió la excepción de caducidad formulada por el PSI, sosteniendo que luego de suscrito el CONTRATO cambió su domicilio, el cual fue convalidado por el PSI, pues varios documentos fueron remitidos a su nuevo domicilio; sin embargo, la Resolución Directoral N° 633-2015-MINAGRI-PSI fue remitida a su domicilio anterior y solo se enteró gracias a que la empresa que domicilia allí, se lo remitió con fecha 07 de junio de 2016.
- 4.43. En esa línea señala que, desde el 07 de junio de 2016 empezó a contabilizar el plazo de quince (15) días establecidos en el RLCE para someterla a conciliación y arbitraje, lo que realizó con fecha 23 de junio de 2016; por lo que no se produjo la caducidad.
- 4.44. Precisa que, el proceso arbitral signado con el expediente N° 957-19-16 PUCP, se archivó con Resolución N° 12, por lo que con fecha 06 de julio de 2017, solicitó nuevamente arbitraje; en consecuencia, no se ha producido la caducidad.
- 4.45. Finalmente, el CONSORCIO manifiesta que, la excepción es improcedente pues fue interpuesta fuera del plazo. Al respecto señala que, la reconvención fue notificada al PSI con fecha 11 de julio de 2018, teniendo el PSI cinco (05) días para deducir excepciones; no obstante, lo realizó el 25 de julio de 2018, en el día diez (10).

E. FIJACIÓN DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

- 4.46. Mediante Acta de Audiencia Especial y de Fijación de Puntos Controvertidos, de fecha 05 de marzo de 2019, el Tribunal Arbitral

invocó a las partes para que llegaran a un acuerdo conciliatorio, manifestando ambas partes que no era posible por el momento arribar a una solución convencional.

4.47. Asimismo, el Tribunal Arbitral precisó respecto a las excepciones, que las resolvería posteriormente, incluso al momento de emitir el laudo.

4.48. En relación a los puntos controvertidos, se fijaron en los siguientes términos:

A. Respecto a lo planteado por el PSI en su escrito de demanda de fecha 24 de enero de 2018, subsanada con fecha 16 de julio de 2018 y lo planteado por el CONSORCIO en su contestación de demanda de fecha 28 de mayo de 2018, subsanada con fecha 18 de julio de 2018, se estableció lo siguiente:

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no determinar la invalidez y/o ineficacia de la Resolución del CONTRATO, efectuada por el CONSORCIO CHUYAS con Carta Notarial N° 001-2017/CCH/EGCM, recibida por el PSI con fecha 19 de enero de 2017, debido a que la declaración de nulidad del mismo contrato efectuada previamente por la Entidad había quedado consentida y porque no se ha cumplido con el procedimiento legal ni con acreditar la causal en que habría incurrido el PSI, de acuerdo a lo previsto en el inciso c) del artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con el artículo 168 del Reglamento.

Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no al CONSORCIO CHUYAS el pago de una indemnización por daños y perjuicios a favor del PSI, por el monto total de S/. 3'433,065.52, por haber dejado inconclusa la obra y por los vicios ocultos que afectan la construcción parcial de la obra ejecutada por el CONSORCIO CHUYAS, la misma que comprende los siguientes conceptos:

Daño Emergente: La suma de S/ 1'089,679.81, correspondiente a los adelantos directos y de materiales entregados al CONSORCIO CHUYAS y que no han sido amortizados.

Daño Emergente: La suma de S/ 360,385.71, por la penalidad en que ha incurrido el CONSORCIO CHUYAS por los retrasos injustificados durante la ejecución de la obra.

Daño Emergente: La suma de S/ 133,000.00, por los gastos en que ha incurrido el PSI para la preliquidación física y financiera de la obra inconclusa y elaborar el Expediente Técnico de Saldo de Obra necesario para culminar la obra y que comprende, además, la determinación de los vicios ocultos en la construcción parcial ejecutada por el CONSORCIO CHUYAS y que deberán ser reparados.

Daño Emergente: La suma de S/ 1'850,000.00, por los trabajos que tendrá que realizar el PSI para culminar la obra – ejecución de saldo de obra.

- B. Respecto a lo planteado por el CONSORCIO en su reconvencción de fecha 28 de mayo de 2018, subsanada el 18 de julio de 2018 y la contestación de la reconvencción presentada por el PSI con fecha 25 de julio de 2018:

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral N° 633-2015-MINAGRI-PSI, de fecha 22 de septiembre de 2015, con la cual se resuelve declarar la nulidad de oficio del CONTRATO.

Punto Controvertido Común para las Pretensiones de la Demanda y de la Reconvencción: Determinar si corresponde o no, que una de las dos partes asuma el íntegro de las costas y costos del proceso.

F. DE LOS MEDIOS PROBATORIOS y ANEXOS

4.49. En el Acta de Audiencia Especial y de Fijación de Puntos Controvertidos, de fecha 05 de febrero de 2019, también se admitieron los siguientes medios probatorios.

- De la demanda y su subsanación, los documentos ofrecidos en el Acápite "III. Medios Probatorios" del escrito de demanda arbitral, los cuales se acompañan en calidad de anexos del Anexo 5- A al 5-R.

- De la contestación de la demanda y reconvención, y su subsanación, los documentos ofrecidos en el Acápite "V. Medios Probatorios/Anexos" del escrito de contestación de la demanda, los cuales se acompañan en calidad de anexos del numeral 1 al 29.

- Asimismo, el documento a que se refiere el pedido de exhibición formulado por el CONSORCIO en el escrito de subsanación a la absolución de demanda y formulación de reconvención presentado con fecha 18 de julio de 2018, consistente en el Memorándum N° 026-2014-MINAGRI.PSI-DIR-MIRIEGO. Así como, el documento solicitado en exhibición por el PSI con su escrito del 16 de julio de 2018, con el cual subsana la demanda y ofrece la exhibición de la carta notarial 012-2014/CCH/EGCN del 11 de noviembre de 2014; que las partes presentaron en el plazo de diez (10) días hábiles, conforme la Resolución N° 14 de fecha 10 de abril de 2019.

- De la contestación a la reconvención, el PSI ofreció los mismos documentos ofrecidos en su demanda.

4.50. El Tribunal Arbitral se reservó el derecho de actuar medios probatorios de oficio en cualquier momento, de considerarlo necesario para el esclarecimiento de los hechos que originan la controversia.

4.51. Con resolución N° 15, de fecha 27 de agosto de 2019, se admitieron los medios probatorios presentados por el CONSORCIO con fecha 19

de febrero de 2019, bajo la sumilla "Cumple requerimiento, presenta documentos", mediante el cual cumplió con lo requerido en la Audiencia especial y fijación de puntos controvertidos de fecha 05 de febrero de 2019.

4.52. Con resolución N° 16, de fecha 09 de octubre de 2019, se admiten los medios probatorios adicionales presentados por el PSI en su escrito de fecha 22 de abril de 2019.

4.53. Con resolución N° 17, de fecha 28 de noviembre de 2019, se declaró el cierre de la etapa probatoria, otorgándole a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.

G. ALEGATOS DEL PSI

4.54. El PSI presentó sus alegatos con fecha 06 de diciembre de 2019, reiterando lo sostenido en la demanda y contestación de la reconvencción.

H. ALEGATOS DE CONSORCIO CHUYAS

4.55. Presentó sus alegatos con fecha 04 de diciembre de 2019, correspondiendo a los fundamentos desarrollados en su escrito de su contestación de demanda y reconvencción.

I. SUSPENSIÓN DEL ARBITRAJE Y SU REANUDACIÓN

4.56. Mediante comunicado de fecha 15 de marzo de 2020, el Consejo Superior de Arbitraje, informó a usuarios, abogados y árbitros del Centro que, como consecuencia de la declaración de Estado de Emergencia decretada por el Gobierno del Perú, las diligencias programadas para los próximos quince días calendario deberían ser reprogramadas y quedan suspendidos todos los plazos aplicables a los arbitrajes bajo la administración del Centro de Arbitraje de la

Cámara de Comercio de Lima, mientras dure la medida o en tanto el Consejo Superior de Arbitraje emita un pronunciamiento al respecto.

4.57. La Secretaría General y los secretarios arbitrales continuarían atendiendo remotamente, a través de sus correos electrónicos, las consultas o inquietudes que pudieran tener.

4.58. Con Resolución N° 21, de fecha 30 de octubre de 2020, el Tribunal Arbitral resolvió:

*“(...) **RETÓMESE** el desarrollo de las actuaciones arbitrales del presente proceso arbitral según su estado.”*

J. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

4.59. Mediante Resolución N° 22, de fecha 11 de diciembre de 2020, se citó a las partes a la audiencia de informes orales a realizarse el 19 de enero de 2021.

4.60. Ambas partes hicieron uso de la palabra, sustentando su posición legal y técnica al respecto, se concedió el derecho a réplica y dúplica correspondiente y las partes respondieron las preguntas efectuadas por el Tribunal Arbitral.

K. CIERRE DE LAS ACTUACIONES Y FIJACIÓN DEL PLAZO PARA LAUDAR

4.61. Teniendo en cuenta lo señalado y estando el Tribunal Arbitral debidamente informado con las posiciones de las partes en el presente arbitraje, con Resolución N 23 de fecha 22 de febrero de 2021, se resolvió fijar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, el que podía ser ampliado por 30 días hábiles adicionales de conformidad con lo establecido en los artículos 64° del antiguo Reglamento de Arbitraje del Centro del 2012, aplicable al caso.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: **(i)** que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo a las normas de arbitraje vigentes; **(ii)** que en ninguna oportunidad se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral; **(iii)** que el PSI presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; **(iv)** que el CONSORCIO fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa e, incluso, reconvino; **(v)** que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios; así como tuvieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente, desarrollándose las actuaciones arbitrales respetando las garantías de audiencia bilateral, contradicción y trato igualitario a las partes; **(vi)** que en el estudio, análisis, apreciación y razonamiento del caso, el Tribunal Arbitral ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones expuestas así como todos los medios probatorios aprobados y admitidos, haciendo un análisis y una valoración de conjunto, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no lo haya tomado en cuenta para su decisión, ni que no haya sido considerado en el razonamiento lógico jurídico; **(vii)** que siendo un arbitraje de Derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de las defensas de forma y de las pretensiones teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a su valoración conjunta, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo al Derecho, se derivan para las partes, correspondiendo la carga de la prueba a quién alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto a tales hechos; **(viii)** que en relación a las pruebas aportadas al presente proceso arbitral, por aplicación del Principio de Comunidad o Adquisición de la Prueba, las pruebas ofrecidas y admitidas en el

proceso pertenecen al arbitraje; en consecuencia, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció; y, **(ix)** que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo establecido y con sujeción al derecho.

- 5.2. En consecuencia, el Tribunal Arbitral reitera que la eventual ausencia de mención en este Laudo de algún argumento, pieza o fundamento indicado por las partes no implica, empero, que el Tribunal Arbitral haya dejado de sopesar y merituar todos los elementos de juicio relevantes que le han sido aportados.

VI. ANÁLISIS

A. ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD FORMULADA POR EL PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES – PSI CONTRA LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN DEL CONSORCIO

- 6.1. El PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES – PSI señala que en el año 2015 luego de hacer los trámites respectivos para renovar las cartas fianzas por adelanto directo, adelanto de materiales y fiel cumplimiento, comprobó que las fianzas ofrecidas eran falsas y que como consecuencia de ello, expidió la Resolución Directoral N 633-2015-MINAGRI-PSI de fecha 22 de septiembre de 2015, notificada el mismo día al Consorcio con Carta N 2055-2015-MINAGRI-PSI-OAF a través de la cual declaró la nulidad de oficio del contrato derivado de la Licitación Pública N 007-2013-AG/PSI, sin que el Consorcio cuestionara la decisión.
- 6.2. Agrega que recién en el año 2016, el Consorcio inició un proceso arbitral, el mismo que tramitó con el expediente 957-19-16 ante el Centro de Arbitraje de la PUCP, en el que planteó 13 pretensiones dentro de las cuales se encontraba la nulidad de la Resolución que

declaró la nulidad de oficio del contrato de obra. Sin embargo, sostiene, el Tribunal Arbitral a cargo de ese proceso arbitral ordenó la conclusión y archivo del proceso según consta en las Resoluciones 11 y 12, ofrecidas como medios probatorios en la demanda.

- 6.3. Para el PSI, el Consorcio no solamente no inició proceso alguno para cuestionar la validez de la Resolución que declaró la nulidad del contrato, sino que además, el proceso arbitral signado con el expediente 957-19-16 que inició tardíamente, fue archivado.
- 6.4. Concluye el PSI señalando que han transcurrido los plazos de caducidad regulados en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado y artículo 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 6.5. Con el escrito N 03, el Consorcio absuelve la excepción, señalando que luego de suscrito el contrato con fecha 26 de marzo de 2013, mediante Carta N 006-2013/CLP/EGCM comunicó al PSI el cambio de domicilio procesal a Jr Julián Alarcón Mza 11, lote 01 Urb El Rosario (cuadra 8 y 9 de la Av. Germán Aguirre) Lima San Martín de Porres; sin embargo, pese a que la Entidad ya había notificado distintas declaraciones administrativas a esa dirección, la Resolución Directoral N 633-2015-MINAGRI-PSI fue remitida a la anterior dirección ubicada en Avenida Arenales 431 Oficina 10 A Santa Beatriz, por lo que no conocieron de la Resolución hasta cuando la empresa Construcciones e Inversiones Regionales S.A.C que domicilia en esa dirección, les remite la Carta N 033-2016/CIR, el 07 de junio de 2016.
- 6.6. Señala que desde el 07 de junio de 2016, conoce de la Resolución Directoral N 633-2015-MINAGRI-PSI, por lo que se encontraba habilitado para iniciar el proceso arbitral conforme a lo prescrito en el artículo 209 del Reglamento; lo que hizo, bajo el trámite del

expediente N 957-2019-16, pero fue archivado por lo que con Carta N 009-2017/C.CHUYAS de fecha 06 de julio de 2017, inició este nuevo procesal arbitral, concluyendo que no se ha producido la caducidad de su pretensión.

- 6.7. Por último, señala el Consorcio que la excepción ha sido deducida extemporáneamente pues con Resolución N 06 se corrió traslado al PSI de la demanda, ante lo cual tenía 05 días hábiles para interponer excepciones, sin embargo, recién lo hizo el 25 de julio de 2018, al décimo día, lo cual resulta contrario a lo dispuesto en el numeral 24 del Acta de Instalación.
- 6.8. A fin de determinar si la excepción de caducidad deducida por la Entidad es fundada o no, el Tribunal Arbitral debe establecer, en primer lugar, cual es el marco legal aplicable. En ese sentido, de acuerdo a la cláusula décimo séptima del contrato la normativa aplicable es el Decreto Legislativo N° 1017 Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 184-2008-EF, las Directivas que emite el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, y serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda y demás normas de derecho privado.
- 6.9. Que habiendo sido convocado el proceso de selección en el año 2013, al caso arbitral le son de aplicación las normas señaladas con las modificaciones introducidas por la Ley N° 29873 y el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, vigentes a partir del 20 de setiembre de 2012.
- 6.10. El artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por la Ley N 29873, establecía que:

Artículo 52. Solución de Controversias.

52.1 “Las controversias que surjan entre las partes sobre ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia.

Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación de contrato. 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 de contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. (...) Todos los plazos previstos son de caducidad.(...)”.

- 6.11. El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establecía en su artículo 215 lo siguiente:

Artículo 215°.- Inicio del Arbitraje Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 176°, 177°, 179°, 181°, 184°, 199°, 201°, 209°, 210°, 211° y 212°; en concordancia con lo dispuesto en el numeral 52. 2 del artículo 52° de la Ley.

- 6.12. Sobre la nulidad del contrato, el artículo 144 del Reglamento, establecía que:

“Artículo 144.- Nulidad del Contrato.

Son causales de declaración de nulidad de oficio del contrato las previstas por el artículo 56 de la Ley, para lo cual la Entidad cursará

carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad del contrato. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje"

- 6.13. A decir de este Tribunal Arbitral, la Ley de Contrataciones del Estado aplicable, establecía como plazo de caducidad para solicitar un arbitraje por la declaración de nulidad del contrato, quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de la carta notarial que contiene tal decisión.
- 6.14. En relación a la fecha en que la entidad comunicó la Resolución Directoral N 633-2015-MINAGRI-PSI de fecha 22 de septiembre de 2015, el Tribunal Arbitral ha verificado que a pesar de la declaración distinta prestada por la defensa del Consorcio en la Audiencia de Informes Orales de fecha 19 de enero de 2021, lo cierto es que el Consorcio, al formular la primera pretensión de la reconvencción reconoce que le fue notificada el 22 de septiembre de 2015, según se puede apreciar del siguiente texto:

I. PRETENSIONES:

A). SE DECLARE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCION DIRECTORAL N°633-2015-MINAGRI-PSI, DE FECHA 22.09.15, RECEPCIONADA EL MISMO DIA, CON CARTA N°2055-2015-MINAGRI-PSI-OAF, DE FECHA 22.09.15, CON LA CUAL SE RESUELVE DECLARAR LA NULIDAD DE OFICIO DEL CONTRATO DERIVADO DE LA LICITACION PUBLICA N°007-2013-AG/PSI, CONVOCADO PARA LA "EJECUCION DE LA OBRA: REHABILITACION Y MEJORAMIENTO DEL CANAL DE IRRIGACION CHUYAS-HUAYCHO (TRAMO VILCARAJRA-HUAYCHO), DISTRITO DE HUAYLLAN-POMABAMBA-ANCASH", SUSCRITO EL 26.06.13; CONFORME EL ARTÍCULO 56° DEL D.L. 1017 (MODIFICADO MEDIANTE LEY N°29873) - LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO- 3°, 6°, 10° Y 21° DE LA LEY N°27444-LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL-.

- 6.15. Adicionalmente, la defensa del Consorcio en la audiencia de informes orales confirmó que una de las pretensiones del petitorio de la demanda que presentó contra la Entidad, en el caso N 957-19-16, administrado también por el CARP PUCP, fue la nulidad de la Resolución Directoral N 633-2015-MINAGRI-PSI, en los siguientes términos:

Nulidad de Resolución Directoral de la Entidad que declaró Nulidad de Oficio del Contrato

K) Se declare la Nulidad y/o Ineficacia de la Resolución Directoral N° 633-2015-MINAGRI-PSI, de fecha 22.09.15, recepcionada el mismo día, con Carta N° 2055-2015-MINAGRI-PSI-OAF, de fecha 22.09.15, con la cual se resuelve declarar la Nulidad de Oficio del Contrato derivado de la Licitación Pública N° 007-2013-AG/PSI, convocado para la "Ejecución de la Obra: Rehabilitación y Mejoramiento del Canal de Irrigación Chuyas-Huaycho (Tramo Vilcarajra- Huaycho), distrito de Huayllan-Pomabamba-Ancash", suscrito el 26.06.13; conforme el Artículo 56° del D.L.1017 (Modificado mediante Ley N° 29873)-Ley de Contrataciones del Estado -3°, 6°, 10° y 21° de la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General.

- 6.16. El contratista también ha confirmado inclusive en su escrito N 11 "para mejor resolver" y escrito N 12 "alegatos" que interpuso el referido proceso arbitral y que, como lo señala la Entidad en el numeral 15 del escrito de demanda, el caso fue archivado sin pronunciamiento sobre el fondo por falta de pago de los gastos arbitrales; sin embargo, sostiene que no ha operado la caducidad que reclama su contraparte pues este proceso arbitral resulta ser una extensión del caso archivado.
- 6.17. Respecto de la caducidad, el artículo 2003 del Código Civil señala que esta extingue el derecho y la acción correspondientes. En concordancia con ello, el Organismo Técnico Especializado del OSCE ha señalado, mediante Opinión N°232-2017/DTN, que la caducidad es una institución jurídica que se caracteriza, principalmente, por extinguir un derecho material por la inactividad del titular de dicho derecho, privándosele de aquel luego de transcurrido el plazo fijado por la ley o la voluntad de los particulares. Ahora, respecto de la posibilidad de que se suspenda o interrumpa el plazo de caducidad, el Código Civil ha sido enfático al determinar su carácter continuo, pues en su artículo 2005 señala que "la caducidad no admite interrupción ni suspensión", salvo el caso previsto en el artículo 1994,

inciso 8 del mismo cuerpo normativo. Este supuesto no se cumple en el presente caso, siendo que no ha sido invocado por el Consorcio para sustraerse a los efectos letales de la caducidad.

- 6.18. El Tribunal Arbitral precisa que la caducidad es aquella institución que extingue el derecho y la acción correspondiente¹. Así lo ratifica la Corte Suprema de Justicia en la CAS. N° 4129-2015 al señalar:

“En esa perspectiva, debe indicarse que los plazos de caducidad son fulminantes y que con ellos se extingue el derecho y la acción (para utilizar los términos que usa el código civil). Como ha referido Vidal Ramírez, la caducidad “está referida a la temporalidad de ciertos derechos (que) nacen con una vigencia limitada”, trata de “evitar las incertidumbres en las relaciones y situaciones jurídicas” y son fijados “refiriéndose a hechos específicos” (a diferencia de la prescripción en la que se aplica el criterio de la actio nata)”.

- 6.19. Siendo una institución que sanciona relaciones jurídicas por el paso del tiempo cuando los derechos involucrados deben hacerse valer, esta tiende a destruir presupuestos procesales que no inciden en la determinación del fondo de la cuestión controvertida, limitando a la determinación de la existencia de una relación jurídica sustantiva válida de ser planteada por sobre una relación jurídica procesal válida que la sostiene.²

- 6.20. En ese sentido, y viendo que el transcurso del tiempo es un elemento importante para la aplicación de la caducidad, es necesario precisar que esta procede en la determinación de plazos exactos establecidos debidamente y bajo un principio de legalidad³, principio básico del derecho público y privado en nuestro país. Es decir, que los plazos de caducidad son fijados por ley.

¹ CASACIÓN N° 2566-99 / CALLAO

² CASACION N° 3167-96 / LIMA

³ **CASASSA CASANOVA, Sergio**; Las excepciones en el proceso civil; Gaceta Jurídica S. A.; Primera Edición; Noviembre 2014; Lima; p. 135.

6.21. En nuestro ordenamiento jurídico, la regulación genérica de la caducidad se encuentra contenida en el artículo 2004° Código Civil, que establece de manera expresa que los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario. De ello se tiene que la aplicación de la caducidad debe regirse mediante plazos exactos y debidamente establecidos, no siendo adecuado establecer estos por deducción o por interpretación de las normas legales; siendo necesario reiterar el hecho de que la ley manda que los plazos de caducidad sólo pueden ser fijados por norma con rango de ley y en consecuencia no por norma de rango inferior.

6.22. Alberto SPOTA⁴ respecto a la caducidad señala lo siguiente:

“(...) 238. De lo que se ha expuesto se desprende que la caducidad es una causa extintiva del derecho subjetivo o del derecho potestativo por no sobrevenir su hecho impeditivo durante el plazo prefijado por la ley o por la convención.

De esa definición se deduce que para el advenimiento de la caducidad se requiere que exista un supuesto de hecho o factum que debe consistir: a) en el no ejercicio del derecho o de la potestad jurídica; b) en el transcurso del término legal pactado. La consecuencia o efecto lo constituye la pérdida o extinción del derecho o potestad no ejercida.

El ejercicio del derecho que constituye la causa impeditiva de la caducidad es el acto que la ley o la convención ha previsyo para que esa extinción no se produzca y, por consiguiente, se adquiera un derecho. (...)

6.23. Entonces, si se produjo el archivo del expediente arbitral N 957-19-16 por decisión del Tribunal Arbitral competente, y en el cual se discutía precisamente, la declaración de nulidad de la Resolución Directoral

⁴ SPOTA, Alberto G. “Prescripción y Caducidad” 2° Edición. La Ley. Tucumán, 2009. Págs.393-394.

N 633-2015-MINAGRI-PSI, esa situación no importa ni la suspensión ni la interrupción del plazo de caducidad, tal como lo ordena la referida norma civil. En consecuencia, no puede considerarse que exista algún efecto jurídico relativo al reinicio del cómputo del plazo de caducidad respecto de la pretensión reclamada, situación legal que la norma pertinente no admite, pues –de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2005 del Código Civil- la caducidad tiene carácter continuo y no admite interrupción ni suspensión⁵.

6.24. Ahora bien, la misma pretensión puede ser presentada de manera posterior a la decisión del Tribunal de terminar las actuaciones arbitrales por falta de pago de los anticipos requeridos; no obstante – para tales efectos- deberá respetarse el plazo de caducidad que la Ley sanciona para dicha pretensión, el cual –como se anotó- no se ha visto afectado por la mencionada decisión del Tribunal. En esa misma línea, en caso se presente más de una pretensión, deberá respetarse el plazo de caducidad establecido para cada una de ellas, de ser el caso.

6.25. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral verifica que al día 28 de mayo de 2018, fecha en que el Consorcio, vía reconvenición, pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral N 633-2015-MINAGRI-PSI de fecha 22 de septiembre de 2015, ya había quedado extinto el derecho y la acción que le correspondía; con lo que la decisión de declarar la nulidad del contrato quedó consentida y firme, produciendo todos sus efectos jurídicos. Así, no tiene mayor sentido discutir si la referida Resolución le fue notificada al contratista en el domicilio consignado en el contrato o en el domicilio comunicado a la Entidad con la Carta N 006-2013/CLP/EGMC o el Oficio N 553-2014-MINAGRI-PSI-OAJ, dado que en cualquier supuesto alegado, la caducidad ha operado.

⁵ Esta conclusión coincide con la posición de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, al formular la Opinión de Arbitraje N 003-2012/DAA de fecha 06 de agosto de 2012 y la reciente Opinión N 016-2021 emitida por la Dirección Técnico Normativa del OSCE de fecha 11 de febrero de 2021.

- 6.26. En consecuencia, por afirmación de la propia parte reclamante -esto es del Consorcio por la vía de su reconvención- lo relativo a la fecha de notificación de la resolución que declaró la nulidad de oficio del contrato, resulta ser un hecho no controvertido, ya que queda claro que por declaración de la propia parte reclamante, tomó conocimiento de dicha resolución con fecha 22 de setiembre de 2015. Por lo tanto, la caducidad operó en su contra.
- 6.27. Con relación al pedido del Consorcio de que la excepción no sea admitida por haber sido formulada extemporáneamente, el Tribunal Arbitral señala que con Resolución N 10 de fecha 22 de octubre de 2018, entre otros extremos, se resolvió tener por absuelta la excepción de caducidad formulada por el PSI contra la primera pretensión de la reconvención del Consorcio, sin que éste haya formulado ningún tipo de objeción u oposición a la decisión del Tribunal Arbitral, sobre su admisión; por el contrario, la ha absuelto e inclusive ha sido materia de debate en la Audiencia Especial programada para tal fin.
- 6.28. Sin perjuicio de lo anterior, al conocer este Tribunal de los hechos que importan la configuración de la caducidad, esta puede ser declarada de oficio, tal como lo dispone el artículo 2006 del Código Civil.
- 6.29. Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral declara **FUNDADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD** formulada por la Entidad contra la pretensión A) de la reconvención, quedando establecido, para el análisis de las controversias sometidas al presente arbitraje que la Resolución Directoral N 633-2015-MINAGRI-PSI que declaró la nulidad del contrato, quedó consentida.

B. ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA FORMULADA POR EL CONSORCIO CONTRA LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA DEL PSI

- 6.30. Formula el Consorcio la excepción de cosa juzgada contra la segunda pretensión de la demanda, argumentando que en el anterior proceso arbitral, expediente 532-113-14, seguido también contra el PSI, éste solicitó la misma pretensión de la siguiente forma *“Determinar si corresponde o no ordenar al consorcio el pago de una indemnización por daños y perjuicios por los daños ocasionados por dejar inconclusa la obra”*.
- 6.31. Sostiene el Consorcio que en el referido proceso arbitral, el Tribunal Arbitral resolvió declarar INFUNDADA la pretensión antes descrita, y en consecuencia, el Colegiado dispuso que *“no corresponde ordenar al consorcio el pago de una indemnización por daños y perjuicios por dejar inconclusa la obra”*.
- 6.32. Agrega que, sin perjuicio de lo indicado, el PSI no ha probado de manera objetiva los supuestos daños causados conforme a lo regulado en los artículos 1331, 1314, 1316 y 1317 del Código Civil.
- 6.33. A fin de resolver la defensa de forma, este Tribunal Arbitral considera necesario resaltar que al resolver la excepción de caducidad, ha determinado que la Resolución Directoral N 633-2015-MINAGRI-PSI de fecha 22 de septiembre de 2015 que resolvió declarar la nulidad del contrato de Ejecución de Obra *“Rehabilitación y Mejoramiento del Canal de Irrigación Chuyas – Huaycho (Tramo Vilcarajra - Huaycho), distrito de Huayllán – Pomabamba - Ancash”* de fecha 26 de junio de 2013, ha quedado consentida, surtiendo sus efectos.

- 6.34. Antes de ingresar al análisis que esa declaración de nulidad pueda tener respecto de la excepción de cosa juzgada planteada como de la propia pretensión contra la cual se opone, es necesario verificar el contenido de dicha pretensión; esto es qué es lo que pide el PSI en contra del Consorcio a título indemnizatorio.
- 6.35. Así se observa que conforme a los términos que sustentan su Segunda Pretensión Principal, el PSI le reclama al Consorcio el daño que le habría infringido por el incumplimiento de sus prestaciones contractuales, razón por la cual le reclama los adelantos y pagos efectuados, así como las penalidades por sus retrasos, entre otros, cubriendo el concepto de daño emergente.
- 6.36. Así se comprueba de su dicho contenido en los numerales 33, 34, 35, 42.3 y 42.4 del escrito de demanda, referidos a la Segunda Pretensión Principal (indemnización), según lo siguiente:

33. En consecuencia, por los fundamentos expuestos, queda demostrado los incumplimientos contractuales en que incurrió el CONSORCIO.
34. Los hechos antes expuestos ha generado daños concretos al PSI, los mismos que están referidos a:
- Falta de amortización de los adelantos Directo y de Materiales entregados al CONSORCIO, los mismos que no han podido ser amortizados por el CONSORCIO toda vez que las cartas fianza han sido falsas.
 - La penalidad en que ha incurrido el CONSORCIO por los retrasos injustificados durante la ejecución de la obra.
 - Los gastos en que ha incurrido el PSI para la Preliquidación Física y Financiera de la Obra inconclusa y Elaborar el Expediente Técnico de Saldo de Obra necesario para culminar la obra, y que comprende, además, la determinación de los vicios ocultos en la construcción parcial ejecutada por CONSORCIO y que deberán ser reparados.
 - Finalmente, los trabajos que tendrá que realizar el PSI para culminar la obra.
35. Los daños antes citados están técnicamente sustentados en el Informe Técnico Externo N° 173-2016-MINAGRI-PSI-DIR-OS/MMO de fecha 12.10.2016 (**ANEXO 5-R**), emitido por el Ingeniero Mario Marengo Orsini, a cargo del Seguimiento y Monitoreo de la Obra, donde se expone técnicamente todas las obligaciones incumplidas por el CONSORCIO, así como los daños generados por el incumplimiento del contratista, el mismo que se adjunta como al presente Escrito en calidad de medio probatorio, junto con sus respectivos anexos.

42.3 **La relación de causalidad** es la relación jurídica de causa-efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima. En el caso concreto, el CONSORCIO **no cumplió con sus obligaciones contractuales**. Por lo tanto, entre el hecho generador del daño (el actuar del Contratista consistente en una ejecución deficiente de la obra) y el daño mismo (perjuicio directo a los intereses del estado y la finalidad pública del Contrato de Obra en beneficio de los pobladores), se configura el nexo o relación de causa-efecto. En consecuencia, queda plenamente identificada y demostrada la existencia de este supuesto.

42.4 **Finalmente respecto a los factores de atribución** "son aquellos que determinan finalmente la existencia de la responsabilidad civil, una vez que se han presentado, en un supuesto concreto de un conflicto social, los requisitos antes mencionados de la antijuricidad, el daño producido y la relación de causalidad. En materia de responsabilidad contractual el factor de atribución es la culpa⁴...".

6.37. A su vez el referido Informe Técnico Externo N° 173-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/MMO (Anexo 5-R de la demanda), que constituye el sustento probatorio de la pretensión indemnizatoria demandada por el PSI, se manifiesta técnicamente en la misma línea de las reclamaciones postuladas por el PSI, tal como se aprecia de su siguiente texto:

II).- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- La documentación técnica remitida por la Supervisión de Obra y la Entidad, deja constancia que el **Consortio Chuyas, contratista de la obra "Rehabilitación y Mejoramiento del Canal de Irrigación Chuyas – Huaycho (Tramo Vilcarajra – Huaycho), Distrito de Huayllan, Provincia de Pomabamba - Ancash"** ha **incumplido con las cláusulas establecidas en el contrato de ejecución de obra LP N° 007-2013-AG/PSI**.
- El monto total que constituye los daños y perjuicios causados a la Entidad por la paralización de la obra asciende a **S/. 3'433,065.52**.
- La situación presentada por el incumplimiento del contrato de obra, por parte del Contratista, ha afectado a los 1,715 pobladores asentados en el distrito de Huayllán en Pomabamba, Ancash, que aspiraban a mejorar sus condiciones socioeconómicas, mediante la optimización del riego en sus parcelas en un área total de 456 Has. de cultivos


ING. MARIO MARENGO ORSINI
ING. AGRICOLA
C.I.P. N° 35812

5

6.38. Como se aprecia claramente de los términos de la pretensión formulada por el PSI y de los términos de su Informe Técnico aportado en respaldo de su pretensión, el PSI demanda el pago de una

indemnización en el marco de la relación contractual, esto es una indemnización por el incumplimiento en la ejecución de las prestaciones contractualmente asumidas por el CONSORCIO.

- 6.39. Lo anterior se confirma con el sustento legal de la normatividad específica que invoca el PSI al demandar esta indemnización, así se aprecia que se sustenta en la aplicación de los artículos 1361° y 1362° del Código Civil, ambas normas pertenecen al Libro VII de dicho cuerpo normativo, titulado “FUENTES DE LAS OBLIGACIONES”, destacando en su Título Primero, el contrato como la fuente de acuerdos para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. El referido artículo 1361° del Código Civil regula el principio de obligatoriedad de los contratos y el artículo 1362° destaca el elemento esencial de la buena fe en el *iter* contractual.
- 6.40. En consecuencia, queda claramente establecido que la pretensión indemnizatoria demandada por el PSI en su Segunda Pretensión Principal es una indemnización de carácter contractual, es decir, la que resulta exigible por el mérito de la existencia, vigencia y exigibilidad de un contrato.
- 6.41. Pero como ha quedado establecido ya anteriormente, el referido CONTRATO con el cual las partes dieron a luz su relación, fue declarado nulo de oficio conforme a los términos de la Resolución Directoral N° 633-2015-MINAGRI-PSI de fecha 22 de setiembre de 2015, misma que en su parte resolutive estableció:

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DECLARAR la NULIDAD DE OFICIO del Contrato derivado de la Licitación Pública N° 007-2013-AG/PSI, convocado para la "Ejecución de la obra: Rehabilitación y Mejoramiento del Canal de Irrigación Chuyas- Huaycho (Tramo Vilcarajra-Huaycho), distrito de Huayllán -- Pomabamba – Ancash", suscrito con fecha 26 de junio de 2013 con el Consorcio Chuyas, integrado por la empresa SEMCOM SRL e INGEMED S.A.C, al haberse verificado la transgresión del Principio de Presunción de Veracidad al presentar, para la suscripción del contrato, la Carta Fianza falsa para garantizar el Fiel Cumplimiento de éste.

- 6.42. Como surte del propio texto de la citada Resolución Directoral, la autoridad competente declaró de oficio la nulidad del contrato, por causa de la infracción al principio de presunción de veracidad. Esto significa que las partes no pueden compelerse mutuamente al cumplimiento de prestaciones provenientes de un contrato declarado nulo, por tanto inexistente.
- 6.43. Lo anterior no implica que si, como en este caso, la causa de la nulidad es imputable al CONSORCIO por haber quebrado un deber legal, el PSI como afectado no pueda reclamar el daño que pudiese derivare de dicha conducta. Sin embargo dicha reclamación solo podría caber dentro del marco legal correspondiente que, como queda dicho, no es el de la responsabilidad contractual.
- 6.44. Como se aprecia, una consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato es que no pueda exigirse la ejecución de trabajo alguno al contratista ni efectuarse el pago, pues el cumplimiento de dichas prestaciones sólo se justifica en el marco de una relación contractual válida y vigente; por lo tanto, la declaración de nulidad del contrato trae como consecuencia que éste no genere efectos económicos⁶.

⁶ Así por ejemplo, en caso hubiera quedado consentida la nulidad de un contrato no correspondería ejecutar la garantía de fiel cumplimiento, habida cuenta que la determinación de la inexistencia e inexigibilidad de las obligaciones correspondientes implica reponer las cosas a su estado anterior (Ver: Opinión N° 155-2017/DTN).

6.45. Sobre la nulidad, VIDAL RAMÍREZ⁷ apunta:

“(...) la nulidad absoluta, o sea, el acto nulo, tiene por principio el interés público. De esta afirmación se desprende, entonces, que el acto nulo es el que se ha pretendido celebrar con violación de un precepto de orden público. (...)”

El acto nulo es, pues, el que carece de alguno de los elementos esenciales o el que se celebra con trasgresión de normas preceptivas, de orden público y, por ello, como señala Stolfi, no produce efectos –ni favorables ni perjudiciales– para los interesados, según el principio tradicional “quod nullum est nullum producit effectum”, aunque esta expresión no puede tomarse a la letra, sino solo como que pretende considerar el acto como no celebrado y negarle eficacia. Este criterio es el uniforme en la doctrina.

El Código no ha incorporado a su articulado una noción del acto nulo, sino que la misma resulta de sus principios informantes resumidos en el art. 220 y de las causales enumeradas en el art. 219. El vocablo “nulo”, viene del latino nullus, y recibe como una de sus acepciones la de denotar algo a lo que le falta valor y fuerza para tener efecto. Esta acepción llevada a su significado jurídico nos lleva de la idea de la invalidez a la ineficacia absoluta y, de ahí, a la idea de lo nulo como algo inexistente jurídicamente, esto es, a la inexistencia del acto o negocio, pero no a la negación de lo que existe como un hecho que se ha producido. Esto no significa que aceptemos lo inexistente como una categoría distinta de la nulidad, sino que lo nulo implica una inexistencia jurídica.

(...)

220. CARACTERÍSTICAS DEL ACTO NULO

⁷ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Tratado de Derecho Civil” Tomo III, Volumen II, Acto Jurídico. Universidad de Lima. Pág. 765, 767, 768, 770.

De la noción del acto nulo o de la nulidad absoluta resulta del tenor del art. 220 se infieren las siguientes características: a) El acto nulo lo es de pleno derecho; b) No produce los efectos queridos; c) La nulidad puede ser alegada por cualquiera que tenga interés o por el Ministerio Público; d) Puede ser declarada de oficio; y, e) No puede subsanarse mediante la confirmación.

(...)

220.2. El acto nulo no produce los efectos queridos por las partes

El acto nulo no surte los efectos deseados por las partes y, en consecuencia, no da lugar a la situación jurídica pretendida y, por eso, le es aplicable, como ya lo hemos dejado expuesto, el principio "quod nullum est, nullum producit effectum", que según Coviello, hay que entenderlo en sus justos límites, sin exagerar su alcance hasta considerar el negocio nulo como un hecho no realizado e imposibilitado para cualquier efecto, sino en el sentido de que el negocio, por ser nulo, no produce ninguno de los efectos jurídicos correspondientes al fin práctico querido por las partes (...)."

- 6.46. Entonces, en el escenario en el cual nos encontramos por haber quedado consentida la declaración administrativa de nulidad del contrato, este Tribunal Arbitral no se encuentra habilitado para resolver controversias vinculadas a la ejecución o inejecución de prestaciones, como las pretendidas por el PSI, al formular la segunda pretensión principal de la demanda. Así, la defensa de forma que se formule contra las pretensiones referidas, tampoco pueden ser resueltas por el Tribunal Arbitral, pues no existe el contrato que justifique la pretensión que busca atacar. Recordemos que la excepción de cosa juzgada ha sido formulada por el CONSORCIO contra la pretensión indemnizatoria contractual por el PSI en su contra, misma que -como hemos visto- resulta un imposible jurídico dado que la autoridad competente declaró la nulidad de oficio de dicho

contrato, y por tanto la inexistencia de relación contractual entre las partes.

- 6.47. Por lo expuesto, corresponde declarar la improcedencia de la excepción de cosa juzgada respecto de la Segunda Pretensión Principal que versa sobre un contradictorio que deriva del contrato de obra que, en el marco de la normativa de contratación pública, ha sido declarado nulo y que por tanto resulta inexigible.

C. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.

Pretensiones planteadas por el PSI, en su escrito de demanda de fecha 24 de enero de 2018.

Primera Pretensión Principal: *Que, el Tribunal Arbitral declare la invalidez y/o ineficacia de la Resolución del CONTRATO de ejecución de obra Rehabilitación y mejoramiento del canal de irrigación Chuyas, Huaycho (tramo Vilcaraja – Huayllán, provincia de Pomabamba, Ancash, efectuada por el CONSORCIO CHUYAS con Carta Notarial N° 001-2017/CCH/EGCM, recibida por el PSI con fecha 19 de enero de 2017, debido a que la declaración de nulidad del mismo contrato efectuada previamente por la Entidad había quedado consentida y porque no se ha cumplido el procedimiento legal ni con acreditar la causal en que habría incurrido el PSI, de acuerdo a lo previsto en el inciso c) del artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con el artículo 168 del Reglamento.*

Segunda Pretensión Principal: *Que, el Tribunal Arbitral ordene al CONSORCIO CHUYAS el pago de una indemnización por daños y perjuicios a favor del PSI, por el monto total de S/. 3'433,065.52, derivada por haber dejado inconclusa la obra y por los vicios ocultos que afectan la construcción parcial de la obra ejecutada*

por el CONSORCIO CHUYAS, la misma que comprende los siguientes conceptos:

Daño Emergente: El CONSORCIO CHUYAS debe pagar la suma de S/. 1'089,679.81, correspondiente a los adelantos directos y de materiales y que no han sido amortizados.

Daño Emergente: El CONSORCIO CHUYAS debe pagar la suma de S/. 360,385.71, por la penalidad en que ha incurrido por los retrasos injustificados durante la ejecución de la obra.

Daño Emergente: El CONSORCIO CHUYAS debe pagar la suma de S/. 133,000.00, por los gastos en que ha incurrido el PSI para la preliquidación física y financiera de la obra inconclusa y elaborar el Expediente Técnico necesario para culminar la obra y que comprende, además, la determinación de los vicios ocultos en la construcción parcial ejecutada por el CONSORCIO CHUYAS y que deberán ser reparados.

Daño Emergente: El CONSORCIO CHUYAS debe pagar la suma de 1'850,000.00, por los trabajos que tendrá que realizar el PSI para culminar la obra – ejecución de saldo de obra.

- 6.48. El Tribunal Arbitral señala que conforme se ha determinado al resolver la excepción de cosa juzgada, una consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato es que las partes no puedan compelerse mutuamente al cumplimiento de las prestaciones consignadas en el contrato y que, por efecto de la nulidad, devienen en inexigibles, en tanto su cumplimiento sólo se justifica en el marco de una relación contractual válida y vigente. Por lo tanto, la declaración de nulidad

del contrato trae como consecuencia que éste no genere efectos económicos⁸.

- 6.49. Entonces, en el escenario en el que nos encontramos por haber quedado consentida la declaración administrativa de nulidad del contrato, este Tribunal Arbitral no se encuentra habilitado para resolver controversias vinculadas a la ejecución o inejecución de prestaciones de un contrato que no existe, así como tampoco a pretendidas invalidez y/o ineficacia de la resolución de dicho contrato, efectuada por el CONSORCIO con su Carta Notarial N° 001-2017/CCH/EGCM recibida por el PSI con fecha 19 de enero de 2017.
- 6.50. En efecto, como se advierte de los hechos la nulidad del contrato fue declarada de oficio mediante Resolución 633-2015-MINAGRI-PSI de fecha 22 de setiembre de 2015, esto es, con anterioridad a la pretendida resolución contractual efectuada por el CONSORCIO con fecha 19 de enero de 2017 u cuya invalidez y/o ineficacia formula el PSI como Primera Pretensión Principal. En consecuencia, habiéndose declarado dicha nulidad, esta despliega todos sus efectos, generando la inexistencia del contrato y por tanto, resulta igualmente improcedente su resolución (efectuado por el CONSORCIO) así como la invalidez y/o ineficacia que de esta solicita el PSI.
- 6.51. Por lo expuesto, la primera y segunda pretensiones principales de la demanda deben ser declaradas **IMPROCEDENTES**.

Pretensiones planteadas por el CONSORCIO mediante el escrito de contestación de demanda y reconvenición presentado el 28 de mayo de 2018.

⁸ Así por ejemplo, en caso hubiera quedado consentida la nulidad de un contrato no correspondería ejecutar la garantía de fiel cumplimiento, habida cuenta que la determinación de la inexistencia e inexigibilidad de las obligaciones correspondientes implica reponer las cosas a su estado anterior (Ver: Opinión N° 155-2017/DTN).

Primera pretensión Principal: *Se declare la nulidad y/o ineficiencia de la Resolución Directoral N° 633-2015-MINAGRI-PSI de fecha 22 de septiembre de 2015 con la cual se resuelve declarar la nulidad de oficio del CONTRATO.*

- 6.52. Al resolverse la excepción de caducidad, el Tribunal Arbitral ha determinado que la Resolución Directoral N 633-2015-MINAGRI-PSI de fecha 22 de septiembre de 2015 que resolvió declarar la nulidad del contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación y Mejoramiento del Canal de Irrigación Chuyas – Huaycho (Tramo Vilcarajra - Huaycho), distrito de Huayllán – Pomabamba - Ancash” de fecha 26 de junio de 2013, ha quedado consentida, surtiendo sus efectos.
- 6.53. En consecuencia, la referida pretensión debe seguir la suerte que marcan los efectos de la caducidad opuesta contra aquella y que ha sido declarada fundada, razón por la cual, el pronunciamiento sobre la misma reposa en la decisión de haber declarado fundada la excepción de caducidad.

Pretensión común: Determinar si corresponde o no que una de las dos partes asuma el íntegro de las costas y costos del proceso.

- 6.54. Que finalmente, respecto a este asunto controvertido, el Tribunal Arbitral se ampara en lo previsto en artículo 52 inciso 12 de la Ley N° 1017, Ley de Contrataciones con el Estado, donde se establece la aplicación supletoria del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.
- 6.55. En ese sentido, en cuanto a los costos originados por el presente arbitraje, el inciso 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que el Tribunal se pronunciará en el Laudo sobre la

distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071.

- 6.56. De igual manera, el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071 precisa lo siguiente:

Artículo 70.- Costos.

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.

Los honorarios y gastos del secretario.

Los gastos administrativos de la institución arbitral.

Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.

Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

- 6.57. Por su parte, el inciso 1 del artículo 73° del mismo cuerpo legal, señala lo siguiente:

Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

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. (...)

- 6.58. Al respecto, señala DE TRAZEGNIES THORNE⁹ que:

⁹ DE TRAZEGNIES THORNE, Carolina. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, pp.787.

“De acuerdo con el texto expreso del artículo 70°, el Tribunal Arbitral fijará los costos y determinará quién debe asumirlos – en base, claro está, a la regla contenida en el artículo 73° - al momento de laudar. Es claro que la fijación y distribución de costos del arbitraje debe realizarse a la finalización del proceso arbitral, recién en ese momento, quedará determinado el monto del total de los costos. No obstante, nada impide que el tribunal establezca en el laudo las reglas de distribución de los costos, pero reserve la decisión sobre su cuantificación para una decisión.”

- 6.59. En concordancia con los artículos antes citados, el Tribunal Arbitral tiene el deber de pronunciarse respecto de los costos arbitrales del presente proceso, porque no existe acuerdo expreso de las partes respecto de la forma de repartirlos.
- 6.60. El Tribunal Arbitral señala que la secretaria arbitral, ha proporcionada la siguiente información respecto de los gastos arbitrales:

Primera liquidación y subrogación asumidas por el PSI:

Tasa administrativa (incluye subrogación): 4,500.00 + IGV = 5,310.00

Honorarios arbitrales (incluye subrogación): 12,395.00 neto

Re liquidación y subrogación asumidas por el PSI:

Tasa administrativa (incluye subrogación): 16,136.15 + IGV = 19,040

Honorarios arbitrales (incluye subrogación): 54,201.09 neto + 4,713.12 de retenciones = 58,914.21

- 6.61. Considerando lo anterior, este Tribunal estima que debe pronunciarse sobre los porcentajes en que las partes deben asumir las costas y costos del proceso, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, las que deben verificarse a la luz de si las partes han tenido o no

razones atendibles para litigar, a efectos de establecer un prorrateo razonable.

- 6.62. En este arbitraje, no pueden obviarse los antecedentes del caso que se remontan a la existencia de anteriores arbitrajes iniciados por el CONSORCIO, uno de ellos en particular fue iniciado por dicha parte reclamando la nulidad de la declaración de oficio del contrato, determinada mediante Resolución Directoral 633-2015-MINAGRI-PSI de fecha 22 de septiembre de 2015.
- 6.63. Asimismo, pese a que el CONSORCIO no obtuvo en ninguno de esos procesos arbitrales anteriores ningún pronunciamiento que invalidara esa declaración de nulidad de oficio del contrato y pese a que al reconvenir en el presente proceso como también lo hizo en el anterior proceso arbitral N° 957-19-16-PUCP, manifiesta expresamente que la comunicación con la Resolución Directoral N° 633-2015-MINAGRI-PSI de fecha 22 de septiembre de 2015 fue recibida por su parte en esa misma fecha, vuelve a demandar (vía reconvencción) pidiendo la nulidad de dicha decisión, pese al evidente transcurso del tiempo que había provocado la caducidad en su contra.
- 6.64. Desde este punto de vista, el Tribunal Arbitral estima que el CONSORCIO no tuvo razones atendibles para reclamar por vía de reconvencción y eso debe reflejarse en una distribución razonable de los costos del arbitraje.
- 6.65. Estando a lo anterior, este Tribunal estima que los costos del proceso referidos a los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, así como los gastos administrativos deben ser distribuidos en partes iguales; por lo que corresponderá que el Consorcio Chuyas devuelva al PSI el 50% de los gastos arbitrales determinados en el numeral 6.60 de presente, al haber sido cancelados por el PSI, vía subrogación.
- 6.66. En ese sentido, deberá procederse a los reintegros respectivos.

6.67. En relación con las sumas correspondientes a honorarios y gastos relativos a peritajes y/o informes técnicos, así como los incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje y todo otro gasto razonable originado en las actuaciones arbitrales, los mismos deben ser asumidos íntegramente en cada parte que tuvo que efectuarlos

VII. SE RESUELVE:

PRIMERO.- FUNDADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD formulada por la Entidad contra la Primera Pretensión Principal de la reconvencción, quedando establecido, para el análisis de las controversias sometidas al presente arbitraje que la Resolución Directoral N 633-2015-MINAGRI-PSI que declaró la nulidad del contrato, quedó consentida; y, por su efecto, la PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN sobre la que recaía la excepción **CARECE DE OBJETO** que sea materia de pronunciamiento por este Tribunal Arbitral asunto controvertido.

SEGUNDO.- IMPROCEDENTE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA formulada contra la pretensión que versa sobre un contradictorio que deriva del contrato de obra que, en el marco de la normativa de contratación pública, ha sido declarado nulo.

TERCERO.- IMPROCEDENTES la PRIMERA y SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL DE LA DEMANDA.

CUARTO.- DISPONER que que los costos del proceso referidos a los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, así como los gastos administrativos deben ser distribuidos en partes iguales; por lo que corresponderá que el Consorcio Chuyas reintegre al PSI el 50% de los gastos arbitrales determinandos en el numeral 6.60 de presente, al haber sido cancelados íntegramente por el PSI, vía subrogación.

En relación con las sumas correspondientes a honorarios y gastos relativos a peritajes y/o informes técnicos, así como los incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje y todo otro gasto razonable originado en las actuaciones arbitrales, los mismos deben entre otros.

QUINTO.- DISPONER que el Laudo se registre en el SEACE.

ROSARIO DEL PILAR FERNÁNDEZ FIGUEROA

Presidenta del Tribunal Arbitral

RONALD QUISPE VILLALOBOS

Árbitro

LEONARDO MANUEL CHANG VALDERAS

Árbitro

Arbitraje: M & D CONSTRUCTORES Y PROMOTORES S.A.C. – PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL.

Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la Ejecución de Obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongapata – Pucajaga, Distrito de Molino – Pachitea - Huánuco".

CEDULA DE NOTIFICACION

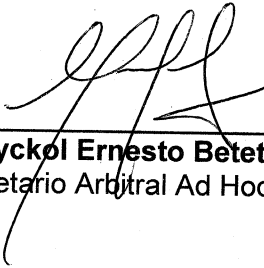
Destinatario: PROCURADURÍA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO

Domicilio Procesal Virtual: procuraduria@minagri.gob.pe, kaquize@minagri.gob.pe, gvivar@minagri.gob.pe, ringa@minagri.gob.pe

Por la presente, cumplo con notificar el **LAUDO ARBITRAL** del caso **MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC** contra el **PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL** emitido por el Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 48 de fecha 21 de abril de 2021, de fojas 101, para su conocimiento y cumplimiento.

Lima, 22 de abril de 2021

Atentamente,



Abg. Mayckol Ernesto Beteta Díaz
Secretario Arbitral Ad Hoc

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Número de Expediente de Instalación: I121-2017

Demandante: CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL (Empresa absorbida por M y D CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC)

Demandado: PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL

Contrato (Número y Objeto): Contrato N° 205-2014-MINAGRI- AGRO RURAL para la Ejecución de la Obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongapata – Pucajaga, Distrito de Molino - Pachitea - Huánuco"

Monto del Contrato: S/.1'916,074.93 soles

Cuantía de la Controversia: S/.2'043,340.95 soles

Tipo y Número de Proceso de Selección: Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI-AGRORURAL derivada de la Licitación Pública N° 02-2014- MINAGRI - AGRO RURAL

Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral: S/ 84,184.80 soles netos

Monto de los honorarios de la Secretaría: S/ 22,314.48 soles netos

Presidente del Tribunal: Dr. Mario Manuel Silva López

Arbitro designado por la Entidad: Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Arbitro designado por el Contratista: Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Secretaría Arbitral: Abg. Mayckol Ernesto Beteta Díaz

Fecha de emisión del laudo: 22 de abril del 2021

(Unanimidad/Mayoría): Unanimidad

Número de Folios: 101

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- Resolución de Contrato
- Validez de Acta de Recepción de Obra
- Liquidación Final de Obra Indemnización por daños y perjuicios
- Indemnización por daños y perjuicios
- Costos y costas del proceso

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

RESOLUCIÓN N° 48

En la Ciudad de Lima, con fecha 21 de abril de 2021 en la Sede Arbitral, ubicado en Av. Arequipa N° 1295, Oficina 601, Santa Beatriz – Lima, se reunió el Tribunal Arbitral integrado por el doctor Mario Manuel Silva López, quien lo preside y los doctores árbitros Aurelio Moncada Jiménez y Luis Eduardo Adrianzen de Lama, a efectos de emitir el siguiente Laudo Arbitral de Derecho, en el proceso arbitral iniciado por la CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL, empresa absorbida por M y D CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC contra el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL.

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 20 de octubre del 2014, **CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL, empresa absorbida por M y D CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC** (en adelante, el CONTRATISTA o DEMANDANTE) y el **PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL** (en adelante, la ENTIDAD o DEMANDADO) suscribieron el Contrato N° 205-2014-MINAGRI- AGRO RURAL para la Ejecución de la Obra: “Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongapata – Pucajaga, distrito de Molino - Pachitea - Huánuco” (en adelante EL CONTRATO).

A través de la Cláusula Décima Octava del CONTRATO pactaron la CLÁUSULA ARBITRAL, conforme a lo siguiente:

“Todos los conflictos o controversias que surjan entre las partes y que se deriven de la ejecución, interpretación, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del presente contrato, se resolverán de manera definitiva e inapelable mediante Arbitraje Ad Hoc y de Derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de Contrataciones del Estado.

El arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral compuesto por tres (03) miembros. La designación de los árbitros se realizará conforme al procedimiento establecido en artículo 222 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias, que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 181, 184, 199, 201, 209, 210, 211 y 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; en concordancia con lo dispuesto en el numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

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

2. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Con fecha 02 de mayo del 2017, en la sede de la Dirección de Arbitraje del OSCE, se instaló el Tribunal Arbitral, acto en el cual los árbitros declararon haber sido debidamente designados de conformidad con el convenio arbitral previsto por las partes, señalando que no tenían ninguna incompatibilidad ni compromiso con las mismas y obligándose a desempeñar con imparcialidad, independencia y probidad su labor.

En esa diligencia se fijaron las reglas del presente proceso, estableciendo que este arbitraje es Ad Hoc, Nacional y de Derecho; ratificando los árbitros su aceptación al cargo, dejando constancia de que no están sujetos a incompatibilidad alguna ni a hechos ni circunstancias que afecten su imparcialidad e independencia que los obligara a inhibirse de haber mantenido compromiso alguno con las partes, o con los respectivos abogados, obligándose a actuar con imparcialidad, probidad e independencia; y expresando así las partes que no tenían cuestionamiento alguno respecto de los árbitros intervinientes, por lo que se entiende que el Demandante y la Demandada han dado su conformidad a las disposiciones contenidas en dicha acta.

Finalmente, el Tribunal Arbitral encargó la Secretaría del proceso al abogado Mayckol Ernesto Beteta Díaz.

3. DESARROLLO DEL PROCESO

En el presente acápite, el Tribunal Arbitral procederá a describir aspectos resaltantes del proceso arbitral, los mismos que se relatarán teniendo en consideración lo señalado por las partes a lo largo del presente proceso, así como teniendo en cuenta los medios probatorios ofrecidos por las mismas.

En tal sentido, su inclusión en esta sección no significa el reconocimiento de la veracidad de los mismos, aspecto que será recién evaluado en la parte considerativa del presente Laudo.

3.1 DE LA DEMANDA

M y D CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC (empresa que absorbe a la CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL) con fecha **23.05.17**, presentó la demanda arbitral interpuesta contra el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL, en torno a la controversia derivada del contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL para la Ejecución de la Obra: “Instalación del Canal de Riego Rangra –

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

Gongapata – Pucajaga, distrito de Molino - Pachitea - Huánuco” (en adelante El Contrato).

El CONTRATISTA presenta su escrito de demanda, formulando las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL

1.1. Se declare la Nulidad de la decisión contenida en la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR- AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016, mediante el cual el Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural resuelve el Contrato N° 205-2014-MINAGRI- AGRO RURAL – Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P. N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de la obra denominada ““Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongapata – Pucajaga, distrito de Molino - Pachitea - Huánuco” y retrotrayéndose el proceso al estado anterior del acto viciado, se expida la constancia de recepción de obra.

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL

2.1. Se declare la insubsistencia e inaplicabilidad de cualquier penalidad por presunto negado retraso “injustificado” referida a la recepción de la obra.

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL

3.1. Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural, el pago del importe concerniente a la liquidación del contrato de obra por el monto de S/. 470,841.49 a favor del Contratista.

3.2. Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural, el pago de intereses indexados a la fecha efectiva de pago.

CUARTA PRETENSÓN PRINCIPAL

4. Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural el pago del importe concerniente a los gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/. 19,517 soles, cuyo importe será debidamente indexado y/o liquidado a la fecha efectiva de pago.

QUINTA PRETENSION PRINCIPAL

5.1. Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural el pago por el concepto de indemnización de daños y perjuicios, cuyo importe será debidamente cuantificado oportunamente.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

5.2. *Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural el pago en vía de devolución por los gastos incurridos y concernientes a los honorarios del Tribunal Arbitral, secretaría arbitral, gastos de cobranza, honorarios de asesores técnico-legales y peritos, cuyo importe nos reservamos de cuantificar oportunamente.*

5.3. *Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural el pago de intereses indexados a la fecha efectiva de pago.*

Con fecha **12.06.17**, el CONTRATISTA subsanó las observaciones realizadas a la demanda por el Tribunal Arbitral mediante **Resolución N° 02** de fecha 31.05.17 respecto a la segunda, cuarta y quinta pretensión principal; así como la omisión de presentar medios probatorios ofrecidos en su escrito de demanda.

Es así, que mediante el primer punto resolutive de la **Resolución N° 03** de fecha 19.06.17, se admitió a trámite la demanda corriéndose traslado de la misma a la ENTIDAD, para que la conteste y, de considerarlo, formule reconvencción. Asimismo, mediante el segundo punto resolutive de la citada resolución, se dispuso tener por desistida la segunda pretensión principal de la demanda referida a inaplicabilidad de penalidad.

3.2. DE LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR Y DE CADUCIDAD, CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN

Mediante escrito de fecha **18.07.17**, la ENTIDAD deduce excepción de falta de legitimidad para obrar del CONTRATISTA y excepción de caducidad contra la primera pretensión principal de la demanda relacionada a la nulidad de la resolución de contrato y contesta la demanda. Asimismo, la ENTIDAD mediante el referido escrito presenta reconvencción formulando las siguientes pretensiones:

Pretensión principal: *Que, el Tribunal Arbitral declare valida y eficaz la resolución total del contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL de fecha 20 de octubre del 2014, efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE del 23 de noviembre del 2016.*

Segunda pretensión principal: *Solicitamos que la demandante asuma el pago de los costos y costas arbitrales que genere la tramitación del presente proceso arbitral.*

A través del quinto punto resolutive de la **Resolución N° 04** de fecha 21.07.17, se admitió a trámite el escrito de contestación de demanda. De igual modo, a través del sexto punto resolutive, se otorgó a la ENTIDAD un plazo de cinco (05) días hábiles, para que cumpla con presentar los fundamentos de hecho y de derecho de la primera y segunda pretensión principal de la reconvencción, bajo apercibimiento de tenerla por no presentada. De igual manera, se dispuso en el noveno punto resolutive, que se

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

tenga por presentadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar y caducidad deducidas por la ENTIDAD.

Atendiendo al requerimiento de la Resolución N° 04, la ENTIDAD mediante escrito de fecha 04.08.17, cumplió con presentar los fundamentos de hecho y de derecho de la primera y segunda pretensión principal de la reconvencción, por lo que a través del primer punto resolutive de la **Resolución N° 05** de fecha 08.08.2017, este Colegiado puso en conocimiento del CONTRATISTA la contestación de demanda presentada por la ENTIDAD. Asimismo, mediante el segundo y tercer punto resolutive de la citada resolución, se admitió a trámite la reconvencción y se corrió traslado de la misma al CONTRATISTA para que en un plazo de quince (15) días hábiles la conteste. Igualmente, mediante el cuarto punto resolutive, se corrió traslado al CONTRATISTA de las excepciones de falta de legitimidad para obrar y caducidad deducidas por la ENTIDAD, para que en un plazo de quince (15) días hábiles manifestara lo conveniente a su derecho.

3.3. DE LA ABSOLUCIÓN A LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR Y CADUCIDAD, CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN

Mediante el escrito de fecha **06.09.17**, el CONTRATISTA absuelve las excepciones de falta de legitimidad para obrar y caducidad y contesta la reconvencción.

A través del primer punto resolutive de la **Resolución N° 09** de fecha 22.09.17, se dispuso tener por presentada la absolución a las excepciones de caducidad y falta de legitimidad para obrar. Asimismo, mediante el tercer punto resolutive de la citada resolución, se admitió a trámite la contestación de la reconvencción.

3.4. DE LA MODIFICACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y LA ACUMULACIÓN DE PRETENSÓN

Mediante el escrito de fecha **11.08.17**, el CONTRATISTA precisa el texto de la primera, tercera y cuarta pretensión principal de la demanda, de la siguiente manera:

PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL

Se declare la Nulidad de la decisión contenida en la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL – de fecha 23 de noviembre del 2016, mediante el cual el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL – AGRO RURAL, resuelve el Contrato N° 205-2014 -MINAGRI- AGRO RURAL – Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de la obra denominada “Instalación del Canal de Riego Rangra Gongopata Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huánuco”.

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Se declare consentida la Liquidación del contrato de obra, ordenándose a la demandada el pago del saldo a favor del contratista por el importe de S/. 470,841.49 soles, más intereses.

En vía acumulativa originaria subordinada, se ordene a la demandada el pago del saldo a favor del contratista por el importe de S/. 470,841.49 soles, más intereses.

CUARTA PRETENSION PRINCIPAL

Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural el pago del importe concerniente a los gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/. 19,517.00 soles, más intereses a la fecha efectiva de pago.

Asimismo, mediante el referido escrito, el CONTRATISTA solicita la **acumulación** de una nueva pretensión, cuyo tenor de la misma, es la siguiente:

PRETENSIÓN ACUMULADA

Se declare la validez del Acta de Recepción de Obra de fecha 15 de junio del 2016, y por consiguiente Nula la decisión contenida en la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23 de noviembre del 2016, mediante el cual el Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural-AGRO RURAL, resuelve el Contrato N° 205-2014-MINAGRI AGRO RURAL – Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI-AGRORURAL, para la ejecución de la obra denominada “Instalación del Canal de Riego Rangra Gongopata Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huánuco”.

A través del tercer punto resolutivo de la **Resolución N° 07** de fecha 04.09.17, el Tribunal Arbitral otorgó a la ENTIDAD un plazo de cinco (05) días hábiles, para que manifieste lo conveniente a su derecho respecto a las modificaciones realizadas a la primera, tercera y cuarta pretensión principal de la demanda mediante el escrito de fecha 11.08.17 por el CONTRATISTA. Asimismo, mediante el cuarto punto resolutivo de la citada resolución, se corrió traslado a la ENTIDAD la solicitud de acumulación de pretensión planteada por el CONTRATISTA, para que en un plazo de cinco (05) días hábiles exprese lo pertinente a su derecho.

Mediante el escrito de fecha **13.09.17**, la ENTIDAD solicitó al Tribunal que se requiera al CONTRATISTA para que fundamente de manera ordenada las pretensiones que pretendía modificar y/o acumular a fin de no vulnerar su derecho de defensa.

Es así que, mediante el sexto punto resolutivo de la **Resolución N° 09** de fecha 22.09.17 se otorgó al CONTRATISTA un plazo de cinco (05) días hábiles a fin de que

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

establezca de manera clara, ordenada y precisa cuales son las pretensiones de la demanda que pretende modificar, así como la pretensión que pretende acumular al proceso arbitral.

Con fecha **03.10.17**, el CONTRATISTA presenta su escrito mediante el cual manifiesta cumplir lo requerido en la Resolución N° 09 indicando que el texto de la primera, tercera y cuarta pretensión modificada de la demanda es el siguiente:

PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL

Se declare la Nulidad de la decisión contenida en la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL – de fecha 23 de noviembre del 2016, mediante el cual el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL – AGRO RURAL, resuelve el Contrato N° 205-2014 -MINAGRI- AGRO RURAL – Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de la obra denominada “Instalación del Canal de Riego Rangra Gongopata Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huánuco”.

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL

Se declare consentida la Liquidación del contrato de obra, ordenándose a la demandada el pago del saldo a favor del contratista por el importe de S/. 470,841.49 soles, más intereses.

En vía acumulativa originaria subordinada, se ordene a la demandada el pago del saldo a favor del contratista por el importe de S/. 470,841.49 soles, más intereses.

CUARTA PRETENSION PRINCIPAL

Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural el pago del importe concerniente a los gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/. 25,559.00 soles, más intereses a la fecha efectiva de pago.

A través del segundo punto resolutivo de la **Resolución N° 10** de fecha 16.10.17 se otorgó a la ENTIDAD un plazo de cinco (05) días hábiles para que manifieste lo conveniente a su derecho respecto a lo dispuesto en el tercer y cuarto punto resolutivo de la resolución N° 07.

Mediante escrito de fecha 26.10.17, la ENTIDAD cumplió con lo requerido en el tercer y cuarto punto resolutivo de la resolución N° 07.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

Seguidamente, a través del segundo punto resolutivo de la **Resolución N° 12** de fecha 09.11.17, se dispuso que el texto de la primera, tercera y cuarta pretensión de la demanda presentada por el CONTRATISTA, sería el siguiente:

PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL

Se declare la Nulidad de la decisión contenida en la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL – de fecha 23 de noviembre del 2016, mediante el cual el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL – AGRO RURAL, resuelve el Contrato N° 205-2014 -MINAGRI- AGRO RURAL – Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de la obra denominada “Instalación del Canal de Riego Rangra Gongopata Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huánuco”.

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL

Se declare consentida la Liquidación del contrato de obra, ordenándose a la demandada el pago del saldo a favor del contratista por el importe de S/. 470,841.49 soles, más intereses.

En vía acumulativa originaria subordinada, se ordene a la demandada el pago del saldo a favor del contratista por el importe de S/. 470,841.49 soles, más intereses.

CUARTA PRETENSION PRINCIPAL

Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural el pago del importe concerniente a los gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/. 19,517.00 soles, más intereses a la fecha efectiva de pago.

Asimismo, mediante el tercer punto resolutivo de la referida resolución N° 12, se otorgó al CONTRATISTA un plazo de quince (15) días hábiles para que presente sus argumentos de hecho y de derecho de la primera, tercera y cuarta pretensión modificada de la demanda. De igual manera, mediante el cuarto punto resolutivo de la citada resolución, se otorgó al CONTRATISTA un plazo de quince (15) días hábiles, para que presente los argumentos de hecho y de derecho que sustenten debidamente su pretensión acumulada.

Mediante escrito de fecha **05.12.17**, el CONTRATISTA cumplió lo requerido mediante el tercer y cuarto punto resolutivo de la Resolución N° 12.

A través del primer y segundo punto resolutivo de la **Resolución N° 15** de fecha 03.01.18, se admitió a trámite la demanda modificada (primera, tercera y cuarta

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

pretensión) y la acumulación de pretensión presentadas por el CONTRATISTA, corriéndose traslado de las mismas a la ENTIDAD para que en un plazo de quince (15) días hábiles las conteste y de considerarlo formule reconvencción.

Mediante escrito de fecha **25.01.18**, la ENTIDAD contesta la demanda modificada y la acumulación de pretensión. Asimismo, presenta reconvencción formulando las siguientes pretensiones:

PRETENSION PRINCIPAL: *Solicitamos el pago de indemnización por daños y perjuicios cuyos componentes serán determinados mediante una pericia que ofrecemos a fin de cuantificar el perjuicio social y económico por el incumplimiento por parte del Contratista en la ejecución del contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL.*

PRETENSION ACCESORIA: *Solicitamos que la demandante asuma el pago de los costos y costas arbitrales que genere la tramitación del presente proceso arbitral.*

A través del primer punto resolutive de la **Resolución N° 17** de fecha 01.02.18, se admitió a trámite la contestación de la demanda modificada y la pretensión acumulada. Asimismo, mediante el segundo punto resolutive, se tuvo por presentado el escrito de reconvencción presentado por la ENTIDAD. De igual modo, a través del cuarto punto resolutive, se otorgó a la ENTIDAD un plazo de treinta días hábiles para que presente la pericia de parte ofrecida en su escrito de reconvencción. Finalmente, mediante el quinto punto resolutive de la citada resolución, se otorgó a la ENTIDAD un plazo de cinco (05) días hábiles para que subsane las observaciones realizadas al escrito de reconvencción.

Mediante escrito de fecha 14.02.18, la ENTIDAD cumplió con lo requerido en el quinto punto resolutive de la Resolución N° 17.

Mediante el tercer punto resolutive de la **Resolución N° 19** de fecha 19.03.18, se puso en conocimiento del CONTRATISTA el escrito de contestación de la demanda modificada y la contestación de la acumulación de pretensión presentadas por la ENTIDAD mediante escrito de fecha 25.01.18. De igual manera, mediante el cuarto y quinto punto resolutive, se admitió a trámite la reconvencción interpuesta por la ENTIDAD, corriéndose traslado de la misma al CONTRATISTA para que en un plazo de quince (15) días hábiles la conteste. Finalmente, a través del séptimo punto resolutive, se otorgó a la ENTIDAD un plazo adicional de treinta días hábiles para que la ENTIDAD presente su informe pericial.

Con fecha **20.04.18**, el CONTRATISTA presentó su escrito de contestación de reconvencción, el cual se admitió a trámite y se puso en conocimiento de la ENTIDAD mediante el primer punto resolutive de la **Resolución N° 20** de fecha 24.05.18.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

3.5. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Con fecha **13.06.18** se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, en la cual el Tribunal Arbitral previo a fijar los puntos controvertidos, dispuso que las excepciones de caducidad y falta de legitimidad para obrar deducidas por la ENTIDAD mediante escrito de fecha 17.07.17 sean materia de pronunciamiento al momento de laudar.

Asimismo, propuso a las partes que dieran solución a sus diferencias a fin de conciliar sus posiciones. En este acto y luego de que el Tribunal explicara a las partes las ventajas de llegar a un acuerdo conciliatorio y les invocará para hacer un esfuerzo, las partes señalaron que no era posible dicho acuerdo conciliatorio; no obstante, se dejó abierta la posibilidad de que las mismas lo hagan en cualquier etapa del arbitraje.

En este acto, el Tribunal Arbitral fijó los siguientes puntos controvertidos:

Puntos controvertidos de la demanda:

- 1) **Primer punto controvertido:** *Determinar si corresponde o no declarar la Nulidad de la decisión contenida en la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL – DE de fecha 23 de noviembre del 2016, mediante el cual el Programa De Desarrollo Productivo Agrario Rural – Agro Rural, resuelve el Contrato N° 205-2014-MINAGRI- RURAL-AGRO RURAL – Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la Ejecución de la obra denominada “Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongopata - Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huánuco”.*
- 2) **Segundo punto controvertido:** *Determinar si corresponde o no declarar consentida la Liquidación del Contrato de Obra presentada por el Contratista y en consecuencia ordenar a la Entidad el pago del saldo a favor del Contratista por el importe de **S/. 470,841.49 soles**, más intereses.*
- 3) **Tercer punto controvertido:** *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad, el pago del importe concerniente a los gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de **S/. 19,517.00 soles**, el cual será debidamente indexado y/o liquidado a la fecha efectiva de pago.*
- 4) **Cuarto punto controvertido:** *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad, el pago por el concepto de indemnización de daños y perjuicios, cuyo importe asciende a **S/. 423,000.00 soles**.*
- 5) **Quinto punto controvertido:** *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad, el pago en vía de devolución por los gastos incurridos y concernientes*

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

a los honorarios del Tribunal Arbitral, secretaria arbitral, gastos de cobranza, honorarios de asesores técnico-legales y peritos, más el pago de intereses indexados a la fecha efectiva de pago.

Punto controvertido de la acumulación de demanda:

- 6) **Sexto punto controvertido:** Determinar si corresponde o no declarar la validez del Acta de Recepción de Obra de fecha 15 de junio del 2016; y, por consiguiente, Nula la decisión contenida en la Carta Notarial 074-2016-MINAGRI-DVDIAR AGRO RURAL de fecha 23 de noviembre del 2016, mediante el cual el Programa De Desarrollo Productivo Agrario Rural – Agro Rural, resuelve el Contrato N° 205-2014-MINAGRI- AGRO RURAL – Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de la obra “Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongopata – Pucaja – Distrito de Molino Pachitea Huánuco.”

Puntos controvertidos de la Reconvención:

- 7) **Séptimo punto controvertido:** Determinar si corresponde o no declarar válida y eficaz la Resolución Total del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL de fecha 20 de octubre del 2014, efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE del 23 de noviembre del 2016.
- 8) **Octavo punto controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar el pago de la indemnización por daños y perjuicios de índole social y económica por el incumplimiento por parte del Contratista en la Ejecución del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL.
- 9) **Noveno punto controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar al Contratista asumir el pago de los costos y costas arbitrales que genere la tramitación del presente proceso arbitral.


En dicha audiencia, el Tribunal Arbitral admitió los medios probatorios ofrecidos por el CONTRATISTA, los cuales se encuentran comprendidos en el Acápite MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS de la Demanda, aquellos medios probatorios presentados ofrecidos en el Acápite ANEXOS del escrito de fecha 12.06.17, los medios probatorios ofrecidos en el acápite ANEXOS del escrito de fecha 06.09.17, los medios probatorios ofrecidos en el acápite MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS del escrito de fecha 05.12.17 y aquel medio probatorio ofrecido mediante escrito de fecha 26.12.17.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Asimismo, se admitió los medios probatorios ofrecidos por la ENTIDAD los cuales se encuentran comprendidos en el acápite MEDIOS PROBATORIOS del escrito de fecha 18.07.17, los medios probatorios ofrecidos en el acápite II.- MEDIOS PROBATORIOS de la reconvencción de fecha 25.01.18; y el medio probatorio referido a la pericia de parte ofrecido en la reconvencción.

A través de la **Resolución N° 22** de fecha 09.07.18 se dejó constancia que la ENTIDAD no cumplió con entregar la pericia de parte ofrecida mediante escrito de reconvencción de fecha 24.01.18.

Mediante el primer punto resolutivo de la **Resolución N° 23** de fecha 29.08.18, se admitió los medios probatorios alcanzados por la Entidad mediante escrito de fecha 27.08.18 y se corrió traslado de los mismos al CONTRATISTA para que en un plazo de cinco días hábiles manifieste lo conveniente a su derecho. Así mismo, mediante el tercer punto resolutivo, se requirió a la ENTIDAD para que en un plazo de cinco días hábiles cumpla con cuantificar la primera pretensión principal de la reconvencción.

 A través del primer punto resolutivo de la **Resolución N° 24** de fecha 15.10.18, se declaró fundado el recurso de reconsideración formulado por el CONTRATISTA contra lo dispuesto en el primer punto resolutivo de la resolución 23. De igual modo, mediante el segundo punto resolutivo, se otorgó a la ENTIDAD un plazo de diez días hábiles a fin de que se establezca claramente el nexo o relación entre los medios probatorios ofrecidos en su escrito de fecha 27.08.18 con respecto a los argumentos expuestos en la contestación de demanda y las pretensiones de la reconvencción. Igualmente, mediante el tercer punto resolutivo, se otorgó a la ENTIDAD un último plazo de diez días hábiles, para que cumpla con cuantificar la primera pretensión principal de la reconvencción.

Mediante el primer resolutivo de la **Resolución N° 25** de fecha 13.11.18, se admitió los medios probatorios ofrecidos por la ENTIDAD mediante el escrito de fecha 27.08.18. Asimismo, en el segundo punto resolutivo, se dispuso tener presente el escrito de fecha 05.11.18 mediante el cual la ENTIDAD cumple el requerimiento efectuado por el Tribunal mediante el segundo punto resolutivo de la resolución 23, otorgándose al CONTRATISTA un plazo de diez días hábiles para que exprese lo que corresponda a su derecho. Finalmente, en el tercer punto resolutivo, se deja establecido que la cuantía de la primera pretensión principal de la reconvencción presentada por la ENTIDAD mediante escrito de fecha 24.01.18, asciende a la suma de S/. 1'123,940.46.

3.6. PRESENTACION DE ALEGATOS ESCRITOS

Mediante la **Resolución N° 37** de fecha 17.06.19, se declaró el cierre de la etapa probatoria y se otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para que presenten sus alegatos.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

Es así que, que con fecha **03.07.19**, la ENTIDAD presentó su escrito de alegatos, solicitando que se desestimen las pretensiones de la demanda y se amparen las pretensiones reconventionales.

Asimismo, con fecha **17.07.19**, el CONTRATISTA presentó su escrito de alegatos, mediante el cual ratifica su posición en el presente proceso solicitando que se ampare las pretensiones de su demanda.

3.7. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Con fecha **10.10.19**, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales a través de la cual, la ENTIDAD expuso sus alegatos manifestando su posición respecto a la presente controversia, dejándose constancia de la inasistencia de los representantes del CONTRATISTA a pesar de encontrarse debidamente notificado. En dicha audiencia, se otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para que presenten documentación relacionada con los argumentos expuestos en la audiencia; así como sus conclusiones finales.

Con fecha **17.10.19**, se puso en conocimiento del CONTRATISTA el Acta de Audiencia de Informes Orales, así como el audio de la referida audiencia.

Mediante escrito de fecha **31.10.19**, el CONTRATISTA cumplió con lo requerido en el Acta de Audiencia de Informes Orales.

A través de la **Resolución N° 41** de fecha 06.11.19, se otorgó a la ENTIDAD un plazo excepcional de quince días hábiles para que presente la documentación requerida por el Tribunal en la audiencia de informes orales, así como sus conclusiones finales.

Mediante la **Resolución N° 42** de fecha 10.02.20, se tuvo presente las conclusiones expuestas por la ENTIDAD respecto a la visita de campo efectuada en obra y su estado situacional de la misma, con conocimiento del CONTRATISTA.

Con fecha **15.03.20**, el Gobierno Central emitió el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM estableciendo el estado de emergencia nacional y el aislamiento social obligatorio debido a la pandemia del Covid 19 siendo prorrogada ambas medidas hasta el 30.06.2020.

Mediante los Decretos Supremos N° 080-2020-PCM, N° 094-2020-PCM y N° 101-2020-PCM el Poder Ejecutivo dispuso la reactivación de las actividades económicas del país entre ellas las actividades jurídicas desde el 01.07.20, por lo que el Tribunal Arbitral mediante la **Resolución N° 43** de fecha 04.09.20 dispuso el levantamiento de la suspensión del proceso otorgándose a las partes un plazo de cinco días hábiles para que señalen los correos electrónicos como nuevo domicilio procesal virtual.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

En la **Resolución N° 44** de fecha 29.09.20, se dejó constancia del nuevo domicilio procesal virtual del CONTRATISTA: acarranza20@hotmail.com, danielobregonfl@gmail.com. Asimismo, se otorgó a la ENTIDAD un último plazo excepcional de cinco días hábiles para que indique su nuevo domicilio procesal virtual.

A través del primer punto resolutivo de la **Resolución N° 45** de fecha 02.11.20, se dejó constancia del nuevo domicilio procesal virtual de la ENTIDAD: procuraduria@minagri.gob.pe , kaquize@minagri.gob.pe , gvivar@minagri.gob.pe , ringa@minagri.gob.pe. Asimismo, mediante el segundo punto resolutivo, se otorgó a las partes un plazo de cinco días hábiles para que manifiesten lo que consideren pertinente a su derecho respecto a las nuevas reglas procesales propuestas por el Tribunal Arbitral.

3.6. PLAZO PARA LAUDAR

De conformidad con el numeral 45) de las Reglas del Proceso del Acta de instalación, mediante la **Resolución N° 46** de fecha 22.01.21, el Tribunal Arbitral dispuso el cierre de la etapa de instrucción y se fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para laudar. Asimismo, mediante la citada resolución, se dejó constancia de la aceptación de las partes a las reglas procesales nuevas fijadas mediante la resolución 45. De igual modo, se otorgó a las partes un plazo de tres días hábiles, para que manifiesten lo conveniente a su derecho respecto a los cambios realizados por el Tribunal Arbitral a las nuevas reglas 6,7,8 y 9, precisándose que transcurrido dicho plazo sin que las partes manifiesten su conformidad, se entenderá la aceptación de las mismas.

Finalmente, mediante la **Resolución N° 47** de fecha 4 de marzo del 2021, se deja constancia de la aceptación de las partes a los cambios realizados por el Tribunal Arbitral a las nuevas reglas 6, 7, 8 y 9 propuestas en la Resolución N° 45, fijándose las nuevas reglas del proceso que complementan aquellas que se encuentran contempladas en el Acta de Instalación. De igual modo, se amplió el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, dejándose constancia que el plazo final para emitir el laudo será el 22 de abril del 2021.

5. CUESTIONES PRELIMINARES

El Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes, ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas 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, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la expedición de este

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral de fecha 02 de mayo del 2017.

6. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

Con el propósito de atender a cada una de las pretensiones suscitadas en el presente proceso arbitral, este Tribunal Arbitral considera pertinente citar previamente el marco legal aplicable a las controversias materia del presente proceso arbitral.

Para ello, debemos referirnos a lo establecido en la cláusula décimo sétima del Contrato N° 205-2014-MINAGRI- AGRO RURAL para la Ejecución de la Obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongapata – Pucajaga, Distrito de Molino - Pachitea - Huánuco, el cual, señala lo siguiente:

"CLAUSULA DÉCIMA SÉTIMA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado 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."

Por su parte, en el numeral 6 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 2 de octubre de 2017, las partes acordaron lo siguiente:

"La legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana. Las normas aplicables al presente arbitraje, de acuerdo a lo establecido por el artículo 52.3) del artículo 52 de la Ley, deben 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 - aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873 (en adelante la Ley), 3) el Reglamento de la Ley -aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF – (en adelante, el Reglamento), 4) las normas de derecho público y 5) las normas de derecho privado. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo aquí dispuesto es causal de anulación de laudo.

Asimismo, la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la Ley y el Reglamento."

En base a lo expuesto en los párrafos precedentes, este Tribunal considera que la norma a aplicarse en el presente caso es el Contrato, por lo que en todo lo no estipulado, será aplicable la Constitución Política del Perú, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 modificada por la Ley 29873 y su Reglamento, aprobado por D.S. 184-2008-EF modificado por D.S 138-2012-EF, seguido de las normas de derecho público y demás normas de derecho privado, siendo aplicable de manera supletoria el Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje.

7. ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR Y CADUCIDAD

6.1.- EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR Y CADUCIDAD

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

1. La ENTIDAD señala que con fecha 13.12.16, se les notificó la **Carta Notarial N° 079-2016/MYD** de fecha 05.12.16, mediante la cual, el CONTRATISTA solicita el inicio del arbitraje respecto a las controversias generadas del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL de fecha 20.10.14 y la adenda del 28.01.15, ambos documentos suscritos entre la **empresa CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL**, representada por el Sr. Daniel Rufino Obregón Flores y su representada PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL –AGRO RURAL.
2. En ese sentido, indica que, mediante la **Carta N° 6665-2016-MINAGRI-PP** de fecha 26.12.16, notificado bajo puerta en el domicilio legal señalado por el CONTRATISTA en su solicitud arbitral, cumplieron con contestar las alegaciones formuladas por la DEMANDANTE, señalando expresamente lo siguiente:

“...debemos precisar que en el pie de página de su misiva de fecha 05 de diciembre de 2016 señala que mediante ‘Escritura Pública de fecha 27 de setiembre de 2016, otorgada ante Notario Público de Lima, Alfredo Zambrano Rodríguez, mediante el cual se formalizó la fusión por absorción de las empresas CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL y MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC, siendo la primera de las nombradas absorbida por la última, la cual queda extinguida sin liquidarse’.

*Sin embargo, su representada no ha cumplido con acompañar copia de la mencionada Escritura Pública de fecha 27 de setiembre de 2016, ni de la carta con la que habría comunicado formalmente a AGRO RURAL respecto a dicha fusión por absorción, razón por la cual se colige que el presente arbitraje estaría siendo iniciada por una persona jurídica carente de legitimidad. De lo anterior, a su vez, se deduce también que **la resolución contractual efectuada por mi representada ha quedado CONSENTIDA**”.*

3. Sostiene además la ENTIDAD que, ante dicha alegación de **falta de legitimidad para obrar** del DEMANDANTE, dado que no se acreditó la referida fusión por absorción presuntamente producida entre las empresas Constructora Obregón RDB EIRL y MYD Constructores y Promotores SAC, el DEMANDANTE no dijo nada ni les remitió documento alguno.

4. Agrega que, esta falta de acreditación persistió pues al recibir la Carta Notarial N° 025-2017/MYD el 06.02.17, documento mediante el cual acumuló otras pretensiones al arbitraje, tampoco se acreditó la fusión por absorción presuntamente producida el 27.09.16, siendo dicha acumulación contestada por la Procuraduría de la ENTIDAD con Carta N° 013-2017-MINAGRI-PP del 28.02.17.
5. En ese sentido, indica la ENTIDAD que la figura de la excepción *“es un instituto procesal por el cual el demandado puede oponerse a la pretensión del actor; con ella se cuestiona el aspecto formal o de fondo del proceso, persiguiendo anular la acción incoada¹”*. Es decir, se busca denunciar la invalidez de la relación jurídico-procesal y de esta forma, evitar la continuación del proceso arbitral instaurado.
6. En relación a la **excepción de caducidad**, la ENTIDAD señala que, para la procedibilidad de dicha institución procesal, la acción debe ser intentada por el titular del derecho y contra la persona obligada.
7. No obstante, precisa que la impugnación de la resolución del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL de fecha 20.10.2014 realizada por la ENTIDAD no ha sido debidamente efectuada por la parte afectada por dicha resolución, toda vez que, el DEMANDANTE no ha acreditado documentalmente la fusión por absorción producida entre las EMPRESAS CONSTRUCTORA OBREGÓN RBD EIRL Y MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC.
8. Aunado a ello, la ENTIDAD alega que otra prueba de la falta de legitimidad para obrar del DEMANDANTE es que el procedimiento conciliatorio iniciado el 05.10.2016 fue impulsado por la empresa Constructora Obregón RBD, persona jurídica con quien se suscribió el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL de fecha 20.10.2014, siendo incluso que el Acta de Conciliación por Falta de Acuerdo N° 329-2016 de fecha 28.12.2016 la suscribe el representante de la empresa Constructora Obregón RBD.
9. En tal sentido, la ENTIDAD considera que al no haber iniciado el arbitraje la parte legitimada para tal fin, dado que no tenía en ese momento legitimidad para obrar (ni la tiene en esta instancia), la resolución contractual efectuada por Agro Rural ha quedado consentida al no haber sido impugnada por la parte legitimada dentro del plazo establecido por el artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con el artículo 2004° del Código Civil (de aplicación supletoria al caso de autos).

¹ Cas. N° 5615-2007-Lima, Primera Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, 10/04/2008.

10. Por lo expuesto, la ENTIDAD solicita se declare fundada las excepciones de falta de legitimidad para obrar y caducidad, al haber caducado el derecho de la empresa Constructora Obregón RBD, persona jurídica con quien se suscribió el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, a impugnar la resolución contractual.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

11. El DEMANDANTE señala que de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 del DL 1071 - Ley de Arbitraje - el cual se encuentra relacionado a la extensión del convenio arbitral, los actos jurídicos ejercidos por la ENTIDAD aceptando el arbitraje, designando su árbitro de parte y ratificando la aceptación de su árbitro designado mediante la **Carta N° 6665-2016-MINAGRI-PP** de fecha 26.12.2016 y **Carta N° 0027-2007-MINAGRI-PP** de fecha 06.01.2017, se evidencia la aceptación y convalidación de actos para llevar adelante el proceso arbitral; en tal sentido, se debe imponer preponderadamente la doctrina de los actos propios, por cuanto y de los hechos materiales que han precedido a la instalación del tribunal arbitral, se infiere que el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado, tal como lo dispone el citado artículo 14 de la Ley de Arbitraje.
12. Asimismo, afirma que la falta de legitimidad para obrar deducida por la DEMANDADA no debe ser amparada, en atención a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, el cual valora la doctrina de los actos propios, por cuanto los actos jurídicos actuados por la DEMANDADA, aceptando el arbitraje, designando su arbitro de parte y ratificando la aceptación de su árbitro designado, ha desplegado todos sus efectos jurídicos y quedado debidamente consentidos y convalidados.
13. Agrega que, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje establece que se podrá extender el convenio arbitral a no signatarios bajo dos escenarios: i) cuando el consentimiento de someterse a arbitraje se derive de una participación determinante en la relación contractual de fondo; y ii) cuando se pretendan derivar derechos o beneficios de la relación contractual de fondo. En este segundo escenario, se admite la extensión del convenio arbitral a un no signatario en base a su sola afirmación dirigida a derivar derechos o beneficios de la relación contractual de fondo. La norma citada establece que la sola afirmación del no signatario permite que este intervenga en un arbitraje pretendiendo derivar derechos materiales y/o beneficios. Dicha norma, por lo tanto, presenta un importante grado de flexibilidad para el ingreso de no signatarios al arbitraje, exigiendo como requisito únicamente que el no

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

consignatario pretenda derivar derechos del arbitraje al que pretende incorporarse. Al respecto, indica que el reconocido tratadista en material arbitral **Alfredo Bullard Gonzales**, discierne comentando el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, lo siguiente:

Artículo 14 del DEC. LEG N° 1071 (Ley Normativa del Arbitraje)

(...)

“Estoppel/ Equitable Estoppel / Doctrina de los Actos Propios

” Si la conducta de una parte genera la legítima expectativa en la otra que está dispuesta a arbitrar, entonces quedará sujeto a la obligación de hacerlo. Esta simple derivación de la doctrina conocida en el common law o en el derecho internacional como estoppel, o en los ordenamientos de origen romano germánico, como Doctrina de los Actos Propios.

El caso más obvio es el de una empresa que admite participar en un arbitraje a pesar de no ser signataria del convenio y luego pretende excepcionar su participación en otro arbitraje bajo la misma cláusula arbitral alegando que no la ha firmado. La contradicción con su conducta anterior no le permite excepcionar, pues finalmente consintió que estaba dispuesta a arbitrar.”

(...)

Según la doctrina de los actos propios no es legítimo desconocer con la mano izquierda lo que hace con la derecha (...).

En el caso de la extensión del convenio arbitral podríamos decir que la obligación de arbitrar surge cuando la mano derecha se ha comportado aceptando las consecuencias del contrato y luego la mano izquierda pretende negar el carácter vinculante del convenio arbitral referido en el contrato que la mano derecha acepto.”

Alfredo Bullard Gonzales. Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I, P. 392.

14. De otro lado, indica que mediante **Carta N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL/DE** de fecha 23.11.2016, la ENTIDAD comunica su decisión de resolver el contrato suscrito con la CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL.
15. Señala también que mediante **Carta membretada N° 210-2016-MYD** de fecha 05.12.2016 remitida por MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC y debidamente recepcionada por la DEMANDADA con fecha 07.12.2016; se les informó lo siguiente:

“Informe a usted que mediante escritura pública de fecha 27 de setiembre del 2016, otorgado ante Notario Público de Lima Alfredo Zambrano Rodríguez, se formalizó la FUSION POR ABSORCION de

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

las empresas CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL y MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC siendo la primera de las nombradas absorbida por la última.” Asimismo se le informó que “estando a lo dispuesto en la Escritura Pública que formaliza la fusión por absorción, solicita registrar a MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC como titular de los derechos que corresponden al Contrato N° 205/2014-MINAGRI-AGRO RURAL de fecha 20 de octubre 2014 –Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P N° 02-2014-minagri-agro rural “Instalación del Canal de Riego Rangra-Gongopata-Pucajaca-Distrito de Molino Pachitea Huánuco”, con los siguientes datos:

EMPRESA: MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC

RUC: 20516365201

DOMICILIO: CAR. NESTOR GAMBETA MZ. E1 LOTE 02-A- ZONA INDUSTRIAL, ASOCIACIÓN INCA PACHACUTEC, DISTRITO DE VENTANILLA, PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO.

GTE. GRAL: JERONIMO OBREGÓN HERRERA

DNI: 43151603

ADJUNTO LO SIGUIENTE:

- 1. *Fotocopia de la Escritura Pública de fecha 27 de setiembre del 2016, mediante el cual se formalizó la fusión por absorción de las empresas CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL y MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC***
- 2. *Fotocopia del RUC de MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC***
- 3. *Fotocopia DNI de Gerente General, Jerónimo Obregón Herrera.”***

16. Conforme se aprecia del punto anterior, el DEMANDANTE precisa que MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC cumplió con exteriorizar y comunicar a la DEMANDADA el acto societario denominado FUSIÓN POR ABSORCIÓN mediante el cual se arrogaba y asumía la titularidad y legitimidad sobre los derechos que antes correspondían a la CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL sobre el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL de fecha 20.10.2014 –Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL “Instalación del Canal de Riego Rangra-Gongopata-Pucajaca-Distrito de Molino Pachitea Huánuco”.

17. Asimismo, el DEMANDANTE alega que MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC cumplió con exteriorizar y comunicar a la DEMANDADA su domicilio, RUC, la identificación de su gerente general y cumplió con remitir los documentos sustentatorios pertinentes, entre ellos, la Escritura Pública de fecha 27.09.2016, mediante el cual se formalizó la fusión por absorción de las

empresas CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL y MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC, solicitando se le registre como titular de los derechos que antes pertenecían a la empresa absorbida.

18. De igual manera, sostiene que la relación jurídica contractual u obligacional primigenia fue entre la empresa CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL y AGRO RURAL; sin embargo y a razón de lo estipulado en el apartado IV NUMERAL 4.2. de la escritura pública de fecha 27.09.2016, que formaliza la fusión por absorción entre las empresas antes referidas, *“MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC asume a título universal y en bloque, todos los derechos, obligaciones y demás relaciones jurídicas que le corresponden a RDB, sin reserva ni limitación alguna. Como parte de la transferencia a título universal, MYD se convertirá en titular de los derechos, obligaciones y de las relaciones jurídicas que correspondan a RDB, tales como contratos, procesos judiciales, registros administrativos, entre otras.”*
19. Arguye también el DEMANDANTE que mediante **Carta Notarial N° 078-2016/MYD**, notificada a la DEMANDADA el **09.12.2016**, presentó su solicitud de arbitraje.
20. Señala además que mediante **Carta Notarial N° 079-2016/MYD** notificada el 13.12.2016 a la Procuraduría de la DEMANDADA, se le corrió traslado de la solicitud de arbitraje indicando que, en adelante, el titular de los derechos era la empresa MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC en razón de haber operado la fusión por absorción formalizada a través de la Escritura Pública de fecha 27.09.2016.
21. En respuesta a dicha comunicación, el DEMANDANTE señala que mediante **Carta N° 6665-2016-MINAGRI-PP** de fecha 26.12.2016 dirigido a un domicilio inexacto (Calle los Canarios N° 112, Of. 202, distrito de La Molina), la Procuraduría de la **DEMANDADA** aceptó el inicio del proceso arbitral, designando a su árbitro de parte pero indicando que no se cumplió con remitirles la escritura pública que formaliza la fusión por absorción; sin embargo, al ser dirigida dicha carta a una dirección distinta, no se remitió la Carta membretada N° 210-2016-MYD de fecha 05.12.2016 mediante la cual MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC cumplió con comunicar a la ENTIDAD el acto societario denominado fusión por absorción a través del cual asumía la titularidad y legitimidad sobre los derechos que antes correspondían a CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL y la escritura Pública de fecha 27.09.2016 mediante la cual se formalizó la fusión por absorción de las empresas en mención.
22. Aunado a lo expuesto, el DEMANDANTE señala que mediante **Carta N° 0027-2017-MINAGRI-PP** de fecha 06.03.2017, la Procuraduría de la ENTIDAD les remitió a su domicilio legal Car. Néstor Gambeta MZ E1 Lote 02-A- Zona

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Industrial, Asociación Pachacutec, Distrito de Ventanilla –Callao, la **Carta N° 6665-2016-MINAGRI-PP de fecha 26.12.2016**, indicando que el referido documento fue remitido al domicilio que se consigna en el contrato de obra; lo cual manifiesta no es correcto dado que la dirección señalada en el contrato es Av. Los quechuas 1337, 3er piso, Urbanización los Parques de Monterrico – Ate.

23. Con respecto a la resolución de contrato efectuada por la ENTIDAD, el DEMANDANTE señala que la misma no ha quedado consentida, tal como lo afirma la DEMANDADA, ya que con fecha 09.12.2016, se le notificó la Carta Notarial N° 078-2016/MYD donde se solicitaba el arbitraje.

24. Finalmente, sostiene que el **Acta de Conciliación Por Falta De Acuerdo N° 329-2016** de fecha 28.12.2016 ha sido suscrita por el representante legal de MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC, Sr. Jerónimo Obregón Herrera, siendo que la misma acta en su texto identificando a las partes, señala literalmente a la CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL como la solicitante que ha formalizado su fusión por absorción con la empresa MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

25. Luego de expuesto los argumentos de ambas partes, pasaremos a desarrollar si en el presente caso la parte demandante cuenta o no con legitimidad para obrar para iniciar el presente proceso arbitral, por lo que previo a dicho análisis, se debe mencionar que el Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje, normativa procesal aplicable al contrato, no regula de manera expresa dicho presupuesto procesal, en consecuencia de manera supletoria se aplicaría el numeral 6 del artículo 446° del Código Procesal Civil, cuyo contenido es el siguiente:

Artículo 446.- Excepciones proponibles

El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:

- 1.- Incompetencia;*
- 2.- Falta de capacidad de ejercicio del demandante o de su representante, de acuerdo al artículo 43 del Código Civil.*
- 3.- Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado;*
- 4.- Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda;*
- 5.- Falta de agotamiento de la vía administrativa;*
- 6.- Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado;**
- 7.- Litispendencia;*
- 8.- Cosa Juzgada;*
- 9.- Desistimiento de la pretensión;*
- 10.- Conclusión del proceso por conciliación o transacción;*
- 11.- Caducidad;*
- 12.- Prescripción extintiva; y,*

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

13.- *Convenio arbitral.*

14.- *Falta de representación legal o de apoyo por capacidad de ejercicio restringida del demandante o de su representante, de acuerdo al artículo 44 del Código Civil.*

26. De acuerdo al tenor del artículo 446° del Código Procesal Civil, resulta relevante remitirnos a lo que desarrolla la doctrina, respecto a la Legitimidad para obrar a través de diversos autores, tal como se manifiesta a continuación:

Monroy Gálvez sostiene que: “La legitimidad para obrar consiste precisamente en que las personas que tienen su lugar respectivo en la relación jurídica sustantiva, sean exactamente las mismas que ocupan su lugar respectivo en la relación jurídica procesal. Si él o los titulares en la relación jurídica sustantiva no son los mismos en la relación jurídica procesal, no hay legitimidad para obrar. Exactamente lo mismo ocurrirá, por ejemplo, si los titulares de la primera relación son tres, y sólo forma parte de la relación procesal uno ...” “... su incorporación como excepción tiene por fin evitar la prosecución de un proceso en el que la relación jurídica procesal es extraña a la relación sustantiva que le sirve de instrumento. Así mismo, permite que el Juez obste la prosecución de un proceso que no comprende a los realmente afectados y comprometidos en su decisión, por ser titulares de la relación sustantiva (...)”

“En los procesos contenciosos, la Legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o de mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante”.²

27. Asimismo, autores como MONTERO AROCA definen la legitimidad como:

“La capacidad para ser parte se encuentra en la aptitud para ser titular de los derechos, cargas y obligaciones que se derivan de la relación jurídica que es el proceso y es el correlativo en el campo procesal de la capacidad jurídica civil, mientras que la capacidad para comparecer en juicio lo es de la capacidad de obrar y atendiendo a la posibilidad de realizar con eficacia los actos procesales. La primera se tiene o no se tiene, mientras que la segunda en el caso de no tenerse se suple por medio de la representación en sus diversas manifestaciones (...).” En tal sentido, se puede decir que la legitimatio ad causam o legitimidad para obrar constituye un requisito fundamental para el ejercicio del derecho de acción, pues la falta de éste implica la imposibilidad de que exista un pronunciamiento válido sobre el fondo por no haber coincidencia o identidad entre las partes que conforman la relación jurídica sustantiva y las que integran la relación jurídica procesal.

28. Que, de acuerdo a lo expuesto, se puede observar que la legitimidad para obrar implica que el proceso se debe llevar a cabo entre los mismos sujetos que integran la relación jurídica material. Por tanto, si el o los titulares en la relación jurídica sustantiva no son los mismos en la relación jurídica procesal no hay legitimidad para obrar.

29. Ahora bien, la demandada centra sus argumentos señalando que el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-RURAL-AGRO RURAL y la adenda al referido contrato

² DEVIS ECHANDIA Hernando. En: “Teoría General del Proceso” Tomo I, Ed. Universidad Buenos Aires 1984, p 297.

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

fueron suscritas por la empresa CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL; sin embargo, la SOLICITUD DE ARBITRAJE presentada ante la Procuraduría de la Entidad mediante la Carta Notarial N° 079-2016/MYD de fecha 05.12.2016 fue presentada por la empresa MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC, cuyo representante no dijo nada ni adjuntó la escritura pública de la fusión por absorción señalada en la solicitud de arbitraje, a través de la cual la empresa CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL fue absorbida por la empresa MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC, ni tampoco copia de la carta con la que habría comunicado formalmente a AGRO RURAL la referida fusión por absorción, en tal sentido, considera que la empresa absorbente no tiene legitimidad al no ser la titular del derecho.

30. Al respecto, este Colegiado considera necesario hacer una relación de los siguientes hechos:

- 90
- a) Con fecha **20.10.2014**, se suscribió el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRORURAL entre la empresa CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB E.I.R.L representada por su representante legal Daniel Rufino Obregón Flores y el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL – AGRO RURAL.
 - b) Con fecha **28.01.2015**, se suscribió una adenda al Contrato entre las mismas partes aludidas en el literal anterior.
 - c) Con fecha **27.09.2016** se generó la Escritura Pública mediante la cual se acredita la fusión por absorción de la empresa CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB E.I.R.L por la empresa MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC, convirtiéndose esta última en la titular de todos los derechos y obligaciones derivadas del contrato suscrito con la AGRO RURAL.
 - d) Con fecha **23.11.2016**, el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL – AGRO RURAL notifica a la empresa CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB E.I.R.L la **Carta Notarial N° 074-2016-MINAGHRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE** de fecha 23.11.2016, mediante la cual, la Entidad resuelve el CONTRATO.
 - e) Mediante **Carta N° 210-2016/C.O.** de fecha 05.12.2016, recibida por la Entidad el **07.12.2016**, la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC comunica y adjunta la escritura pública de fecha 27.09.2016 a través de la cual se formaliza la fusión por absorción de las empresas CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL y MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC y solicita a la Entidad que se registre a la empresa MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC

como titular de los derechos que corresponden al Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL de fecha 20.10.2014.

- f) Con fecha **13.12.2016**, el Gerente General de la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC, Jerónimo Obregón Herrera notifica a la Procuraduría de la Entidad, la **Carta Notarial N° 079-2016/MYD** de fecha 05.12.2016 a través de la cual solicita el inicio de un arbitraje respecto a la resolución de contrato efectuada mediante la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGHRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE de fecha 23.11.2016, indicando en el pie de página de la referida solicitud de arbitraje que mediante Escritura Pública de fecha 27.09.2016, se formalizó la fusión por absorción de las empresas CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL y MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC, siendo la primera empresa absorbida por la última. Asimismo, señala las pretensiones que considera deben ser resueltas mediante el arbitraje y designa su árbitro de parte.
- g) Con fecha **26.12.2016**, la Entidad contesta la solicitud de arbitraje mediante la **Carta N° 6665-2016-MINAGRI-PP** de fecha 26.12.2016, indicando que la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC no cumplió con adjuntar copia de la mencionada escritura pública de fecha 27.09.2016, ni de la carta con la que habría comunicado formalmente a AGRO RURAL sobre la mencionada fusión por absorción, por la cual se colige que el arbitraje estaría siendo iniciado por una persona que carece de legitimidad y se deduciría también que la resolución contractual ha quedado consentida. De igual manera, cumple con designar a su árbitro de parte, precisa el convenio arbitral contenido en el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO-RURAL de fecha 20.10.2014 (suscrito con la empresa CONSTRUCTORA OBREGÓN EDB EIRL) y acepta la invitación a un arbitraje de derecho ad hoc a efectos de que las controversias suscitadas entre las partes sean resueltas por un Tribunal Arbitral.
- h) Mediante **Carta N° 025-2017/MYD** de fecha 03.02.2017, notificada a la Entidad el **06.02.2017**, la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC solicita arbitraje a la Procuraduría de la Entidad mediante la acumulación de nuevas pretensiones.
- i) A través de la **Carta N° 013-2017-MINAGRI-PP** de fecha **28.02.2017**, notificada a la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC en la misma fecha, la Entidad otorga respuesta a la solicitud de acumulación de pretensiones manifestando que la acumulación de pretensiones se deberá presentar al Tribunal Arbitral una vez que se instale y confirma la designación de su árbitro de parte efectuada mediante Carta N° 6665-2016-MINAGRI-PP de fecha 26.12.2016.

31. Tal como se puede observar de los hechos expuestos en el considerando 30 y de los medios probatorios que obran en autos, que si bien es cierto que con fecha **13.12.2016**, la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC solicitó arbitraje ante la Procuraduría de la Entidad indicando que mediante escritura pública de fecha 27.09.2016 se llevó a cabo la fusión por absorción de las empresas CONSTRUCTORA OBREGÓN EDB EIRL y MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC, no acompañando copia de la referida escritura pública ni tampoco copia de la carta mediante la cual comunica formalmente a la demandada AGRO RURAL sobre dicha fusión por absorción; sin embargo, se encuentra acreditado que con fecha **07.12.2016**, es decir con anterioridad a la solicitud de arbitraje, mediante la **Carta N° 210-2016/C.O.**, el demandante comunicó a la demandada AGRORURAL, la fusión por absorción adjuntando la escritura pública de fecha **27.09.2016** que formaliza dicho acto jurídico, por tanto, en dicha fecha, la empresa CONSTRUCTORA OBREGÓN EDB EIRL dejó de ser el titular de los derechos y obligaciones que emanaban de la relación jurídica contractual con la demandada, siendo el nuevo titular la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC, la cual tal como se puede apreciar de los documentos que obran en autos, cuenta con la facultad y la legitimidad para, vía derecho de acción, solicitar el arbitraje mediante la Carta Notarial N° 079-2016/MYD, en tal sentido, para este Colegiado no existe sustento lógico y legal en los argumentos de la Procuraduría de la Entidad, pues si bien dicha información solicitada por la Procuraduría, sirve para acreditar si la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC forma parte de la relación jurídica con AGRORURAL y por ende tiene legitimidad para solicitar arbitraje, dicha documentación carecía de objeto de ser requerida pues fue presentada a la propia Entidad y en el presente proceso arbitral mediante la demanda arbitral, sin perjuicio de señalar que al ser la Procuraduría quien ejercerá la representación y defensa jurídica en el proceso arbitral iniciado por el demandante, es la ENTIDAD quien tiene la obligación de remitir toda la información a la Procuraduría relacionada a la ejecución contractual, entre ellas la Escritura Pública de fecha 27.09.2016 presentada mediante la Carta N° 210-2016/C.O. de fecha 05.12.2016, sin perjuicio de señalar que dicho documento ha sido presentado en el presente proceso arbitral con lo cual queda acreditada la legitimidad para obrar de la empresa que absorbió al titular primigenio de la parte demandante

32. Asimismo, resulta evidente la contradicción existente por parte de la Procuraduría al señalar en su contestación a la solicitud de arbitraje (Carta N° 6665-2016-MIANGRI-PP) que la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC carece de legitimidad al no haber adjuntado copia de la Escritura Pública de fecha 27.09.2016 que acredita la fusión por absorción de las empresas CONSTRUCTORA OBREGÓN EDB EIRL y MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC, cuando en el mismo documento, acepta el inicio del arbitraje, designa a su árbitro de parte y hace referencia al

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

convenio arbitral que se encuentra contenido en el Contrato suscrito entre la empresa CONSTRUCTORA OBREGÓN EDB EIRL y el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL - AGRO RURAL, lo cual no se condice con el principio de buena fe contractual que rige en la Contratación Pública, resultando inadmisibles la postura de la Procuraduría al no existir coherencia en lo expresado en su contestación en la solicitud de arbitraje y lo argumentado en su excepción de falta de legitimidad para obrar, motivo por el cual corresponde aplicar la Doctrina de los Actos Propios.

33. En efecto, la denominada teoría o doctrina de los Actos Propios nace del latín “venire contra factum proprium nulli conceditur”, de allí la expresión “venir contra” sus actos supone la autocontradicción del individuo con un obrar anterior.

La frase “venire contra factum proprium nulli conceditur” es una regla orientada a impedir “una falta de probidad (improbitas) y un resultado objetivamente injusto, que consiste en la pretensión de una persona de alterar su propia posición y contradecirse consigo misma en perjuicio de otra”.

La teoría de los actos propios “es en el lenguaje usual del Derecho, la responsabilidad de todas las consecuencias jurídicas, es decir, cada uno es responsable de sus propios actos y de los efectos que estos se producen, salvo excepciones legales”³

Consiste en una norma de justicia general la cual precisa que “a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres, la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe”⁴.

34. En base a lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que la relación jurídica sustantiva entre la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC (empresa que absorbe a CONSTRUCTORA OBREGÓN EDB EIRL mediante escritura pública de fecha 27.09.2016) y el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL – AGRO RURAL es la misma que la relación jurídica procesal existente en este proceso arbitral, por lo tanto, la excepción de falta de legitimidad para obrar debe ser declarada **INFUNDADA**.

35. De otro lado, la demandada señala que la resolución contractual efectuada mediante Carta Notarial N° 074-2016-MINAGHRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE de fecha 23.11.2016 ha quedado consentida al no haber sido impugnada por la

³ Diccionario Jurídico OMEBA, Tomo I, Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, 1976, pág. 440

⁴ Enneccerus, Ludwig y Nipperdey, Hans. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Barcelona, Bosch, Tomo I, Volumen 2, 1950, p.495;

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

parte legitimada dentro del plazo establecido en el artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.

36. Al respecto, el Tribunal ha determinado que el demandante MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC si tiene legitimidad para obrar en el presente proceso arbitral, pues cumplió con acreditar ante la Entidad la transferencia de derechos y obligaciones del Contrato por parte de la empresa absorbida CONSTRUCTORA OBREGÓN EDB EIRL (persona jurídica que suscribe el Contrato con la Entidad) la misma que quedó extinguida mediante el acto jurídico de fusión por absorción contenida en la Escritura Pública de fecha 27.09.2016, en ese sentido, corresponde analizar si existe caducidad en el plazo que tenía el demandante para solicitar arbitraje respecto a la resolución de contrato realizada por la Entidad demandada.

37. De acuerdo a los medios probatorios presentados por las partes, se verifica que mediante Carta Notarial N° 074-2016-MINAGHRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE de fecha **23.11.2016**, notificada al Contratista el mismo día, la Entidad comunica su decisión de resolver el contrato, por lo que, de acuerdo al artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante D.S 184-2008-EF, el plazo que tenía el Contratista para solicitar arbitraje era de 15 días hábiles, esto es, hasta el **15.12.2016** y teniendo en cuenta que dicha solicitud arbitral fue presentada a la Procuraduría de la Entidad el **13.12.2016**, es decir, dentro del plazo de caducidad, la resolución de contrato no ha quedado consentida al no haberse producido la caducidad del derecho del demandante, en consecuencia, corresponde también declarar **INFUNDADA** la excepción de caducidad deducida por la demandada.

8. **ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA, ACUMULACION Y RECONVENCIÓN:**

Análisis y resolución de los puntos controvertidos relacionados con la resolución de contrato y la validez del Acta de Recepción de obra de fecha 15.06.2016

- 1) ***Determinar si corresponde o no declarar la Nulidad de la decisión contenida en la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL – DE de fecha 23 de noviembre del 2016, mediante el cual el Programa De Desarrollo Productivo Agrario Rural – Agro Rural, resuelve el Contrato N° 205-2014-MINAGRI- RURAL-AGRO RURAL – Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la Ejecución de la obra***

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

denominada “Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongopata - Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huánuco”.

- 6) **Determinar si corresponde o no declarar válida y eficaz la Resolución Total del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL de fecha 20 de octubre del 2014, efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE del 23 de noviembre del 2016.**
- 7) **Determinar si corresponde o no declarar la validez del Acta de Recepción de Obra de fecha 15 de junio del 2016; y, por consiguiente, Nula la decisión contenida en la Carta Notarial 074-2016-MINAGRI-DVDIAR AGRO RURAL de fecha 23 de noviembre del 2016, mediante el cual el Programa De Desarrollo Productivo Agrario Rural – Agro Rural, resuelve el Contrato N° 205-2014-MINAGRI- AGRO RURAL – Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de la obra “Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongopata – Pucaja – Distrito de Molino Pachitea Huánuco.”**

POSICION DEL CONTRATISTA RESPECTO AL PUNTO CONTROVERTIDO 1) SOBRE LA NULIDAD DE LA RESOLUCION DE CONTRATO

38. A través del **escrito de fecha 05.12.2017** mediante el cual se modifica la primera pretensión principal de la demanda de fecha 23.05.2017, el CONTRATISTA señala que mediante **Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE** de fecha 01.06.2016, recepcionada con fecha **02.06.2016**, la ENTIDAD lo exhorta a efectuar el levantamiento de observaciones, otorgándole el plazo de 15 días (calendario)⁵ para su verificación.
39. Asimismo, señala que el Contratista y los miembros del Comité de Recepción de Obra, se constituyeron oportunamente a la locación de la obra y con fecha **15.06.2016** celebraron y suscribieron el **Acta de Recepción de Obra** de fecha **15.06.2016**, el cual, señala textualmente, lo siguiente:

“Al término de la verificación de las obras ejecutadas por el contratista, empresa CONSTRUCTORA OBREGON RBD EIRL, el comité de recepción ha constatado la misma, verificando que la misma cumple con los lineamientos del expediente técnico y metas contratadas, motivo por lo que determinan que la obra “Instalación del Canal de Riego Rangra- Gongopata- Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huanuco” debe ser recepcionada.

⁵ Plazo (calendario) que contraviene lo dispuesto por el Art. 169 del Reglamento de la ley de Contrataciones.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Entonces, siendo las 17.00 horas del 15.06.2016 se dio por concluido el acto, y se procedió a la suscripción del ACTA DE RECEPCION DE OBRA, en cinco originales de igual valor”

40. De igual manera, asevera que habiendo sido debidamente recepcionada la obra mediante la celebración del Acta de Recepción de fecha 15.06.2016; es que dicho acto jurídico desplegó todos sus efectos jurídicos para las partes y al no existir disposición alguna que anule o revoque dicho acto Jurídico, el mismo queda firme para todos sus efectos⁶. El Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016, dispone que, realizada la verificación de las obras ejecutadas por el contratista, empresa CONSTRUCTORA OBREGON RBD EIRL, el Comité de Recepción ha constatado la misma, verificando que la misma cumple con los lineamientos del expediente técnico y metas contratadas, motivo por lo que determinan que la obra “Instalación del Canal de Riego Rangra- Gongopata- Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huanuco” debe ser recepcionada; por tanto, a consideración del CONTRATISTA, cualquier apercibimiento previo, que haya requerido la ENTIDAD con la intención de pretender resolver el contrato, queda sin efecto legal alguno o ineficaz *ipso iure*, así como NULO y sin efecto legal alguno, todo acto administrativo posterior que se derive de dicho apercibimiento.

41. En ese sentido, el DEMANDANTE alega que habiendo sido legalmente recepcionada la obra el 15.06.2016, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, remitieron dentro del Plazo de Ley y mediante **Carta N° 075-2016-DROF/GG-CON-RDB EIRL de fecha 12.08.2016**, su **liquidación de obra**, debidamente sustentada, a fin que la ENTIDAD proceda de acuerdo a Ley, conforme se verifica en la Opinión N° 190-2017/DTN:

*2.1.2 En la línea de lo antes señalado, el primer párrafo del artículo 211 del anterior Reglamento establecía que “El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, **contado desde el día siguiente de la recepción de la obra** (...)” (El subrayado y resaltado son agregados).*

Como se aprecia, la anterior normativa de contrataciones del Estado regulaba el procedimiento de liquidación de obra, indicando que el plazo para elaborar y presentar la liquidación se computaba desde el día siguiente de efectuada la recepción de obra; esto último se debía a que un presupuesto para iniciar la liquidación de la obra era que la misma

⁶ TUO de la Ley N° 27444

Artículo 211.- Nulidad de oficio

En caso de declaración de nulidad de oficio de **un acto administrativo favorable al administrado**, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

hubiera sido debidamente ejecutada, es decir, conforme a lo previsto en los planos y especificaciones técnicas.

En ese sentido, puede concluirse que a efectos de iniciar el procedimiento de liquidación de la obra era necesario que, previamente, la Entidad hubiera efectuado la recepción de la misma.

42. Agrega también que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, la ENTIDAD tenía 60 días para observar la liquidación o de considerarlo pertinente elaborar otra; sin embargo, la ENTIDAD no observó la liquidación y menos elaboró otra, quedando legalmente consentida su liquidación de contrato.
43. Igualmente, señala que, de acuerdo a la OPINIÓN N° 104-2013/DTN, la ENTIDAD no se encuentra habilitada para calificar o declarar “improcedente” la liquidación presentada oportunamente por el CONTRATISTA, siendo que solo puede observarla o elaborar otra; en tal sentido al no haberse pronunciado LA ENTIDAD dentro del plazo de ley, según lo dispone la parte pertinente del art. 211 del Reglamento de la Ley De Contrataciones, la liquidación ha quedado legalmente consentida y válida para todos sus efectos.
44. Reitera el DEMANDANTE que mediante la remisión de la Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 01.06.2016, recepcionada con fecha 02.06.2016, la ENTIDAD los exhortó y apercibió a efectuar el levantamiento de observaciones, otorgándole el plazo de 15 días (calendario) para efectuar el levantamiento de observaciones y recepcionar la obra, por lo que se procedió a realizar las subsanaciones pertinentes comunicando oportunamente a la ENTIDAD, el levantamiento de las observaciones antes advertidas; y en dicho sentido es que el comité de recepción se constituyó, celebros y suscribió el Acta de Recepción de Obra con fecha 15.06.2016, recepcionandose debidamente la obra y quedando en poder de la ENTIDAD; sin embargo, en un hecho arbitrario, nulo, invalido e inejecutable, la ENTIDAD, decide resolver el contrato de ejecución de obra mediante la remisión de la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016, por la presunta negada causal de no haber subsanado las observaciones advertidas en el proceso de recepción de obra, acto jurídico contraveniente del debido proceso y por tanto NULO IPSO IURE.
45. Manifiesta también el DEMANDANTE que a razón de lo discernido por la Dirección Técnica Normativa del OSCE en la **OPINIÓN N° 038-2013/DTN**, es preciso reseñar que, *“En relación con lo anterior, cabe precisar cuando la Entidad otorgue un plazo para la subsanación de observaciones, no procederá la aplicación de penalidades durante dicho período; en la medida que la Entidad optó por brindar dicho plazo al contratista con la finalidad que cumpliera debidamente*

con las prestaciones a su cargo"; en tal sentido, cualquier motivación conducente a fomentar una aplicación de penalidades por vencimiento de plazo, queda sin efecto y estando a que mediante acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016, subsanaron debidamente las observaciones antes advertidas y se recepcionó debidamente la obra, deviene en improcedente e insubsistente cualquier penalidad al respecto.

46. De igual forma, sostiene que mediante Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 01.06.2016, recepcionada con fecha 02.06.2016, se les otorgó un plazo de 15 días para subsanar las observaciones, es de inferir que dicho plazo y por tanto el apercibimiento quedó desnaturalizado, condonado, conmutado, relevado, y sin efecto legal; por cuanto vencieron los 15 días y luego, vencieron cinco meses, sin que la ENTIDAD se pronunciara sobre los efectos de dicho apercibimiento; máxime si como han manifestado, con fecha 15.06.2016, se extendió por parte del comité de recepción, el acta de recepción de obra.
47. Agrega que estando a que el acto sustancial de apercibimiento previo quedo conmutado, condonado y sin efecto legal, se infiere que cualquier referencia a pretender resolver el contrato de ejecución de obra, trastoca el debido procedimiento y por tanto es nulo. Respecto a la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016, mediante la cual la ENTIDAD remite su decisión de Resolver el CONTRATO N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, el DEMANDANTE señala que dicho acto administrativo deviene en NULO IPSO IURE; ya que con fecha 15.06.2016 se extendió el acta de recepción de obra, quedando dicho acto jurídico firme, al no haber sido anulado o revocado por parte de la ENTIDAD, por tanto, la obra ha sido recepcionada legalmente.
48. Arguye además que el acto administrativo contenido en la Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 01.06.2016, recepcionada con fecha 02.06.2016 quedo sin efecto legal al transcurrir más de 5 meses desde su notificación.
49. Finalmente, respecto a la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016, donde la ENTIDAD comunica su decisión de resolver el Contrato, por la presunta negada causal de no haber subsanado las observaciones advertidas en el proceso de recepción de obra; sin embargo, para el DEMANDANTE, dicho acto jurídico se encuentra viciado de nulidad, se presenta ineficaz e inejecutable, por cuanto, el acto administrativo no tendría existencia si no fuese emitido por autoridad competente, si no se precisase su objeto, si su finalidad no fuese pública, **si no estuviera motivado y si no se hubiera expedido conforme al procedimiento regular**, requisitos esenciales, elementos constitutivos o requisitos de validez de acto administrativos referenciados taxativamente en el Artículo 3º de la Ley N° 27444, Ley del

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Procedimiento Administrativo General, en ese orden de ideas, considera que al no haberse dictado dicho acto jurídico conforme al ordenamiento jurídico; este será pasible de nulidad declarada por acto administrativo posterior, al haberse configurado la causal número 2, contenida en el artículo 10º de Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁷.

POSICION DE LA ENTIDAD RESPECTO AL PUNTO CONTROVERTIDO 1) SOBRE LA NULIDAD DE LA RESOLUCION DE CONTRATO

50. Mediante el **escrito de fecha 25.01.2018**, la ENTIDAD argumenta que el Ing. Marcos A. Salazar Celestino, en su calidad de Presidente del Comité de Recepción de Obra, informa que, en el proceso de recepción de la citada obra, se han realizado los siguientes eventos:

- **Primera visita:** Realizada el 16.03.2016, en la que se verificó que la obra no se podía recibir, suscribiéndose un Acta o Pliego de Observaciones, y otorgándole al Contratista el plazo de 46 días calendario para subsanar las observaciones, cumpliéndose el plazo otorgado el **01.05.2016**.
- **Segunda visita:** Realizada el 12.05.2016, el Comité de Recepción de Obra se constituyó nuevamente en la obra a fin de verificar la subsanación de observaciones del Acta de fecha 16.03.2016; verificando que éstas aún no se habían concluido, por lo que se suscribe una **Segunda Acta de verificación**, detallando las observaciones que no fueron subsanadas, informando a la Entidad lo actuado mediante Carta N° 004-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA –MSC en fecha 18.05.2016, sustentando que las observaciones aún no habían sido subsanadas por el Contratista, por lo que hasta esa fecha el Contratista había incumplido con sus obligaciones contractuales, en retraso injustificado para la culminación y la entrega respectiva de la obra.

51. En razón a ello, la ENTIDAD indica que se notificó al CONTRATISTA mediante Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE sobre el cumplimiento de sus prestaciones para la culminación de la subsanación de Observaciones en fecha 02.06.2016.

⁷ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

52. En respuesta a la Carta Notarial cursada, el CONTRATISTA comunicó mediante Carta N° 042-2016/C.O de fecha 30.05.2016 (fuera del plazo establecido) tener por absueltas totalmente las observaciones advertidas mediante Acta de Observaciones en el proceso de Recepción de Obra de fecha 12.05.2016 y como acto consecuente solicita se expida la conformidad respectiva y la recepción de la obra pertinente.
53. Asimismo, señala que mediante Carta N° 120-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE solicitó al Comité de Recepción de Obra en fecha 08.06.2016, a fin de que cumplan con verificar la subsanación de observaciones, en atención a la comunicación del contratista.
54. En atención a lo solicitado el 06.09.2016, el Ing. Marcos Salazar Celestino, Presidente del Comité de Recepción de Obra, informa a la Dirección Ejecutiva mediante Carta N° 007-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA que en atención a la Carta N° 210-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE, se realizó una tercera visita de verificación de la Obra; encontrando que las observaciones **no han sido subsanadas** encontrándose la obra en situación de “**OBSERVADA**”; adjuntando como medio probatorio la Tercera Acta de Observaciones en el proceso de Recepción de Obra suscrita por el Ing. Marcos Salazar Celestino y el Ing. Julio César Custodio Alvarado, con lo que queda demostrado que el CONTRATISTA no había dado cumplimiento a sus obligaciones verificadas durante el Proceso de recepción de Obra en los plazos establecidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones, las cuales están listas en la Primera, Segunda y Tercera Acta de Observaciones en el proceso de Recepción de Obra.
55. En tal sentido, la ENTIDAD alega que la obra continúa con observaciones que no han sido subsanadas por el Contratista, por lo que se acredita el incumplimiento de condiciones contractuales del Contratista pese a que se le requirió que sean subsanadas, a lo cual el Contratista ha hecho caso omiso incumpliendo así el contrato de ejecución de obra y siendo causal de resolución de contrato de acuerdo a la Cláusula Decima Sexta: Resolución Del Contrato.
56. Señala además que, se ha cumplido con el procedimiento establecido indicado en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, presentando al CONTRATISTA la Carta Notarial N° 068-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 08.11.2016, requiriéndole el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, evidenciándose que el contratista no cumple con dichas obligaciones habiendo además alcanzado la penalidad máxima.
57. Por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 210 del RLCE, señala que: “*Todo retraso en la subsanación de las observaciones que*

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrán dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento (...)” (el subrayado es nuestro).

58. Por lo expuesto anteriormente, la Entidad sostiene que se debe ratificar la validez de la Resolución de Contrato contenida en la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016, siendo que la primera pretensión del Contratista no tiene sustento técnico ni legal, al haber incumplido a sus obligaciones contractuales estipuladas en el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL; declarando infundada la primera pretensión de la demanda.

POSICION DE LA ENTIDAD RESPECTO AL PUNTO CONTROVERTIDO 6) SOBRE LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LA RESOLUCION DE CONTRATO

59. A través del **escrito de fecha 04.08.2017, mediante el cual subsana el escrito de reconvenición de fecha 18.07.2017**, la ENTIDAD sostiene que con fecha 16.03.2016, se suscribe la primera acta de observaciones en el proceso de recepción de obra; documento en el que se consignaron las observaciones encontradas en la obra al término de la verificación de las obras ejecutadas por el CONTRATISTA.

60. Asimismo, señala que con fecha 12.05.2016, se suscribe la segunda acta de observaciones en el proceso de recepción de obra, como resultado de una segunda verificación de las obras ejecutadas por el CONTRATISTA.

61. De igual modo, con Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE en fecha 02.06.2016 se realiza requerimiento de cumplimiento al contratista, indicando en dicha misiva lo siguiente:

“(...) Se está produciendo demora injustificada en el levantamiento de observaciones durante el proceso de recepción de obra.

Así mismo en concordancia con lo estipulado en el RLCE ”5. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considera como demora para efectos de las penalidades que corresponda y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a las que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en el la Ley, el Reglamento o el Contrato, según corresponda”.

(...) cumpla con culminar con la subsanación de observaciones en un plazo de (15) días calendarios, contados desde el día siguiente de recibida la

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

comunicación, bajo apercibimiento de resolver el contrato por incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales”.

62. En ese sentido, mediante Carta N° 042-2016/C.O de fecha 30.05.2016, el CONTRATISTA manifiesta que “(...) *en estricta atención de las observaciones señaladas por el Comité de Recepción de Obra mediante Cata de Observaciones den el proceso de fecha 12.05.2016 cumpro con remitir nuestro informe técnico con la documentación pertinente y sustento fehaciente que absuelve y levanta totalmente las observaciones contenidas en el acta de observaciones citadas precedentemente debiendo tener en consideración lo regulado en el segundo párrafo del numeral 2 del artículo 210 del reglamento, el cual señala taxativamente que la comprobación que realizará se sujetara a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el acta o pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones.*

Que, atendiendo lo resuelto en la Resolución Directoral N° 275-2015-DVDIAR-AGR RURAL/OAL de fecha 13 de noviembre del 2015, respecto a la aprobación del Presupuesto Adicional N° 01 y la aprobación del Presupuesto Deductivo Vinculante de obra N° 01, la absolución pertinente de observaciones, el sustento técnico legal que lo motiva y el sustento documentario que acompaña; solicito que en el plazo más próximo se expida la conformidad traducida en la recepción formal de la obra.

(...) solicito tener por absueltas totalmente las observaciones advertidas mediante ACTA DE OBSERVACIONES EN EL PROCESO DE RECEPCIÓN DE OBRA de fecha 12 de mayo del 2016 y como acto consecuente expida la conformidad respectiva y recepción de obra pertinente”.

63. Con Carta N° 210-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL del 08 de julio del 2016 se hace llegar al presidente del Comité de Recepción de Obra la documentación presentada por el Contratista mediante Carta N° 042-2016/C.O en 312 folios, referente a la subsanación de observaciones, con la finalidad que proceda, juntamente con los demás miembros del Comité de Recepción, con la verificación de la subsanación de observaciones para recepción final de la obra, en concordancia con lo establecido en la artículo 120 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
64. Mediante Informe Técnico N° 35-2016-AGRORURAL/DIAR-PMSA de fecha 02 de setiembre del 2016, se comunican las observaciones al expediente de liquidación del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, presentada por el Contratista el 12 de agosto del 2016; precisándose, entre otros, la existencia de un acta de recepción de obra, suscrita en fecha 15 de junio del 2016 por el Comité de Recepción y el CONTRATISTA; siendo que dicha acta de recepción de obra no se encuentra firmada por el Presidente del Comité, razón por la cual se solicita el

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

pronunciamiento respectivo por la no suscripción del Acta por parte del Presidente del Comité.

65. Mediante Informe Técnico N° 168-2016-MSC de fecha 06 de setiembre del 2016 se indica lo siguiente:

“Como presidente del Comité de Recepción de la Obra (...) hemos procedido conforme al artículo 120 del RLCE, en ese sentido declaro válido y detallo los actuados por el comité presidido por mi persona:

Ítem	Acto	Fecha	Pronunciamiento
1	Designación del Comité de recepción de obra	02.03.2016	-
2	Primera Acta de observaciones en la recepción de obra	16.03.2016	Obra observada
3	Segunda Acta de observaciones en la recepción de obra	12.05.2016	Obra observada
4	Informe del Comité de Recepción de Obra. Carta N° 004-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA-MCS	18.05.2016	Obra observada
5	Tercera Acta de observaciones en la recepción de obra	25.08.2016	Obra observada

Manifestando (...) que no le corresponde emitir pronunciamiento con respecto a documentos que no fueron convocado (s) ni suscrito (s) bajo su presidencia”.

66. Mediante Carta N° 007-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA-MSC de fecha 06.09.2016, se remite a la ENTIDAD la tercera acta de observaciones en el proceso de recepción de obra, suscrita en fecha 25.08.2016 por los ingenieros Marcos Salazar Celestino y Julio Cesar Custodio Alvarado, indicando además que, no asistió al Acto de verificación el representante del Contratista.

67. Asimismo, se informó que el Comité de Recepción de Obra se constituyó en la obra para verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el acta de fecha 12.05.2016, dejándose constancia que “... las observaciones no se han corregido en su totalidad, por tanto, el Comité de recepción se pronunció indicando que la obra se encuentra observado”.

68. Mediante correo electrónico de fecha 09.09.2016, el consultor de la ENTIDAD encargado de la revisión de la liquidación del contrato manifestó lo siguiente: “(...) LA PRESENTE ES PARA COMUNICAR QUE CON FECHA 07/09/2016 SE HA REMITIDO EL INFORME N° 168-2016-MSC, ACERCA DE LA NO SUSCRIPCIÓN

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

DEL ACTA DE RECEPCIÓN POR EL PRESIDENTE DEL COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA; LA CUAL FUE PREENTADA POR EL CONTRATISTA EN LA OLIQUIDACIÓN DEL CONTRATO (...) U QUE SI ESTA LA FORMA DE LOS OTROS 2 MIEMBROS DE DICHO COMITÉ DONDE RECHAZA Y MANIFIESTA QUE NO CORRESPONDE EMITIR PRONUNCIAMIENTO DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ DE REEPCION CON RESPECTO A DOCUMENTOS QUE NO FUERON CONVOCADOS NI SUSCRITOS BAJO SU PRESIDENCIA (ARTÍCULO 210 NUMERAL 1 ULTIMO PARRAFO "El acta de recepción deberá ser suscrita por los miembros del comité de recepción y el contratista.

Así mismo se ha efectuado una tercera visita convocada por el presidente del comité de recepción emitiendo la tercera acta con 08 observaciones el 25.08.2016. En tal sentido, solicitamos en el más breve plazo el pronunciamiento de los 02 miembros que conforman el comité de recepción que efectuaron la suscripción de dicha acta, a fin de proseguir con tal evaluación de la liquidación en concordancia con el artículo 211 del RLCE".

69. Mediante Informe Legal N° 639-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL de fecha 16.09.2016 se concluye que "no corresponde continuar con el procedimiento de liquidación de obra hasta que no exista un documento (Acta) con el que se acredite formalmente que existe una recepción de obra sin observaciones, y que este documento se encuentre suscrito por todos los miembros designados del Comité de Recepción de Obra (...) solo se podrá tener por válida aquella presentada por el Presidente del Comité de Recepción de Obra de fecha 25.08.2016, en la que aparece que aún existen observaciones".
70. De lo anterior, cabe indicar cuales fueron los incumplimientos contractuales requeridos con Carta Notarial N° 027-2016-MIANGRI-DVDIAR- AGRO RURAL de fecha 02.06.2016 y que, ante su falta de subsanación, determinó la resolución del contrato.
71. En efecto, el 16.03.2016 se produjo una primera verificación de la obra, en la que se evidenció que la obra no se podía recepcionar y se suscribió una acta o pliego de observaciones, la cual debó ser subsanadas por el contratista en el plazo de 46 días calendarios, es decir, hasta el 01.05.2016.
72. Con fecha 12.05.2016, el Comité de Recepción de Obra se constituyó nuevamente en la obra a fin de verificar la subsanación de observaciones del Acta del 16.03.2016; verificando que estas aún no se habían levantado, razón por la cual se suscribió una segunda acta de verificación, detallando las observaciones que persistían; informándose a la ENTIDAD lo actuado mediante Carta N| 004-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA-MCS del 18.05.2016, sustentando las observaciones que aún no habrían sido subsanadas.

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

73. En ese sentido, con fecha 02.06.2016 se notificó al CONTRATISTA mediante la Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE sobre el cumplimiento de sus prestaciones durante el proceso de recepción de obra para la culminación de la subsanación de observaciones.
74. El CONTRATISTA comunicó mediante Carta N° 042-2016/C.O de fecha 30.05.2016 que culminó con la subsanación de observaciones hechas a la obra, alegando tenerlas por absueltas totalmente mediante Acta de Observaciones en el proceso de selección de fecha 12.05.2016
75. Por tal razón, con fecha 08.06.2016, se solicitó al Comité de Recepción de Obra cumplir con verificar la subsanación de observaciones, en atención a lo alegado por el contratista en su Carta N° 042-2016/C.O.
76. Con fecha 01.09.2016, se informó sobre las observaciones encontradas al expediente de liquidación presentada por el CONTRATISTA; documento al que se adjuntó copia legalizadas del Acta de Recepción Final de Obra suscrita el 15.06.2016 por el Ing. Julio Cesar Custodio Alvarado, miembro del Comité de Recepción, por el Ing. Jesús Hidalgo Noreña, miembro del COMITÉ E Inspector de la obra y por el representante legal del CONTRATISTA; documento que no contaba con la firma del Presidente del Comité de Recepción de Obra.
77. Mediante Informe Técnico N° 168-2016-MSC del 06.09.2016 se validó una tercera acta de observaciones suscrita el 25.08.2016.
78. Del mismo modo, con Carta N° 007-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA se dejó constancia que la obra seguía en situación de “observada”, como consta en la tercera acta de observaciones suscrita el 25.08.2016, con lo que queda demostrado que el CONTRATISTA no dio cumplimiento a sus obligaciones contractuales, que en presente caso, es la subsanación de las observaciones verificada durante el proceso de recepción de obra en los plazos establecidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones, los cuales están listadas en la primera, segunda y tercera acta de observaciones en el proceso de recepción de obra.
79. Por lo tanto, se concluye que el Comité de Recepción de Obra verificó la no subsanación de observaciones del acta o pliego de observaciones suscrito en fecha 16.03.2016, en concordancia con lo establecido en el artículo 210 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, suscribiendo una tercera acta de observaciones en el proceso de recepción de obra de fecha 25.08.2016.
80. Por lo expuesto, la resolución del contrato se efectuó en atención a los incumplimientos contractuales incurridos por el contratista en la fase de recepción de obra y de conformidad con la normativa de contrataciones, verificándose que la ENTIDAD no ha incumplido sus obligaciones contractuales.

POSICION DEL CONTRATISTA RESPECTO AL PUNTO CONTROVERTIDO 6) SOBRE LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LA RESOLUCION DE CONTRATO

81. El CONTRATISTA mediante **escrito de fecha 06.09.2017**, señala que la ENTIDAD no ha precisado fundamentación de hechos, fundamentación jurídica y medios probatorios que avalen sus pretensiones y por tanto estos carecen de sustento factico y jurídico y prueba alguna que las apoye; razón por la cual solicita que se desestime su pretensión; sin embargo, el Tribunal mediante la Resolución N° 05 de fecha 08.07.2017 admitió a trámite la reconvencción interpuesta por la ENTIDAD mediante escritos de fecha 18 de julio y 04 de agosto del 2017, corriéndose traslado de la misma al CONTRATISTA para que cumpla con absolverla, conforme consta en los cargos de notificación que obran en autos.

POSICION DEL CONTRATISTA RESPECTO AL PUNTO CONTROVERTIDO 7) SOBRE LA VALIDEZ DEL ACTA DE RECEPCIÓN DE OBRA

82. Mediante **escrito de fecha 05.12.2017**, el Contratista manifiesta que mediante **Acta de Observaciones** en el proceso de recepción de obras de fecha **12.05.2016**, debidamente suscritas por el comité de recepción, se advirtieron ciertas observaciones para ser subsanadas oportunamente por la contratista.

83. Asimismo, asevera que la ENTIDAD con el objeto de recepcionar debidamente la obra, remitió con fecha 01.06.2016 la **Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE**, mediante el cual le requerían el levantamiento de observaciones para la debida recepción de obras, otorgándosele 15 días calendario para dicho efecto.

84. Atendiendo al acta de observaciones en el proceso de recepción de obras de fecha 12.05.2016 y la comunicación citada precedentemente, el CONTRATISTA remitió la **Carta N° 042-2016/CO de fecha 30.05.2016**, mediante el cual remitió su Informe Legal con documentación sustentatoria, absolviendo totalmente las observaciones advertidas en el acta citada precedentemente, con el objeto que el comité de recepción efectuó la debida recepción de obra.

85. De igual manera, argumenta que mediante **Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016**, suscrita y avalada en mayoría por sus miembros debidamente designados para tal efecto, se recepcionó debidamente las obras ejecutadas en el marco del CONTRATO N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL - Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P. N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de la obra denominada "*Instalación del Canal de Riego Rangra-Gongopata- Pucajaca-Distrito de Molino Pachitea Huánuco*", luego

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

de efectuadas las verificaciones de las obras ejecutadas y así disponerlo taxativamente el Comité de Recepción.

86. De igual modo, el CONTRATISTA indica que el Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016, señala textualmente, lo siguiente:

“Al término de la verificación de las obras ejecutadas por el contratista, empresa CONSTRUCTORA OBREGON RBD EIRL, el comité de recepción ha constatado la misma, verificando que la misma cumple con los lineamientos del expediente técnico y metas contratadas, motivo por lo que determinan que la obra “Instalación del Canal de Riego Rangra-Gongopata- Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huánuco” debe ser recepcionada.

Entonces, siendo las 17.00 horas del 15.06.2016 se dio por concluido el acto, y se procedió a la suscripción del ACTA DE RECEPCION DE OBRA, en cinco originales de igual valor”.

87. Al respecto, el CONTRATISTA precisa que la recepción de obra se realizó en razón que CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL (ahora M y D CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC), mediante Carta N° 042-2016/CO de fecha 30 de mayo 2016 remitió su Informe Legal con documentación sustentatoria absolviendo totalmente las observaciones advertidas mediante el acta de observaciones de fecha 12.05.2016⁸, razón por la cual dicho acto administrativo se ha emitido en conformidad con el debido procedimiento y se presenta válido para todos sus efectos⁹. Dicho procedimiento se encuentra avalado en lo dispuesto por el segundo párrafo del numeral 2 del Artículo 210 del Reglamento del Dec. Leg. 1017, el cual señala taxativamente que *“La comprobación que realizará se sujetara a verificar la subsanación de las*

⁸CARTA N° 042-2016/CO de fecha 30 de mayo 2016

Las metas que fueron materia de observación por parte del comité de recepción y advertidas mediante “ACTA DE OBSERVACIONES EN EL PROCESO DE RECEPCION DE OBRA” de fecha 12 de mayo del 2016; fueron pertinentemente absueltas y levantadas en forma fehaciente:

1. Bocatoma.
2. Desarenador-Aliviadero canal de limpia.
3. Muro defensa ribereña (mampostería).
4. Canal de sección de concreto.
5. Tomas Laterales en canal de concreto.
6. Caídas verticales.
7. Transición tipo I, canal concreto a canal tubería.
8. Transición tipo II, canal de concreto a canal tubería.
9. Pase aéreo en sección de tubería.
10. Rápidas poza dissipadora.
11. Plan de manejo ambiental
12. Educación ambiental

⁹TUO DE LA LEY N° 27444- LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 1.- Concepto de acto administrativo

- 1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

observaciones formuladas en el Acta o Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones”.

88. Asimismo, el CONTRATISTA hace referencia al artículo 9 de TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual dispone ubicuamente que *“Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda”*; razón por la cual el acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016, resulta válida para todos sus efectos y por tanto despliega todos sus efectos jurídicos para continuar con el debido procedimiento de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 211 del reglamento de la Ley de Contrataciones¹⁰.

89. De otro lado, sostiene que en el segundo párrafo del artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones (modificado por el D.S. N° 138-2012-EF) se establece que *“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, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. Al respecto, el CONTRATISTA aclara que la ENTIDAD mediante Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 01.06.2016, recepcionada con fecha 02.06.2016, los exhorta a efectuar el levantamiento de observaciones apercibiéndolo de resolver el contrato en el plazo de 15 días; sin embargo, mediante acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016 se culminó con los trabajos de obra y estos fueron debidamente recepcionados por el Comité de Recepción; por tanto cualquier apercibimiento previo a resolver el contrato queda sin efecto ipso iure, así como nulo y sin efecto legal alguno todo acto administrativo posterior que se derive de dicho apercibimiento, tal como lo señala el artículo 13 de la Ley 27444 – Ley del procedimiento Administrativo General:*

TUO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 13.- Alcances de la nulidad

13.1 La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él.

90. Agrega también que el artículo 46 de la derogada Ley de Contrataciones del Estado (Dec. Leg. N° 1017) aplicable al presente contrato, señala que los miembros del comité especial son responsables del cumplimiento de la presente

¹⁰ **Artículo 211°.- Liquidación del Contrato de Obra**

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

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

norma, en este sentido, el CONTRATISTA considera precisar que el procedimiento y plazos perentorios para efectuar la recepción de obra y el proceso para la liquidación del contrato se encuentran contenidos en los artículos 210 y 211 del Reglamento de la Ley de la derogada Ley del Contrataciones, debiendo las partes contratantes ceñirse al mismo en virtud de los principios de legalidad, debido procedimiento, eficacia y predictibilidad que regula la Ley del Procedimiento Administrativo General; razón por la cual mediante acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016, debidamente legalizado por Notario Público de Lima, se recepcionó la obra, señalando el comité de recepción en dicha acta, lo siguiente:

“Al término de la verificación de las obras ejecutadas por el contratista, empresa CONSTRUCTORA OBREGON RBD EIRL, el comité de recepción ha constatado la misma, verificando que la misma cumple con los lineamientos del expediente técnico y metas contratadas, motivo por lo que determinan que la obra “Instalación del Canal de Riego Rangra-Gongopata- Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huanuco” debe ser recepcionada.

Entonces, siendo las 17.00 horas del 15.06.2016 se dio por concluido el acto, y se procedió a la suscripción del ACTA DE RECEPCION DE OBRA, en cinco originales de igual valor”

91. Como consecuencia de la recepción de la obra y de conformidad al artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el CONTRATISTA manifiesta que remitió su liquidación de obra, debidamente sustentada mediante **Carta N° 075-2016-DROF/GG-CON-RDB EIRL de fecha 12 de agosto 2016**, a fin que la ENTIDAD proceda de acuerdo a Ley.
92. Señala también que la ENTIDAD tenía 60 días para observar la liquidación o de considerarlo pertinente elaborar otra; sin embargo, la ENTIDAD no observó la liquidación y menos elaboró otra, quedando legalmente consentida dicha liquidación de contrato, por lo que corresponde pagar el saldo a favor del CONTRATISTA.
93. Finalmente, indica que el artículo 9 de TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que *“Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda”*; en tal sentido, el CONTRATISTA infiere que el acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016, suscrita en mayoría por los miembros del comité de recepción oportunamente designados, resulta válida para todos sus efectos y por tanto despliega todos sus efectos jurídicos para continuar con el debido procedimiento de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 211 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; siendo que cualquier intento de desconocerla o invalidarla deviene en infructuosa e improcedente; máxime si este acto administrativo no ha sido sujeto

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

de procedimiento de nulidad alguno, siendo esto así, resulta inválido cualquier intento o pretensión de realizar un acto posterior conducido a una imaginario acto de levantamiento de observaciones, el cual devendría en antojadizo, ilegal, arbitrario y nulo *ipso iure*.

POSICION DE LA ENTIDAD RESPECTO AL PUNTO CONTROVERTIDO 7) SOBRE LA VALIDEZ DEL ACTA DE RECEPCIÓN DE OBRA

94. Mediante **escrito de fecha 25.01.2018**, la ENTIDAD absuelve la pretensión acumulada, señalando que el CONTRATISTA ha incumplido con el **artículo 210° – Recepción de la Obra y plazos**, al no haber subsanado las observaciones del Comité de Recepción de Obra por lo cual no sería válida el Acta de Recepción que el CONTRATISTA ha elaborado y presentado al Tribunal Arbitral, ya que la obra se encuentra inconclusa generando malestar entre los beneficiarios y pérdidas económicas a los beneficiarios y a la ENTIDAD.

95. Asimismo, manifiesta que con Informe Técnico N° 168-2016-MSC en fecha 06.09.2016, el Ing. Marcos Salazar Celestino remite al Director de Infraestructura Agraria y Riego el pronunciamiento solicitado, indicando lo siguiente:

“Como presidente del Comité de Recepción de la Obra (...) hemos procedido conforme al Art. 210 del RLCE, en ese sentido declaro válido y detallo los actuados por el comité presidido por mi persona (...) Manifestando (...) que no le corresponde emitir pronunciamiento con respecto a documentos que no fueron convocado(s) ni suscrito(s) bajo su presidencia.

96. Además, arguye que con Informe Técnico N° 432-2016-MINAGRI-AGRO RURAL-DA/DZHco.IR del Ing. Julio Custodio Alvarado, miembro del Comité de Recepción, dicho profesional informa que desconoce la existencia del Acta de Recepción de Obra de fecha 15 de junio de 2016, conforme se ha detallado anteriormente.

97. De igual manera, el Inspector de la obra, miembro del Comité de Recepción con Informe N° 006-2016-INSPECTOR/JHN, de fecha 28 de noviembre de 2016, informa que desconoce de la existencia del Acta de Recepción de Obra de fecha 15 de junio de 2016.

98. Por lo mencionado, la ENTIDAD considera que es IMPROCEDENTE la pretensión del contratista que el Tribunal Arbitral declare la validez del ACTA DE RECEPCIÓN DE OBRA de fecha 15 de junio de 2016, y por consiguiente NULA la decisión contenida en la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

POSICION DEL TRIBUNAL

99. Teniendo en cuenta los hechos expuestos por el Contratista y la Entidad, se evidencia que la controversia se encuentra relacionada con la resolución de contrato efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016; en ese sentido, el Tribunal Arbitral, estima conveniente analizar primero las cuestiones de forma, para luego pasar a analizar las cuestiones de fondo que han generado llegar a esta situación de ruptura de la relación contractual, en cuyo análisis también se incluirá la validez del Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016.
100. Al respecto, el artículo 40 del DL 1017 - Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley), otorga la facultad a la Entidad para que, en caso de incumplimiento del Contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido observada previamente por la Entidad, se ponga fin al contrato suscrito ya sea de manera total o parcial, condicionado a que la Entidad haya emplazado al Contratista por la vía Notarial del documento en el que se manifieste dicha decisión y el motivo que la justifica, conforme se aprecia a continuación:

Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento. (Subrayado nuestro)

101. Asimismo, es menester precisar que para que proceda la resolución de contrato efectuada por la Entidad, debe haberse configurado determinada causal y cumplido con el procedimiento de resolución de contrato, que se encuentran regulados en los artículos 168 y 169 del Reglamento de Contrataciones del Estado (en adelante el Reglamento) respectivamente, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° 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 podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169°. (Subrayado nuestro)

Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga 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, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento. (Subrayado nuestro)

102. De igual manera, la Entidad tendrá la facultad de resolver el contrato cuando exista demora por parte del Contratista en subsanar las observaciones que exceda el plazo otorgado en el proceso de recepción de obra, tal como así lo indica el numeral 5 del artículo 210 del Reglamento cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 210.- Recepción de la Obra y plazos

1. En la fecha de la culminación de la obra, el residente anotará tal hecho en el cuaderno de obras y solicitará la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, lo informará a la Entidad, ratificando o no lo indicado por el residente.

En caso que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la Entidad procederá a designar un comité de recepción dentro de los siete (7) días siguientes a la recepción de la comunicación del inspector o supervisor. Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.

En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos.

Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista.

El Acta de Recepción deberá ser suscrita por los miembros del comité y el contratista.

2. De existir observaciones, éstas se consignarán en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna.

Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el cuaderno de obras, lo cual será verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación. El comité de recepción junto con el contratista se constituirán en la obra dentro de los siete (7) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realizará se sujetará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Acta o Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones.

De haberse subsanado las observaciones a conformidad del comité de recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra.

3. En caso que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. El comité de recepción elevará al Titular de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.

4. Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación, la Entidad comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, dará por vencido dicho plazo, ésta intervendrá y subsanará las observaciones con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o de acuerdo al procedimiento establecido en la directiva que se apruebe conforme a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 206°.

5. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda.

6. Está permitida la recepción parcial de secciones terminadas de las obras, cuando ello se hubiera previsto expresamente en las Bases, en el

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

contrato o las partes expresamente lo convengan. La recepción parcial no exime al contratista del cumplimiento del plazo de ejecución; en caso contrario, se le aplicarán las penalidades correspondientes.

7. Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora. 8. Si en el proceso de verificación de la subsanación de las observaciones, el comité de recepción constata la existencia de vicios o defectos distintas a las observaciones antes formuladas, sin perjuicio de suscribir el Acta de Recepción de Obra, informará a la Entidad para que ésta solicite por escrito al contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos. (Subrayado del Tribunal)

103. De las disposiciones citadas, este Colegiado considera que para determinar la validez o no de la resolución de contrato practicada por la Entidad, se debe analizar tanto el procedimiento, como los fundamentos por las cuales dicha parte resolvió el contrato.
104. En ese sentido, con fecha **28.01.2015**, la empresa Constructora Obregón RDB E.I.R.L (empresa absorbida por MYD Constructores y Promotores SAC) y el Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural - Agro Rural suscribieron el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL para la Ejecución de la Obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongopata - Pucajaga, distrito de Molino – Pachitea - Huánuco".
105. Finalizada la culminación de la obra, el Contratista solicitó la recepción de la obra, por lo que la Entidad mediante Resolución N° 001-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL de fecha 27.01.2016 corregida mediante la R.D N° 006-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DIAR de fecha 12.02.2016 **se designó a los miembros del Comité de Recepción de Obra** cuyos integrantes fueron el Ingeniero Marco Antonio Salazar Celestino¹¹ (Presidente), Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado¹² y el Ingeniero Jesús Hidalgo Noreña¹³.
106. Posteriormente, con fecha **16.03.2016**, el Comité de Recepción de Obra, conformado por el **Ingeniero Marco Antonio Salazar Celestino (Presidente), Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado y el Ingeniero Jesús Hidalgo Noreña** conjuntamente con el representante del Contratista CONSTRUTORA OBREGON RDB EIRL (empresa absorbida por MYD CONTRATISTAS Y

¹¹ Funcionario de la Dirección de Infraestructura Agraria y Riego

¹² Funcionario de la Dirección Zonal Huánuco

¹³ Inspector de Obra designado por la Entidad

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

PROMOTORES SAC) se apersonaron a la obra a efectos de verificar el funcionamiento de la misma y como consecuencia de ello, sea entregada a la Entidad, sin embargo, se suscribe la **Primera Acta de Observaciones** en el proceso de recepción de obra, formulándose **23 observaciones** a la obra ejecutada por el Contratista, y por lo cual, se le otorgó a dicha parte un plazo de **46 días calendarios** para subsanar las observaciones conforme a lo indicado en el **numeral 2 del artículo 210 del Reglamento**, venciéndose dicho plazo el **01.05.2016**.

107. Asimismo, con fecha **12.05.2016**, el Comité de Recepción de Obra, conformado por el **Ingeniero Marco Antonio Salazar Celestino (Presidente)**, **Julio Cesar Custodio Alvarado** y el **Ingeniero Jesús Hidalgo Noreña** conjuntamente con el representante del Contratista CONSTRUTORA OBREGON RDB EIRL (empresa absorbida por MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC), suscribieron una **Segunda Acta de Observaciones** en el proceso de recepción de obra, indicándose que las observaciones realizadas en la primera visita no se han corregido en su totalidad, permaneciendo **13 observaciones** pendientes de subsanar, con lo cual, se procederá conforme a lo indicado en **el numeral 3 del artículo 210 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**.
108. Tomando en cuenta el incumplimiento de subsanación de la observaciones, mediante **Carta N° 042-2016/C.O** de fecha 25.05.2016, recibida por la Entidad el **30.05.2016**, el Contratista remite a la Entidad su Informe Técnico - Legal con la documentación correspondiente, mediante el cual manifiesta absolver y levantar las observaciones efectuadas en la segunda acta de observaciones de fecha 12.05.2016, por lo que solicita la recepción de la obra.
109. Sin embargo, a través de la **Carta Notarial N°027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE** de fecha 01.06.2016, recibido por el Contratista **02.06.2016**, la Entidad requiere al Contratista, para que en un plazo de 15 días cumpla con culminar con subsanar las observaciones efectuadas a la obra, bajo apercibimiento de resolver el contrato por incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, conforme se aprecia a continuación:

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Ministerio de Agricultura y Riego
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación del mar de Grau"

01 JUN. 2016

73

RECIBIDO
Lima

CARTA NOTARIAL N° 027 - 2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE

Señor
DANIEL RUFINO OBREGON FLORES
CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L.
Av. Los Quechuas N° 1337, Dpto. 3B, Urb. Los Parques de Monterrico
Ate -

Asunto : Requerimiento de Cumplimiento

Referencia : a) Carta N° 004-2016-COMITÉ DE RECEPCION DE OBRA-MSC
b) Informe Técnico N° 054-2016/KZG
c) Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL

De mi consideración

Me dirijo a usted en relación al asunto y documento de la referencia a), b) y c) para comunicarle los incumplimientos contractuales que su representada viene realizando durante el proceso de recepción de la obra: "INSTALACION DEL CANAL DE RIEGO RANGRA-GONGAPATA, DISTRITO DE MOLINO, PACHITEA-HUANUCO"

En efecto su representada, ha incurrido en las siguientes causales de incumplimiento Contractual, Legal y Reglamentario especificada en el artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por DS 138-2012-EF.

"Demora injustificada en el levantamiento de Observaciones durante el proceso de recepción de obra"

Artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado
(...)
5. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el Contrato por incumplimiento. Las penalidades a las que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda

En tal sentido, en aplicación de lo dispuesto en el art. 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se requiere a vuestra representada cumpla con sus obligaciones antes indicadas, esto es: cumpla con culminar con la subsanación de observaciones en un plazo de (15) días calendario, contados desde el día siguiente de recibida la presente, bajo apercibimiento de resolver el contrato por incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales.

Atentamente,

PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO
AGROARIO RURAL - AGROPECUARIO
Econ. MARCO ANTONIO VINELLI RUIZ
DIRECTOR EJECUTIVO

CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L.
RECIBIDO
12.06.16

CUT. 162138 - 2014

110. Con Carta N° 210-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha **08.06.2016**, la Dirección Ejecutiva de la Entidad le hace llegar al Ingeniero Marco Antonio Salazar Celestino, Presidente del Comité de Recepción de Obra, la documentación presentada por el Contratista mediante la Carta N° 042-2016/C.O

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

a fin de que el Comité de Recepción verifique la subsanación de observaciones para la recepción final de la obra.

111. Con fecha **15.06.2016**, el Comité de Recepción de Obra en Mayoría, conformado por el **Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado** y el **Ingeniero Jesús Hidalgo Noreña** conjuntamente con el representante del Contratista, suscribieron el **Acta de Recepción de Obra** al haber verificado dichos funcionarios del Comité de Recepción de Obra de la Entidad, que la obra cumpliría con los lineamientos del expediente técnico y metas contratadas.
112. No obstante, con fecha **25.08.2016**, el Comité de Recepción de Obra en Mayoría, conformado por el Presidente del Comité de Recepción de Obra, **Ing. Marcos Salazar Celestino** y el **Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado** suscribieron la **Tercera Acta de Observaciones de Obra** indicando que las observaciones efectuadas en la segunda acta de observaciones de fecha 12.05.2016, no se han corregido en su totalidad.
113. A través del **Informe Técnico N° 035-2016-AGROIRURAL/DIAR-PMSA** de fecha **02.09.2016**, el Consultor de la Dirección de Infraestructura Agraria y Riego comunica las observaciones al expediente de Liquidación de Obra presentada por el Contratista el **12.08.2016**, indicando que existía un Acta de Recepción de Obra suscrita en fecha 15.06.2016 por el Comité de Recepción y el Contratista, precisándose que en la referida acta no se encontraba la firma del Presidente del Comité de Recepción de obra.
114. Asimismo, mediante **Informe Técnico N° 168-2016-MSA de fecha 06.09.2016**, el Ing. Marcos Salazar Celestino (Presidente del Comité de Recepción de Obra) comunica al Director de Infraestructura Agraria y Riego que como Presidente del Comité de Recepción de Obra han procedido conforme al artículo 210 del Reglamento, por lo que declara valido los siguientes actuados presidido por su persona:

Item	Acto	Fecha	Pronunciamiento
1	Designación del Comité de Recepción de Obra	02.03.2016	-
2	Primera Acta de Observaciones en la recepción de la obra	16.03.2016	Obra observada
3	Segunda Acta de Observaciones en la recepción de la obra	12.05.2016	Obra observada
4	Informe del Comité de Recepción de Obra. Carta N° 004-2016-COMITÉ DE RECEPCION DE OBRA-MSA	18.05.2016	Obra observada
5	Tercera Acta de Observaciones en la recepción de la obra	25.08.2016	Obra observada

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Sin embargo, manifiesta que no le corresponde emitir pronunciamiento con respecto a documentos que no fueron convocados ni suscritos bajo su presidencia.

115. Mediante **Carta N° 007-216-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA** de fecha **06.09.2016**, el Presidente del Comité de Recepción de Obra Ing. Marcos Salazar Celestino remite a la Entidad la Tercera Acta de Observaciones de fecha 25.08.2016 suscrita por su persona y el Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado.
116. Finalmente, a través de la **Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE** de fecha **23.11.2016**, la Entidad manifiesta que ante el incumplimiento de las obligaciones del Contratista señaladas en la Carta Notarial N°027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE, que configuran la causal establecida en el numeral 1 del artículo 168 del reglamento al no haberse subsanado las observaciones dentro del plazo otorgado, comunica su decisión de resolver el contrato, tal como se aprecia a continuación:



Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

213

PERU Ministerio de Agricultura y Riego Vice Ministerio de Desarrollo e Infraestructura Agraria y Riego

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación del Mor de Grau"

23 NOV 2016

CARTA NOTARIAL N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE

Señor
DANIEL RUFINO OBREGON FLORES
CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL
Los Canarios N° 112 - Oficina N° 202 - La Molina
Frente al Centro de Convenciones ESENCIA - LA MOLINA

Presente -

Asunto: Resolución de Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra - Gongapata - Pucayaga, distrito de Molino - Pachitea - Huánuco".

Ref: a) Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR - AGRO RURAL- DE
b) Informe Técnico N° 101-2016/KZG.
c) Informe Legal N° 700-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL/DAL

De mi consideración:

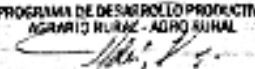
Es grato dirigirme a usted, a fin para comunicarle que mediante documentos de la referencia a), se pone en conocimiento de su representada, el incumplimiento de levantamiento de las observaciones durante el proceso de recepción de obra en el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, correspondiente a la ejecución de obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra - Gongapata - Pucayaga, distrito de Molino - Pachitea - Huánuco", otorgándole un plazo de quince (15) días calendario para que cumpla con la subsanación de observaciones, bajo apercibimiento de resolver el referido contrato.

En ese sentido, ante el incumplimiento de sus obligaciones claramente definidas en la Carta Notarial de la referencia a), lo mismas que configuran la causal prescrita en el numeral 1 del artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, al no haberse subsanado las observaciones dentro del plazo otorgado, la Ley de Contrataciones del Estado faculta a la Entidad a resolver el contrato, de conformidad a lo establecido en el artículo 169 del mismo cuerpo normativo.

Por lo expuesto, en atención a los documentos b) y c) de la referencia, y de conformidad con lo previsto en el artículo 169 del Reglamento citado en el párrafo precedente, se **RESUELVE EL CONTRATO N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL**, para la ejecución de obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra - Gongapata - Pucayaga, distrito de Molino - Pachitea - Huánuco", por haber incumplido sus obligaciones contractuales. En ese sentido, se llevará a cabo el acto de Constatación física e inventario de la obra, y como punto de inicio, la progresiva 0+00 del proyecto Bocatoma, el día viernes 25 de noviembre de 2016 a las 10:00 horas, de conformidad con el artículo 209 del Reglamento.

Sin otro particular quedo de usted.

Atentamente,

PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO
AGRARIO RURAL - AGRO RURAL

LIC. JORGE RODRIGUEZ LAVA
DIRECTOR EJECUTIVO RM

Se adjunta copia de: a) Informe Técnico N° 101-2016/KZG.
b) Informe Legal N° 700-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL/DAL

JAR/UG/080

* Inciso 1 artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL - AGRO RURAL
AV. SALAVERRY N° 1388 - JESUS MARIA
CENTRAL TELEFÓNICA 205-8030
WWW.2016/rural.pe

REDACTADO EN ESTA NOTARIA

NOTARIA ALZAMORA

ANA MARIA ALZAMORA TORRES
Jr. Garcilaso de la Vega 1595, Lince
1-5332

42.15.16

NOTARIA ALZAMORA
Jr. Garcilaso de la Vega 1595, Lince
Email: alzamorainfo@notariasalzamorac.com
23 NOV. 2016
Telf: 414-0000 - 414-0002
RECIBIDO
Hora: 5:57 pm

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

117. Al respecto, este Colegiado advierte que la carta de apercibimiento de resolución de contrato (**Carta Notarial N°027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE**), fue notificada por conducto notarial al Contratista por la Entidad; sin embargo, no cumplió con indicar de manera expresa, cuáles fueron las observaciones que el Contratista no habría cumplido con subsanar, pues solo hace referencia a informes que sustentan la decisión contenida en dicho documento.
118. Asimismo, se aprecia que la Entidad cumplió con notificar al Contratista la carta resolutoria del contrato (**Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE**), por la vía notarial, también cumplió con citar al Contratista a la Constatación física e inventario indicando la fecha y hora de dicha diligencia, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 209 del Reglamento; sin embargo, no cumplió con indicar de manera expresa y detallada las observaciones que considera que el Contratista no habría cumplido con subsanar, tal como ocurre en la carta de apercibimiento de resolución de contrato, en tal sentido, este Colegiado considera que la Entidad no cumplió válidamente con el procedimiento de resolución de Contrato, establecido en el artículo 169 del Reglamento; por lo que corresponde ahora efectuar el análisis de fondo y establecer si el Contratista incurrió en incumplimiento injustificado respecto al levantamiento de las observaciones realizadas a la recepción de obra.
119. Pues bien, de los argumentos expuestos precedentemente, los cuales motivaron la resolución de contrato de la Entidad mediante la **Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE**, este Colegiado verifica que con fecha **16.03.2016**, el Comité de Recepción de obra integrado por el Ingeniero Marco Antonio Salazar Celestino (Presidente), el Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado y el Ingeniero Jesús Hidalgo Noreña, conjuntamente con el representante del Contratista suscribieron una **primera acta de observaciones** al no haber cumplido el Contratista con los establecido en los planos y las especificaciones técnicas, otorgándose al Contratista un plazo de 46 días hábiles, para que subsane las 23 observaciones encontradas por el Comité de Recepción de Obra, de conformidad a lo señalado en el numeral 2 del artículo 210 del Reglamento.
120. Asimismo, y luego de vencido el plazo otorgado, el Contratista solicitó nuevamente la recepción de la obra, motivo por el cual, el Comité de Recepción de Obra se constituyó nuevamente en la obra a fin de verificar la subsanación de las observaciones formuladas en la primera acta de observaciones, no pudiéndose formular nuevas observaciones, sin embargo, el Contratista no cumplió con subsanar el total de las observaciones consignadas en la primera acta permaneciendo pendiente de subsanar 13 observaciones, razón por la cual, tanto los miembros del Comité y el Contratista suscribieron una **segunda acta de observaciones** de fecha **12.05.2016**, dejando constancia dicho Comité, que procederían conforme al numeral 3 del artículo 210 del Reglamento.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

121. Al respecto, el numeral 3 del artículo 210 indica lo siguiente: *“En caso que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. El comité de recepción elevará al Titular de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.”*
122. Tal como se desprende del citado párrafo del artículo 210 del Reglamento, en caso que el Comité de Recepción de obra no estuviese conforme con la subsanación a las observaciones, se anotará dicha discrepancia en el acta respectiva, seguidamente el Comité elaborará y remitirá un informe al Titular de la Entidad respecto a las observaciones a la obra en un plazo máximo de cinco días, para luego, en el mismo plazo la Entidad se pronuncie, y de persistir dicha discrepancia, la misma será sometida a conciliación arbitraje dentro de los quince días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.
123. Al respecto, se aprecia en autos que mediante **Carta N° 004-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA –MSC** de fecha **18.05.2016**, el Presidente del Comité de Recepción de Obra cumplió con remitir a la Entidad su informe sobre las observaciones encontradas en la primera acta de observaciones señalando que al comprobar que dichas observaciones no fueron levantadas en su totalidad, se suscribió una segunda acta de observaciones.
124. Ante lo informado por el Presidente del Comité, la Dirección de Infraestructura y Riego de la Entidad emitió el **Informe Técnico N° 054-2016/KGZ** de fecha **26.05.2016**, donde concluye que existe retraso en la culminación del levantamiento de las observaciones por parte del Contratista por lo que solicita que se requiera al Contratista a fin de que culmine con el levantamiento de las observaciones, bajo apercibimiento de Resolución de Contrato por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, tal como así lo establece el numeral 5 del artículo 210 del reglamento: *“Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda”*.
125. Es así que, en base a lo expresado en la Carta N° 004-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA –MSC y el Informe Técnico N° 054-2016/KGZ, con fecha **02.06.2016**, la Entidad, amparada en el numeral 5 del artículo 210 del Reglamento, notifica al Contratista la **Carta Notarial N°027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE** de fecha 01.06.2016 donde se le requiere al

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Contratista para que, en un plazo de 15 días, cumpla con culminar con la subsanación de las observaciones, bajo apercibimiento de resolver de contrato.

126. Sin embargo, previo a dicho apercibimiento de resolución del contrato, con fecha **30.05.2016**, el Contratista había remitido a la Entidad la **Carta N° 042-2016/C.O** adjuntando su Informe Técnico - Legal a través del cual manifiesta haber cumplido con absolver y levantar las observaciones efectuadas en la segunda acta de observaciones de fecha **12.05.2016**, por lo que solicita la recepción de la obra. Dicho informe técnico fue remitido al Presidente del Comité de Recepción mediante **Carta N° 210-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE** de fecha **08.06.2016** con el fin de que el Comité verifique la subsanación de las observaciones para que se proceda con la recepción de la obra, debiéndose precisar que existía un requerimiento de resolución de contrato.

127. Tomando en cuenta lo anterior, con fecha **15.06.2016**, el Comité de Recepción de Obra, conformado por el **Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado y el Ingeniero Jesús Hidalgo Noreña** conjuntamente con el representante del Contratista, suscribieron el **Acta de Recepción de Obra** al haber verificado dichos miembros del Comité de Recepción de Obra de la Entidad, que la obra cumpliría con los lineamientos del expediente técnico y metas contratadas, por lo que, con fecha **12.08.2016**, mediante Carta N° 075-2016-DROF/GG-CO-RDB E.I.R.L., y dentro del plazo otorgado en el artículo 211 del Reglamento, el Contratista remitió a la Entidad su liquidación final de obra, sin embargo, la Entidad no continuó con el procedimiento de liquidación de obra, esto es, observar la liquidación o elaborar una nueva, en base a los siguientes documentos y argumentos presentados en el proceso arbitral:

- 1) Con fecha **25.08.2016**, el Comité de Recepción de Obra, conformado por el Presidente del Comité de Recepción de Obra, **Ing. Marcos Salazar Celestino** y el **Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado (miembro del colegiado que también suscribió el acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016)** se apersonó nuevamente a obra para verificar si el Contratista había cumplido con levantar las observaciones, requerimiento que había sido notificado al Contratista bajo apercibimiento de resolver el contrato mediante la Carta Notarial N°027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE, suscribiéndose una **Tercera Acta de Observaciones de Obra** en la cual se señala que las observaciones efectuadas en la segunda acta de observaciones de fecha 12.05.2016, no se corrigieron en su totalidad.
- 2) A través del **Informe Técnico N° 035-2016-AGROIRURAL/DIAR-PMSA** de fecha **02.09.2016**, el Consultor de la Dirección de Infraestructura Agraria y Riego comunica las observaciones al expediente de Liquidación de Obra presentada por el Contratista el **12.08.2016**, indicando que existía un Acta de Recepción de Obra suscrita en fecha 15.06.2016 por el Comité de Recepción

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

y el Contratista, precisándose que en la referida acta no se encontraba la firma del Presidente del Comité de Recepción de obra.

- 3) Asimismo, mediante **Informe Técnico N° 168-2016-MSC de fecha 06.09.2016**, el Ing. Marcos Salazar Celestino (Presidente del Comité de Recepción de Obra) comunica al Director de Infraestructura Agraria y Riego que como Presidente del Comité de Recepción de Obra han procedido conforme al artículo 210 del Reglamento, por lo que declara valido los siguientes actuados presidido por su persona:

Item	Acto	Fecha	Pronunciamiento
1	Designación del Comité de Recepción de Obra	02.03.2016	-
2	Primera Acta de Observaciones en la recepción de la obra	16.03.2016	Obra observada
3	Segunda Acta de Observaciones en la recepción de la obra	12.05.2016	Obra observada
4	Informe del Comité de Recepción de Obra. Carta N° 004-2016-COMITÉ DE RECEPCION DE OBRA-MSC	18.05.2016	Obra observada
5	Tercera Acta de Observaciones en la recepción de la obra	25.08.2016	Obra observada

Sin embargo, manifiesta que no le corresponde emitir pronunciamiento con respecto a documentos que no fueron convocados ni suscritos bajo su presidencia.

- 4) De igual manera, indica que mediante **Carta N° 007-216-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA** de fecha **06.09.2016**, el Presidente del Comité de Recepción de Obra Ing. Marcos Salazar Celestino remite a la Entidad la Tercera Acta de Observaciones de fecha 25.08.2016 suscrita por su persona y el Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado.
- 5) También señala que el Comité de Recepción de obra actúa como un órgano colegiado, esto es, que los acuerdos que se adopten en relación a la existencia de observaciones o a la pertinencia de proceder a la recepción de obra sin observaciones, deben ser adoptadas por todos los miembros.
- 6) Adicionalmente, sostiene que, si existe una copia del Acta de Recepción de obra ejecutada, ésta no puede ser considerada que la obra se encuentra recepcionada; ya que, resulta contradictoria con la tercera acta de observaciones, no se cuenta con la firma del Presidente del Comité de Recepción y, finalmente porque no se ha acreditado que el Contratista ha cumplido con levantar las observaciones formuladas.

- 7) También señala que existen indicios de falsedad en el Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016 y que deberá acreditarse dicha falsedad mediante peritaje que la Entidad ofrecerá como prueba de parte.
- 8) Finalmente, señala que al no haber cumplido el Contratista con el levantamiento de las observaciones dentro del plazo otorgado en la Carta Notarial N°027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL, la Entidad, a través de la **Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE** de fecha **23.11.2016**, comunica al Contratista su decisión de resolver el contrato.
128. De acuerdo a lo manifestado en el punto 1) al 8) del considerando 127, la Entidad cuestiona el Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016, ya que no ha sido suscrita por el Presidente del Comité de Recepción de Obra, teniendo en cuenta que las decisiones del Comité deben ser adoptadas por todos sus miembros que la conforman, resulta contradictoria con la tercera acta de observaciones de fecha 25.08.2016, no se ha acreditado que el Contratista haya subsanado las observaciones formuladas en la tercera acta y que existen indicios de falsedad en el acta de recepción de obra documento que debe ser sometido a peritaje, medio probatorio ofrecido por la Entidad.
129. Al respecto, este Colegiado considera que los argumentos de la Entidad no generan convicción en el Tribunal, debido a que el Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016 si bien fue suscrito por dos miembros del Comité de Recepción, el Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado y el Ingeniero Jesús Hidalgo Noreña y no por el Presidente del Comité Ingeniero Marcos Salazar Celestino, las partes no puede desconocer dicho acto jurídico, ya que mediante **Carta N° 210-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE** de fecha **08.06.2016**, la Entidad remitió al Presidente del Comité de Recepción de obra, el Informe Técnico presentado por el Contratista el 30.05.2016, mediante la **Carta N° 042-2016/C.O**, donde manifiesta haber cumplido con absolver y levantar las observaciones efectuadas en la segunda acta de observaciones de fecha **12.05.2016**, en ese sentido, al conocer de manera directa el Presidente del Comité de Recepción de Obra, que el Contratista habría cumplido con levantar las observaciones a la obra (Acta de Levantamiento de Observaciones de fecha 16.03.2016), de manera diligente, se debió convocar a los otros miembros del Comité para la verificación in situ y corroborar la subsanación de las observaciones, situación que se presenta en este caso, pues dos de los miembros del Comité conjuntamente con el representante del Contratista a excepción del Presidente, y dentro de un plazo razonable y de manera diligente (tomando en cuenta que el Comité no tiene un plazo indefinido para recepcionar la obra), se apersonaron a la obra y suscribieron con fecha 15.06.2016 el Acta de Recepción de Obra, no existiendo en dicho documento justificación de ausencia del Presidente, ya sea expresado por el mismo mediante un documento o por los miembros del Comité, en ese sentido, al

no existir dicha justificación, no se puede analizar si la inclusión del presidente es importante o no porque dicho funcionario debió estar atento a las comunicaciones realizadas por el contratista a fin de subsanar las observaciones cuando existía un requerimiento de cumplimiento de observaciones bajo apercibimiento de resolver el contrato.

130. Con relación a las decisiones del Comité de Recepción de Obra, las cuales deben ser tomadas de manera conjunta conforme lo indica la norma, resulta contradictorio dicho argumento porque se cuestiona el acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016 por no haber sido suscrito por el Presidente (fue suscrito por el Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado y el Ingeniero Jesús Hidalgo Noreña) cuando el Acta de Observaciones de fecha 25.08.2016 (documento emitido posteriormente al acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016) fue suscrito por el Presidente Ingeniero Marcos Salazar Celestino y el Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado (miembro del Comité que también suscribió el acta de recepción de obra), es decir, no fue suscrito de manera colegiada tal como lo indica la Entidad amparado en lo que establece la norma, sin embargo, en el acta de recepción de obra existía conocimiento del Presidente del Comité del levantamiento de observaciones del Contratista, por lo que su ausencia es responsabilidad estricta de dicho profesional, resultando válido el levantamiento del acta de recepción con dos de los miembros el Comité de Recepción de Obra, mas no de la tercera acta de observaciones pues el Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado suscribe el acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016 manifestando el levantamiento de observaciones pero posteriormente, el 25.08.2016, manifiesta lo contrario, siendo irregular su actuación como miembro del Comité de Recepción de Obra.

131. Respecto a que el Acta de Recepción de Obra es contradictoria con el Acta de observaciones de fecha 25.08.2016, este Tribunal considera que no existe contradicción puesto que, tal como se ha desarrollado en los considerandos 129 y 130, existe un acto de recepción de obra plasmado en el Acta de fecha 15.06.2016 donde se deja constancia que la obra cumple con los lineamientos del expediente técnico y metas contratadas, esto es, que se ha cumplido con levantar las observaciones formuladas por el Comité mediante Acta de observaciones de fecha 16.03.2016, en tal sentido, la tercera acta de observaciones es inválida, no solo por existir un acta de recepción de obra, sino porque fue emitida más de dos meses y medio después de ser alcanzado al Presidente del Comité de Recepción de Obra, el informe técnico del contratista presentado con la Carta N° 210-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE, por el cual solicita la recepción de la obra al haberse levantado las observaciones, contribuyendo con dicha demora a que se contravengan los Principios de la Contratación Pública, sin perjuicio de señalar que la tercera acta de observaciones de fecha 25.08.2016, fue emitida dentro del procedimiento de liquidación final de obra, pues dicho procedimiento inició el 12.08.2016 con la presentación de la liquidación del Contratista y por el Comité de Recepción de Obra cuando correspondía que el

titular de la Entidad cumpla con observar la liquidación del contratista o elaborar una nueva liquidación.

132. Con respecto a que no se ha acreditado que el Contratista haya subsanado las observaciones formuladas en la tercera acta de observaciones de fecha 25.08.2016, este Colegiado considera que no es correcto lo manifestado por la Entidad, ya que mediante el acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016 se encuentra acreditado el levantamiento de las observaciones formuladas mediante el acta de observaciones de fecha 16.03.2016, debiéndose precisar además que la tercera acta de observaciones es inválido para el Tribunal conforme a lo expresado en el considerando precedente.
133. En relación a los indicios de falsedad alegado por la Entidad, no se encuentra acreditado en autos, que el Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado, miembro del comité que no reconoce el contenido del Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016, haya presentado alguna denuncia respecto a la falsificación de su firma en la referida acta, ni que la Entidad haya formulado alguna tacha en el proceso contra dicho documento al sostener que tiene indicios de falsedad, tampoco que en el proceso se haya formulado alguna pretensión que cuestione la validez del acta de recepción, ni por último que la Entidad haya cumplido con presentar un peritaje para cuestionar la veracidad del medio probatorio en mención. En consecuencia la ENTIDAD, no ha cumplido con utilizar las herramientas jurídicas que la ley le brinda, con el objeto de sustentar y fundamentar sus afirmaciones. Debe tenerse en cuenta que la carga de la prueba, la tiene quien trata de demostrar lo que considera correcto. Sin embargo, la ENTIDAD, tiene expedito el derecho de recurrir a la institución de vicios ocultos si persistiera en su afirmación de que la Obra tiene observaciones por subsanar y que tal como lo afirma habrían causado perjuicio a los usuarios. Pero los funcionarios que no cumplieron a cabalidad con el encargo de recepcionar la Obra en los plazos establecidos en la Ley de contrataciones y su Reglamento, no pueden pretender que se paralice el proceso de culminación del contrato, sabiendo que luego de recepcionada la Obra lo que continua es la Liquidación económica final de la Obra y las consecuencias que se generan al no cumplir con el procedimiento establecido.
134. En base a lo expuesto, el Tribunal ha determinado que el Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016 es válido, por tanto, el Contratista si cumplió con levantar las observaciones de la obra tal como se deja constancia en la referida acta que la obra cumple con los lineamientos del expediente técnico y metas contratadas, en ese sentido, al no existir incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del Contratista, no se configura la causal contenida en el numeral 1 del artículo 168 del Reglamento de Contrataciones del Estado, causal de resolución de contrato invocada por la Entidad para resolver el contrato mediante la **Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE** de fecha **23.11.2016**, en consecuencia, la resolución de contrato tiene vicios de

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

nulidad por lo que corresponde declararla nula al no haberse cumplido con las disposiciones normativas contenidas en el artículo 168, 169 y 210 del Reglamento.

135. Por lo expuesto, corresponde desestimar la primera pretensión principal de la primera reconvenición de fecha 18.07.2017 referida a la validez y eficacia de la resolución de contrato declarándola **INFUNDADA**, asimismo, se determina amparar la primera pretensión principal de la demanda modificada mediante escrito de fecha 05.12.2017 y la pretensión acumulada referidas a la nulidad de la resolución de contrato y la validez del acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016 respectivamente, declarándolas **FUNDADAS**.

8.1 PUNTO CONTROVERTIDO 2) DEL ACTA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS DE FECHA 13 DE JUNIO DEL 2018, RELACIONADO CON LA TERCERA PRETENSION DE LA DEMANDA

- 2) *Determinar si corresponde o no declarar consentida la Liquidación del Contrato de Obra presentada por el Contratista y en consecuencia ordenar a la Entidad el pago del saldo a favor del Contratista por el importe de S/. 470,841.49 soles, más intereses.*

POSICION DEL CONTRATISTA

136. A través del **escrito de fecha 05.12.2017** mediante el cual se modifica la tercera pretensión principal de la demanda de fecha 23.05.2017, el CONTRATISTA señala que con acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016, se recepcionó debidamente la obra, señalando el comité de recepción en dicha acta, lo siguiente:

“Al término de la verificación de las obras ejecutadas por el contratista, empresa CONSTRUCTORA OBREGON RBD EIRL, el comité de recepción ha constatado la misma, verificando que la misma cumple con los lineamientos del expediente técnico y metas contratadas, motivo por lo que determinan que la obra “Instalación del Canal de Riego Rangra-Gongopata- Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huanuco” debe ser recepcionada.

Entonces, siendo las 17.00 horas del 15.06.2016 se dio por concluido el acto, y se procedió a la suscripción del ACTA DE RECEPCION DE OBRA, en cinco originales de igual valor”

137. Asimismo, señala que habiendo sido recepcionada legalmente la obra (Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, se remitió su liquidación

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

de obra mediante **Carta N° 075-2016-DROF/GG-CON-RDB EIRL de fecha 12.08.2016**, debidamente sustentada, a fin que la ENTIDAD proceda de acuerdo a Ley.

138. Agrega que, de acuerdo al procedimiento de liquidación final de obra, establecido en el citado artículo 211, la entidad tenía 60 días para observar la liquidación o de considerarlo pertinente elaborar otra; sin embargo, la ENTIDAD no observó la liquidación y menos elaboró otra, quedando legalmente consentida dicha liquidación de contrato, razón por la cual se erige de pleno derecho la declaración de consentimiento de la liquidación y el pago del saldo a su favor.
139. Hace referencia el CONTRATISTA a la **OPINIÓN N° 104-2013/DTN**, mediante la cual se indica que la ENTIDAD no se encuentra habilitada para calificar o declarar “improcedente” la liquidación presentada oportunamente por este, siendo que solo puede observarla o elaborar otra.
140. Asimismo, indica que en la citada opinión del OSCE, se señala que *“la Entidad tiene un plazo máximo de sesenta (60) días, contados desde la mencionada presentación, para emitir su pronunciamiento –ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra– y notificarlo al contratista para que este se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes”*. Al respecto, debe indicarse que **“el hecho que una liquidación de obra quede consentida genera efectos jurídicos y económicos. Los primeros, implican que la liquidación del contrato de obra quede firme y, en ese sentido, no pueda ser cuestionada por las partes posteriormente, en tanto se presume que su no observación dentro del plazo establecido implica su aceptación. Los segundos efectos, consecuencia directa de los primeros, implican que, al determinarse el costo total de la obra y el saldo económico a favor de alguna de las partes, se origine el derecho al pago del saldo a favor del contratista o de la Entidad, según corresponda”**. De acuerdo a lo expuesto, el Contratista considera que los efectos jurídicos del consentimiento de la liquidación de obra implican que esta quede firme; es decir, no pueda ser cuestionada por las partes posteriormente, en tanto se presume que su no observación dentro del plazo establecido presupone su aceptación; asimismo, se genera el derecho al pago del saldo económico a favor de alguna de las partes, de corresponder.
141. En ese sentido, afirma el Contratista que estando a que la Entidad no se ha pronunciado dentro del plazo de ley, según lo dispone la parte pertinente del art. 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, la liquidación ha quedado legalmente consentida y válida para todos sus efectos, generándose el derecho de pago a su favor el importe de S/. 470,841.49 (cuatrocientos setenta mil ochocientos cuarenta uno y 49/100 soles), más intereses.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

142. Finalmente, el Contratista alega que por el Principio de Preclusión Procesal, el proceso administrativo se va desarrollando por etapas, de modo que si se supera una etapa o fase procesal, se pasa a la siguiente y no existe posibilidad de retroceder, por lo que habiendo quedado firme la recepción de obra, es que procedió a presentar su liquidación de contrato, quedando consentida al vencer el plazo de Ley, sin que la ENTIDAD se haya pronunciado de acuerdo a Ley y lo dispuesto en la normatividad aplicable.

POSICION DE LA ENTIDAD

143. Mediante el **escrito de fecha 25.01.2018**, la ENTIDAD manifiesta que con Informe Técnico N° 35-2016-AGRORURAL/DIAR-PMSA de fecha 02.09.2016, el Consultor de la Dirección de Infraestructura Agraria y Riego comunica las observaciones al Expediente de Liquidación del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL para la ejecución de la Obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra –Gongapata, Distrito de Molino, Pachitea –Huánuco", presentada por la CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL de fecha 12.08.2016 indicando, entre otros; la existencia de un "**Acta de recepción de Obra**", suscrita en fecha 15.06.2016, por el Comité de Recepción y el CONTRATISTA; precisando que dicha acta de recepción de obra no se encuentra firmada por el Presidente del Comité, por lo que solicita el pronunciamiento respectivo por la NO suscripción del Acta por parte del Presidente del Comité.

144. Asimismo, señala que mediante Informe Técnico N° 168-2016-MSA en fecha 06.09.2016, el Ing. Marcos Salazar Celestino remite al Director de Infraestructura Agraria y Riego el pronunciamiento solicitado, manifestando lo siguiente:

"Como presidente del Comité de Recepción de Obra (...) hemos procedido conforme al Art. 210 del RLCE, en ese sentido declaro válido y detallo los actuados por el comité presidido por mi persona: Manifestando (...) que no le corresponde emitir pronunciamiento con respecto a documentos que no fueron convocado(s) ni suscrito(s) bajo su presidencia.

145. Igualmente, indica la ENTIDAD que con Carta N° 007-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA-MSA de fecha 06.09.2016, el Ing. Marcos Salazar Celestino, Presidente del Comité de Recepción de Obra remite a la Dirección Ejecutiva, la Tercera Acta de Observaciones en el proceso de recepción de obra suscrita en fecha 25.08.2016 por los Ingenieros Marco Salazar Celestino y Julio Cesar Custodio Alvarado, indicando además que, no asistieron al acto de verificación el Ing. Jesús Hidalgo Noreña, miembro del comité y el representante de la Constructora Obregón RDB EIRL.

146. De igual manera, señala que el Ing. Marcos Salazar Celestino informa que el Comité de recepción de Obra, se constituyó en la obra para verificar la

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

subsanación de las observaciones formuladas en el Acta de fecha 12.05.2016, indicando que la obra se encuentra “observada”.

147. En tal sentido, la ENTIDAD indica que debe tenerse en consideración que el Comité de Recepción de obra actúa como un órgano colegiado, esto es, que los acuerdos que se adopten en relación a la existencia de observaciones o a la pertinencia de proceder a la recepción de obra sin observaciones, deben ser adoptadas por todos los miembros, dejando constancia de tales acuerdos o posibles discrepancias en la respectiva acta, la misma que por ser el documento que recoge el sentido de la decisión adoptada por cada uno de los miembros del comité de Recepción de Obra, deben constituir una sola y única Acta del referido comité.
148. Agrega que, atendiendo a esta misma condición de órgano colegiado, le corresponde al presidente del comité asegurar la regularidad de las deliberaciones o reuniones que se sostengan en el ejercicio del encargo efectuado, levantar el Acta de acuerdos adoptados y encargarse de ejecutar tales acuerdos, para lo cual el presidente puede hacerse cargo de preparar la agenda, llevar y actualizar las actas.
149. De esta manera habiendo quedado acreditada la existencia de observaciones respecto de la Obra ejecutada, al haber validado el Presidente el Acta de Observaciones de fecha 25.08.2016, no procede continuar con el proceso de liquidación hasta que se cuente con un Acta firmada por todos sus integrantes y se deje constancia que no existen observaciones pendientes de subsanar. En caso contrario, no existe un acto formal de recepción de obra.
150. Precisa además que, si obra una copia del Acta de Recepción de obra ejecutada, ésta no puede ser tomada en consideración para efectos de cualquier pretensión del Contratista de afirmar que la obra se encuentra recepcionada; en primer lugar, porque resulta contradictoria con el Acta de Recepción de Obra con Observaciones a las que se ha referido anteriormente, lo cual constituye un procedimiento por decir lo menos irregular.
151. En segundo lugar, porque no se cuenta con la firma del Presidente del Comité de Recepción y, finalmente porque no se ha acreditado que el Contratista ha cumplido con levantar las observaciones formuladas; por el contrario, a razón de lo manifestado por el presidente refiere este la existencia de observaciones que se encontrarían pendientes de ser levantadas.
152. En base a ello, la ENTIDAD considera que no corresponde continuar con el procedimiento de Liquidación de Obra hasta que no exista un documento (Acta) con el que se pueda acreditar, formalmente que existe una recepción de obra sin observaciones, y este documento se encuentre suscrito por todos los miembros designados del comité de Recepción de Obra; por lo que ante la consulta

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

planteada en relación a la validez de las actas que existen en el Expediente de Liquidación de Obra, solo se podrá tener por válida aquella presentada por el Presidente del Comité de Recepción de Obra de fecha **25.08.2016**, en la que aparece que aún existen observaciones.

153. Además, asegura que con Nota Informativa N° 323-2016-MINAGRI-AGRO RURAL-DA/DZHco., de fecha 21.09.2016, la Dirección Zonal Huánuco, remite el Informe Técnico N° 432-2016-MINAGRI-AGRO RURAL-DA/DZHco.IR del Ing. Julio Custodio Alvarado, miembro del Comité de Recepción, en el que manifiesta lo siguiente respecto a la firma del Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016:

- *Que todas las coordinaciones en relación a la Recepción de Obra (...), se han realizado con el presidente del Comité de Recepción, designado con Resolución N° 006-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DIAR de fecha 12 de febrero de 2016.*
- *Las comunicaciones han sido realizadas a través del correo institucional, siendo la primera, en la fecha del 09 de marzo de 2016, con la finalidad de proceder a la recepción de la Obra para la fecha del 16 de marzo de 2016. El suscrito participó de este proceso en la misma fecha convocada según autorización de salida N° 003055 de fecha 15 de marzo de 2016 suscribiéndose el Acta del 16 de marzo de 2016 (...).*
- *La segunda notificación también comunicada a través del correo institucional, en la fecha del 02 de mayo de 2016, con la finalidad de realizar la segunda visita y verificar el levantamiento de observaciones en el proceso de Recepción de la Obra para la fecha 12 de mayo de 2016. El suscrito participó de este proceso en la fecha convocada según autorización de salida N° 003132 del 09 de mayo de 2016, suscribiéndose la segunda Acta de observaciones (...)*
- *La tercera notificación también fue comunicada a través del correo institucional en la fecha 18 de agosto de 2016 y reiteradas en las fechas del 19 y 23 de agosto, con la finalidad de realizar la tercera visita y verificar el levantamiento de observaciones (...) para el 25 de agosto de 2016. El suscrito participó de este proceso, en la misma fecha convocada, según autorización de salida N° 003349 de fecha 24 de agosto de 2016, suscribiéndose la Tercera Acta de Observaciones en el proceso de recepción de obra con la asistencia de Ing. Marco Salazar Celestino y el suscrito.*
- *Concluyendo que el suscrito solo se ha desplazado a la Obra en las tres visitas de verificación a solicitud del Ing. Marcos Salazar Celestino, como presidente del Comité de Recepción de Obra y con las autorizaciones de salida respectivas.*
- *Desconoce su asistencia a la Obra en la fecha 15 de junio de 2016 y cualquier documento que se haya generado en esa fecha respecto a la Recepción de obra.*

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

154. De otro lado, asevera la ENTIDAD que el CONTRATISTA no puede sustentar su liquidación de obra en un documento no generado por el Comité de Recepción, el cual tiene indicios de *falsedad*, sobre cuya base no se puede sustentar legalmente un acto jurídico lícito, en cuyo sentido el Tribunal Arbitral deberá compulsar esta situación, lo cual deberá acreditarse a través del peritaje que se ofrecerá como prueba de parte.
155. Por todo lo manifestado, la ENTIDAD solicita que la tercera pretensión principal del CONTRATISTA, debe ser declarado IMPROCEDENTE por no tener sustento técnico ni legal y debido a que, existiendo una resolución de contrato amparada por la normativa en contrataciones, y de acuerdo al artículo 211 del Reglamento, establece que NO se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.
156. Finalmente, respecto a la vía acumulativa originaria subordinada, mediante la cual el CONTRATISTA pide que se ordene el pago del saldo a favor del CONTRATISTA por el importe de S/. 470,841.49 soles, más intereses, la ENTIDAD considera que la misma resulta IMPROCEDENTE por no tener sustento técnico ni legal.

POSICION DEL TRIBUNAL

157. Con respecto al presente punto controvertido, el Tribunal estima necesario que previo a efectuar el análisis correspondiente a la tercera pretensión principal de la demanda modificada mediante escrito de fecha 05.12.2017, este Colegiado determine si es válido que proceda la liquidación del contrato a pesar de existir controversias pendientes de resolver (resolución de contrato).
158. Al respecto, el Tribunal considera pertinente hacer una relación de hechos narrados por las partes, los cuales se encuentran acreditados en el presente proceso arbitral, a efectos de determinar si existía controversias pendientes de resolver, esto es la resolución de contrato, al momento de la presentación de la liquidación final de obra por parte del Contratista, conforme se aprecia a continuación:

	FECHA	OBSERVACIONES
Acta de Recepción de Obra	Acta suscrita el 15.06.2016	Documento suscrito por la mayoría de los miembros del Comité de Recepción de Obra, la cual ha sido declarada valida en el presente proceso por el

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

		Tribunal.
Presentación de Liquidación del Contratista	Con fecha 12.08.2016 y dentro del plazo otorgado por el artículo 211, el Contratista presentó a la Entidad su Liquidación de Obra	La Entidad dentro del plazo de 60 días calendario debe presentar las observaciones a la liquidación o elaborar una nueva liquidación. Dicho plazo venció el 11.10.2016 .
Resolución de Contrato efectuada por la Entidad	Mediante Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE notificada al Contratista el 23.11.2016 , la Entidad resolvió el Contrato	En dicho documento se citó al Contratista para el día 25.11.2016 para efectuar la constatación física e Inventario.
Constatación Física e Inventario	No se tiene conocimiento si se llevó a cabo dicha diligencia de acuerdo a lo expresado en los argumentos y medios probatorios presentados por las partes	
Solicitud de Arbitraje presentada por el Contratista por resolución de Contrato	Con fecha 13.12.2016 el Contratista solicitó Arbitraje a la Entidad (Según Art. 209, el Contratista tenía plazo de 15 días hábiles para solicitar arbitraje. El plazo venció el 15.12.2016)	Según los datos obtenidos en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral. No obra en el expediente Solicitud de Arbitraje

159. Del acuerdo al cuadro anterior, se advierte que la resolución de contrato efectuada por la Entidad al Contratista fue el 23.11.2016, por lo que el Contratista, de acuerdo a los medios probatorios presentados por las partes, solicitó arbitraje a la Entidad el 13.12.2016, conforme se aprecia en el Acta de Instalación del Tribunal:

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama



Fecha de inicio del Arbitraje:	13 de diciembre de 2016	Expediente: 1121-2017
Partes:	M y D Constructores y Promotore S.A.C. ¹	Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural
DNI / RUC:	20516365201	20477936882
Contrato:	Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de la obra: "Instalación del canal de riego Rangra - Gongopata - Pacajaga, distrito de Molino - Pachitea - Huánuco".	
Monto del Contrato S/:	1'916,074.93	
Cuantía de la Controversia S/:	Indeterminada	
Tipo de Proceso de Selección:	Adjudicación de Menor Cuantía	
N° Proceso de selección:	92-2014-MINAGRI-AGRO RURAL	
Valor Referencial S/:	2,128,972.14	
Fecha de convocatoria:	10/09/2014	
N° de la Convocatoria:	1	
N° de ítem:	1	
Preensiones, según solicitud de arbitraje:	Infundado e ineficaz resolución total del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL	

ACTA DE INSTALACIÓN DE TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC

En la ciudad de Lima, siendo las 15:00 horas del día 02 de Mayo de 2017, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, sito en Edificio El Regidor N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima; se reunieron los miembros del Tribunal Arbitral conformado por los señores Mario Manuel Silva López, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, Luis Eduardo Adrianzen de Lama, Árbitro y Aurelio Moncada Jiménez, Árbitro; conjuntamente con el abogado Karla Yessenia Madueño Hilarzo, representante de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral encargado de resolver el presente arbitraje.

PARTES²

Las partes que participan en la presente diligencia son:

(i) M y D Constructores y Promotore S.A.C. (en adelante **EL DEMANDANTE**), debidamente representado por el gerente general de la empresa, el señor Jerónimo Obregón Herrera, identificado con DNI N° 43151603, según vigencia de poder de fecha 10 de enero de 2017 que obra en el expediente.

En este acto los miembros del Tribunal Arbitral otorgan a la representante de la empresa M y D Constructores y Promotore S.A.C. un plazo de tres (03) días hábiles a efectos de que formalice su representación, mediante una vigencia de poder actualizada, la misma que no podrá tener una antigüedad mayor a 30 días.

(ii) Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural (en adelante **EL DEMANDADO**), debidamente representada por la abogada Karen Giuliana Loarte Flores, identificada con Registro del Colegio de Abogados de Lima N° 54840 y con DNI N° 42501141, según

¹ De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 218 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. 184-2008-EF, el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito, por lo que la fecha a consignarse en este rubro es la correspondiente a la fecha de entrega de la solicitud de arbitraje a la contraparte.

² Empresa que absorbió a la empresa Constructora Obregon RDB E.U.R.L.


³ Esta sección podrá ser adecuada al caso de consorcios, personas naturales o jurídicas extranjeras y otros, consignando la información que correspondiera.

160. En ese sentido, si bien es cierto que la solicitud de arbitraje (13.12.2016) refleja la existencia de controversias relacionadas con la resolución de contrato, es cierto también que dicha controversia se originó después de la presentación de la Liquidación de obra (12.08.2016), por lo tanto, este Tribunal considera que no existía controversias pendientes cuando el Contratista presentó su liquidación, por

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

lo que si procedía iniciar válidamente el procedimiento de liquidación regulado por el Artículo 211 del Reglamento¹⁴.

161. Ahora bien, una vez determinado por el Tribunal que no existían controversias pendientes de resolver, para el contratista proceda a la presentación de la liquidación de obra, corresponde efectuar el análisis de la tercera pretensión principal de la demanda modificada mediante escrito de fecha 05.12.2017 a efectos de saber si la liquidación final de obra presentada por el Contratista quedó o no consentida, para lo cual el Tribunal Arbitral considera pertinente hacer un recuento de los sucesos que habrían originado el consentimiento de la liquidación de obra presentada por el Contratista:

- 
- i. Que, con fecha 20.10.2014 el Contratista y la Entidad suscribieron el Contrato de Obra 205-2014-MINAGRI-AGRORURAL, para la Ejecución de Obra: “Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongopata – Pucaja, distrito de Molino – Pachitea - Huánuco”.
 - ii. Que, mediante Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016.
 - iii. Que, a través de la Carta N° 075-2016-DROF/GG-CO-RDB E.I.R.L, recepcionada por la Entidad el 12.08.2016 (según lo manifestado por la propia Entidad mediante Informe Técnico N° 35-2016-AGRORURAL/DIAR-PMSA), el Contratista alcanzó su Liquidación Final de obra con un saldo a favor del Contratista de **S/. 403,641.24** (Cuatrocientos tres mil seiscientos cuarenta y uno con 24/100 soles.

162. Pues bien, luego de hacer un recuento de los hechos que originaron la controversia respecto a la liquidación de obra presentada por el Consorcio, corresponde señalar en primer lugar, la definición de liquidación. Al respecto, ALVAREZ PEDROSA¹⁵ manifiesta que: *“la Liquidación es el ajuste formal de cuentas. Podemos decir que es el conjunto de operaciones realizadas para determinar lo pagado en relación con el contrato original, actualizado, Adicionales, Intereses, Gastos Generales, Utilidad, etc., y las cuentas en favor de la Entidad, tales como penalidades, amortizaciones, deducciones, etc. Estamos pues, ante un proceso de cálculo técnico, en función de las condiciones contractuales y de las disposiciones legales aplicables al tema, cuya finalidad principalmente, es el costo*

¹⁴ **Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra**

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

(...)

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

¹⁵ **ALVAREZ PEDROSA**, Alejandro. (2009). “Comentarios a la Nueva Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado”. Volumen II. Pacifico Editores. Pág. 1499.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

total de la obra y el saldo económico que puede ser en favor o en contra del contratista o de la Entidad; tiene como propósito verificar que las prestaciones se hayan llevado a cabo estrictamente con sujeción al contrato.”

163. Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, este Colegiado advierte que en las Cláusulas del Contrato, no se encuentra regulada la figura jurídica de la liquidación de obra, por lo que la norma legal aplicable a la presente controversia relacionada con la liquidación de obra es el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – D.S 184-2008-EF, cuyo artículo 211° regula el procedimiento de Liquidación de obra y bajo que supuesto, dicha liquidación quedará consentida, conforme se aprecia a continuación:

Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra

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

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

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

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

(...)

No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver. (Resaltado nuestro)

164. Ahora bien, de acuerdo con el tenor del artículo citado, los hechos manifestados por las partes durante el arbitraje y las pruebas presentadas por estas, este Tribunal concluye lo siguiente:

1.- Con fecha 15.06.2016 se suscribe el Acta de Recepción de Obra por la mayoría de sus miembros, la cual ha sido declarada válida por este Tribunal.

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

*2.- El Contratista mediante Carta N° 075-2016-DROF/GG-CO-RDB E.I.R.L, recepcionada por la Entidad el **12.08.2016** presentó su Liquidación Final de Obra, dentro del plazo de sesenta (60) días contados a partir de la recepción de obra. Dicho plazo venció el **15.08.2016**.*

*4.- La Entidad no cumplió con observar la liquidación de obra presentada por el Contratista o elaborar una nueva liquidación dentro del plazo de sesenta (60) días otorgado en el artículo 211° del Reglamento. Dicho plazo venció el **11.10.2016**.*

*5.- Finalmente, una vez vencido el plazo que tenía la Entidad para pronunciarse sobre la liquidación, el Contratista no se pronunció dentro de los quince (15) días otorgados en el Reglamento sobre las observaciones que debía, pero que no realizó la Entidad. Dicho plazo venció el **26.10.2016**.*

165. De lo expuesto, el Tribunal Arbitral advierte que la Entidad no cumplió con el procedimiento de liquidación final de obra contemplado en el artículo 211° del Reglamento, ya que luego de haber presentado el Contratista su liquidación final de obra mediante Carta N° 075-2016-DROF/GG-CO-RDB E.I.R.L, la Entidad debió formular observaciones a la liquidación del Contratista o luego de justificar su necesidad, elaborar una nueva liquidación; sin embargo, se observa que la Entidad cursó internamente documentos como el Informe Técnico N° 35-2016-AGRO RURAL/DIAR-PMSA, mediante el cual el Consultor de la Dirección de Infraestructura Agraria y Riego comunica las observaciones realizadas al expediente de liquidación final de obra presentada por el Contratista con fecha 12.08.2016, indicando la existencia de un Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016 cuyo documento no se encontraba suscrito por el Presidente del Comité de Recepción de Obra solicitando que el Presidente del Comité emita pronunciamiento respecto al mencionado documento, acto que no forma parte del procedimiento establecido por la Norma especializada de Contratación Pública, ya que las observaciones debieron ser formuladas por el Titular de la Entidad, sobre los montos económicos fijados en la liquidación del Contratista y comunicadas al representante legal del Contratista, que en este caso podría haber sido el descuento de las partidas que no habían sido efectuadas de acuerdo a las especificaciones técnicas, las mismas que son cuantificables y pasibles de ser consideradas en las observaciones de una liquidación, por tanto, queda claro para este Tribunal, que la Entidad incumplió con su obligación legal de observar la liquidación presentada por el contratista, contenida en el artículo 211 del Reglamento.

166. En ese orden de ideas, el Tribunal considera que existe incumplimiento de la Entidad de no formular observaciones a la liquidación de obra, por lo que no existiría incumplimiento del Contratista en pronunciarse sobre observaciones que nunca fueron formuladas por la Entidad a la liquidación de obra presentada por el Contratista, por tanto, siendo que el plazo máximo para que la Entidad formule

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

observaciones o presente una nueva liquidación válidamente es de sesenta (60) días naturales, el cual venció el 11.10.2016, y no habiendo cumplido con dicho requerimiento legal, resulta evidente que, ante dicho incumplimiento, el Tribunal concluya que la liquidación de obra presentada por el Contratista quedó consentida.

167. En efecto, al haber presentado el Contratista su liquidación del Contrato dentro del plazo legal y no existiendo observaciones de parte de la Entidad, de conformidad con el artículo 211° del Reglamento, corresponde declarar consentida la liquidación presentada por el Contratista mediante Carta N° 075-2016-DROF/GG-CO-RDB E.I.R.L, recepcionada por la Entidad el 12.08.2016, por el saldo a favor del Contratista de S/. 403,641.24 soles.
168. No obstante, el consentimiento surte efectos únicamente respecto de los montos consignados en la liquidación final de obra que ha quedado consentida y sobre aquellos conceptos que de acuerdo a Ley pueden estar incluidos en una liquidación, más no respecto de los conceptos que no se encuentren relacionados con la ejecución de la obra.
169. Así, debe observarse la Opinión N 020-2016/DTN a través de la cual la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado señala que:

“... la liquidación del contrato de obra debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra. Adicionalmente, también puede incorporarse otros conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes.

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

(...)

si bien la normativa de contrataciones del Estado permitía la inclusión de conceptos resarcitorios en la liquidación de obra, dicha inclusión estaba permitida únicamente para aquellos supuestos expresamente contemplados; en consecuencia, una Entidad no podía incluir en la liquidación de obra cualquier otro concepto resarcitorio que sea ajeno a los previstos expresamente por la normativa de contrataciones del Estado.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Este criterio respondía a que los conceptos resarcitorios que la normativa permite incluir en la liquidación eran fácilmente determinables, en atención a que establecer su cuantía no requería de un complejo trabajo probatorio.”

170. Esta opinión nos deja ver claramente que en una liquidación final del contrato de obra, únicamente pueden incorporarse aquellos conceptos que forman parte de la ejecución contractual y aquellos que no siendo parte de ésta, se encuentran expresamente permitidos por ley; en ese sentido, una liquidación consentida no puede generar derecho a procurarse un beneficio económico derivado de un concepto incluido en ésta que no forme parte del costo total de la obra o que no esté autorizado por Ley, tales como adicionales de obra (que requieren un procedimiento autónomo para su autorización y pago), indemnizaciones (distintas a las penalidades, utilidad prevista por resolución contractual imputable a la Entidad) que requieran una actuación probatoria específica y autónoma, entre otros conceptos; lo contrario implicaría incurrir en una contravención a lo dispuesto por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil que establece:

“Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.”

171. En ese sentido, este Colegiado debe velar porque en la Liquidación del Contrato de Obra no se incluyan conceptos que legalmente este Colegiado se encontraría impedido de amparar; en razón de ello, se procederá a verificar cada uno de los ítems que conforman el resultante de la Liquidación del Contrato de Obra practicada por el Contratista.
172. Así, tenemos que la controversia en cuanto al monto de la Liquidación Final de Obra se centraría en el hecho que el Contratista reclama en ella el pago de los siguientes conceptos:

- 1) Valorizaciones Contractuales y Valorizaciones del Adicional N° 01: S/. 145,434.23**
- 2) Reajuste de las valorizaciones del Contrato y del Adicional N° 01: S/. 137,134.59**
- 3) Amortización de Adelanto directo: - S/. 32,416.66**
- 4) Dedución del reajuste: - S/. 11,224.35**
- 5) Mayores Gastos Generales por ampliaciones de plazo: S/. 103,141.03**

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

173. En relación al **primer concepto**, este Tribunal Arbitral observa que, en la Liquidación Final de Obra presentada por el Contratista, éste solicita el pago por la suma de **S/. 145,434.23** soles por saldo adeudado por la ejecución del contrato y del adicional, el cual se obtiene del recalcu de las valorizaciones contractuales (S/.1'623,792.31), las valorizaciones del adicional N° 01 (S/. 628,125.20), el deductivo vinculante N° 01 (S/. 679,867.34) y la reducción N° 01 (S/. 20,138.03) cuya sumatoria asciende a S/. 1'551,912.14, menos el monto de las valorizaciones contractuales (S/. 883,658.11) y del adicional (S/. 522,819.80) pagadas, el cual asciende a S/.1' 406,477.91 soles.
174. Al respecto; este Colegiado advierte que el Contratista no ha cumplido con presentar en su liquidación final de obra, las valorizaciones contractuales y las valorizaciones del adicional 01 a efectos de que el Tribunal corrobore objetivamente lo que se encuentra valorizado a fin de establecer si el monto reclamado por el Contratista como saldo de valorización debe ser pagado por la Entidad, por lo que dicho concepto no debe ser incluido en la liquidación.
175. En relación al **segundo concepto**, este Tribunal Arbitral advierte que, en la Liquidación Final de Obra presentada por el Contratista, solicita el pago por la suma de S/. 137,134.59 soles por **reajuste de las valorizaciones contractuales y del adicional**, cuyo monto resultante se obtiene del cálculo efectuado por el Contratista y que ha sido presentado en su liquidación mediante los siguientes cuadros:

CALCULO DEL REAJUSTE DE LAS VALORIZACIONES DEL CONTRATO PRINCIPAL


Obra : "INSTALACIÓN DEL CANAL DE RIEGO RANGRA - GONGAPATA - PUCAIAGA, DISTRITO DE MOLINO - PACHITEA - HUÁNUCO"
Propietario : CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L.

VALORIZACION		AVANCE MENSUAL		COEF. DE REAJUSTE "K"	REAJUSTE	
Nº	PERIODO	REAL			REAL	
		MENSUAL	ACUMULADO		MENSUAL	ACUMULADO
VAL. N° 01	nov-14	10,653.62	10,653.62	1.058	617.91	617.91
VAL. N° 02	dic-14	168,735.06	179,388.68	1.062	10,461.57	11,079.48
VAL. N° 03	ene-15	67,491.66	246,880.34	1.076	5,126.37	16,208.85
VAL. N° 04	abr-15	257,127.47	504,007.81	1.086	22,112.96	38,321.81
VAL. N° 05	may-15	187,624.34	691,632.15	1.089	16,696.57	55,020.38
VAL. N° 06	jun-15	39,148.43	730,780.58	1.091	3,562.51	58,582.89
VAL. N° 07	dic-15	152,877.53	883,658.11	1.129	19,721.20	78,304.09
TOTAL		883,658.11	883,658.11		78,304.09	78,304.09

REAJUSTE A RECONOCER = S/ 78,304.09

TOTAL APAGAR POR REAJUSTE 78,304.09

CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L.


Saturno Raúl Mejía Pañán
Residente de Obra
CIP N° 41863

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

CALCULO DEL REAJUSTE DE LAS VALORIZACIONES DEL PRESUPUESTO ADICIONAL No. 01

VALORIZACION N°	PERIODO	AVANCE MENSUAL				COEF. DE REAJUSTE "K"	REAJUSTE			
		PROGRAMADO		REAL			PROGRAMADO		REAL	
		MENSUAL	ACUMULADO	MENSUAL	ACUMULADO		MENSUAL	ACUMULADO	MENSUAL	ACUMULADO
VAL. N° 01	nov-15	454,150.40	454,150.40	454,150.40	454,150.40	0.112	50,864.84	50,864.84	50,864.84	50,864.84
VAL. N° 02	dic-15	68,689.40	522,819.80	68,689.40	522,819.80	0.116	7,965.65	7,965.65	7,965.65	7,965.65
		522,819.80		522,819.80			58,830.50		58,830.50	
REAJUSTE ACUMULADO A RECONOCER =		S/. 58,830.50								

CONSTRUCTORA OMBREGON ROS S.R.L.

Esteban Raúl Matar Peña
Residente de Obra.

176. Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que al no haber sido objetado el reajuste de las valorizaciones contractuales y del adicional por el monto de S/. 137,134.59, ni en el procedimiento de liquidación de obra ni en el proceso arbitral, se dispone que dicho monto sea incluido en la Liquidación Final de Obra.
177. En relación al **tercer concepto**, este Tribunal Arbitral advierte que el Contratista en su Liquidación Final de Obra consigna como saldo a pagar a favor de la Entidad la suma de S/. 32,416.66 por amortización de adelanto directo, por lo que, al no existir cuestionamientos u observaciones por parte de la Entidad a dicho monto, este Tribunal considera que debe ser incluido en la liquidación.
178. Respecto al **cuarto concepto**, el Contratista consigna como saldo a pagar a la Entidad la suma de S/. 11,224.35 por deducción del reajuste que no corresponde por adelanto directo, en tal sentido al no existir observaciones a dicho monto por la Entidad, este Tribunal también considera que debe ser incluido en la liquidación.
179. En relación al **quinto concepto**, este Tribunal Arbitral observa que, en la Liquidación Final de Obra presentada por el Contratista, éste solicita el pago por la suma de S/. 103,141.03 soles por mayores gastos generales por las ampliaciones de plazo.
180. Al respecto, el Contratista para acreditar el monto reclamado presenta un cuadro de valorización de mayores gastos generales de 4 ampliaciones de plazo, cuyos montos fueron calculados en base a los días otorgados en las ampliaciones de plazo multiplicados por el gasto general variable diario, obteniéndose los siguientes montos:

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

- Ampliación de plazo N° 01: S/. 52,023.32
- Ampliación de plazo N° 02: S/. 17,027.99
- Ampliación de plazo N° 03: S/. 17,032.87
- Ampliación de plazo N° 04: S/. 17,056.86

181. Pues bien, de la documentación presentada por el Contratista en su liquidación de obra, se encuentran los siguientes documentos:

- a) Carta N° 531-2015-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha **29.05.2015** mediante la cual la Entidad otorga al Contratista la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por 92 días calendarios por **paralización** no atribuible al Contratista desde el 22.01.2015 al 23.04.2015 por lo que, siendo la fecha del término del plazo contractual el 20.05.2015, el mismo se postergó hasta el 20.08.2015.
- b) Carta N° 232-2015-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha **10.09.2015** mediante la cual la Entidad otorga al Contratista la Solicitud de Ampliación de Plazo parcial N° 02 por 30 días calendarios por **paralización** atribuible a la Entidad por falta de pronunciamiento de la elaboración del expediente técnico del adicional N° 01 y deductivo vinculante N° 01, por lo que, teniendo en cuenta que el plazo contractual vence el 20.08.2015, el mismo se postergó hasta el 19.09.2015.
- c) Carta N° 709-2015-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha **12.10.2015** mediante la cual la Entidad otorga al Contratista la Solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 03 por 30 días calendarios por **paralización** total de los trabajos atribuible a la Entidad por falta de pronunciamiento de la elaboración del expediente técnico del adicional N° 01 y deductivo vinculante N° 01 por lo que, siendo la fecha del término del plazo contractual el 19.09.2015, el mismo se postergó hasta el 19.10.2015.
- d) Carta N° 444-2015-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha **05.11.2015** mediante la cual la Entidad otorga al Contratista la Solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 04 por 30 días calendarios por **paralización** atribuible a la Entidad por falta de pronunciamiento de la elaboración del expediente técnico del adicional N° 01 y deductivo vinculante N° 01 por lo que, siendo la fecha del término del plazo contractual el 19.09.2015, el mismo se postergó hasta el 18.11.2015.

182. Como puede observarse de lo señalado en el párrafo anterior, las cuatro ampliaciones de plazo otorgadas al Contratista fueron por paralización de obra, en tal sentido, el pago de los mayores gastos generales debe encontrarse debidamente acreditados y no calculados conforme a la fórmula establecida para atrasos, tal como así lo establece artículo 202 del Reglamento, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 202º.- Efectos de la modificación del plazo contractual

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra.

Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.

(...)

183. En consecuencia, al no haber cumplido el Contratista con presentar documentación que acredite el monto reclamado por cada ampliación de plazo, no corresponde incluir en la liquidación la suma de S/. 103,141.03 soles por mayores gastos generales; sin perjuicio de ello, correspondería dejar a salvo el derecho de que el Contratista presente a la Entidad en vía de ejecución de laudo la documentación que acredite los mayores gastos generales generados por las ampliaciones de plazo 01, 02, 03 y 04, sin embargo, el Contratista presento su renuncia a los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo 01, 02 03 y 04 de la siguiente manera:

Notificación de la aprobación de ampliaciones de plazo	Renuncia de los mayores gastos generales
Con fecha 29.05.2015 , la Entidad notificó al Contratista la Carta N° 531-2015-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE mediante la cual la Entidad comunica al Contratista la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por 92 días calendarios.	Con fecha 11.09.2015 , el Contratista notificó a la Entidad mediante Carta N° 36-2015/C.O.RDB la renuncia voluntaria al cobro de los mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 01
Con fecha 10.09.2015 , la Entidad notificó al Contratista la Carta N° 232-2015-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE mediante la cual la Entidad comunica al Contratista la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo parcial N° 02 por 30 días calendarios.	Con fecha 11.09.2015 , el Contratista notificó a la Entidad mediante Carta N° 36-2015/C.O.RDB la renuncia voluntaria al cobro de los mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo parcial N° 02
Con fecha 12.10.2015 la Entidad notificó al Contratista la Carta N° 709-2015-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE mediante la cual la Entidad comunica al Contratista la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo parcial N° 03 por 30 días calendarios.	Con fecha 13.10.2015 , el Contratista notificó a la Entidad mediante Carta N° 087-2015-DROF/GG-CO. RDB E.I.R.L la renuncia voluntaria al cobro de los mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo parcial N° 03

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Con fecha 05.11.2015 , la Entidad notificó al Contratista la Carta N° 444-2015-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE mediante la cual la Entidad comunica al Contratista la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo parcial N° 04 por 30 días calendarios.	Con fecha 13.11.2015 , el Contratista notificó a la Entidad mediante Carta N° 095-2015-DROF/GG-CO. RDB E.I.R.L la renuncia voluntaria al cobro de los mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo parcial N° 04.
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

184. Que, habiendo comunicado el Contratista a la Entidad la renuncia de los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo 01, 02, 03 y 04 de manera posterior al otorgamiento de las ampliaciones de plazo en mención, no corresponde que sean incluidas en la liquidación dichos montos reclamados por el Contratista de conformidad a lo establecido en la Opinión del OSCE N° 082-2014/DTN, cuyo tenor es el siguiente:

" (...)

2.2. Al respecto, debe indicarse que los párrafos primero y segundo del artículo 202 del Reglamento regulan los efectos económicos de la ampliación del plazo en los contratos de obra, conforme a lo siguiente:

(...)

Sin perjuicio de ello, toda vez que el derecho a cobrar los mayores gastos generales variables originado por la aprobación de una ampliación de plazo es un derecho de crédito del contratista (y, en consecuencia, de su libre disposición), este podría renunciar¹⁶ al mismo una vez aprobada la ampliación del plazo¹⁷; máxime si la normativa de contrataciones del Estado no ha prohibido tal renuncia¹⁸, ni se vulnera alguna norma imperativa o de orden público.

En esa medida, el contratista, libre y voluntariamente, sin que exista coerción¹⁹ o algún vicio al manifestar su voluntad²⁰, puede renunciar al pago de los mayores gastos generales variables derivados de la aprobación de una ampliación del plazo de ejecución de obra.

¹⁶ En este punto, debe señalarse que si bien **la renuncia** no está regulada expresamente en el Código Civil, la doctrina la define como "(...) un acto unilateral, ejercitado sólo por el acreedor de la relación obligacional, pues si contara con el asentimiento oportuno del deudor -sin dejar de encontrarnos dentro del campo de la renuncia- se trataría de una condonación." A su vez, de conformidad con el artículo 1295 del Código Civil, la doctrina también señala que "Condonar es perdonar una deuda o, en expresiones distintas, renunciar a un crédito, con la anuencia del deudor. Así, cuando el acreedor perdona una deuda y el deudor conviene en ello, se extingue la obligación a cargo de este último." (El subrayado es agregado). OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones, Vol. XVI, Tercera Parte, Tomo IX, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, Segunda Edición, págs. 263 y 245.

¹⁷ De conformidad con el criterio establecido en las Opiniones N° 014-2014/DTN y 012-2014/DTN.

¹⁸ Este criterio se sostiene en lo expresado en el literal a) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, que señala expresamente que "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe". (El resaltado es agregado).

¹⁹ Según el diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, "coerción", en su primera acepción, significa "Presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta". <http://lema.rae.es/drae/?val=coacci%C3%B3n>.

²⁰ De conformidad con los artículos 201 y siguientes del Código Civil.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

En este orden de ideas, aun cuando la Entidad está obligada a pagar al contratista los mayores gastos generales variables al aprobarse una ampliación del plazo de ejecución de una obra, el contratista podría renunciar a este derecho con posterioridad a la aprobación de la ampliación de plazo, pues constituye un derecho patrimonial de libre disposición.

b. Finalmente, es importante precisar que establecer que la renuncia a los mayores gastos generales variables debe realizarse con posterioridad a la aprobación de la ampliación del plazo tiene por finalidad: (i) permitir que el contratista calcule el monto de gastos generales que serán objeto de renuncia –pues los mismos solo pueden valorarse una vez aprobada la ampliación del plazo– y (ii) asegurarse que el contratista renuncie a los gastos generales de manera libre y voluntaria, sin la intervención de agentes externos que influyan en su decisión.

En consecuencia, no es posible que el contratista renuncie a los mayores gastos generales variables con anterioridad a la aprobación de la ampliación del plazo que los origina. (Subrayado nuestro)”

185. En base a lo desarrollado en el presente laudo, se tiene que la Liquidación elaborada por la Consorcio incluye cifras que no se ajustan a lo legalmente establecido, es por ello, que a continuación detallaremos los montos que sí deben ser considerados en la Liquidación de Obra:

Valorizaciones Contractuales y Valorizaciones del Adicional N° 01	0.00
Reajuste de las valorizaciones del Contrato y del Adicional N° 01	137,134.59
Amortización de Adelanto directo	- 32,416.66
Deducción del reajuste	- 11,224.35
Mayores Gastos Generales por ampliaciones de plazo	0.00
SUB TOTAL	93,493.58
IGV	16,828.84
SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA	S/. 110,322.42

186. Por estas consideraciones, este Colegiado concluye que al haber presentado el Contratista su liquidación del Contrato dentro del plazo legal y no existiendo observaciones de parte de la Entidad, de conformidad con el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, corresponde declarar

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

consentida la liquidación presentada por el Contratista mediante Carta N° 075-2016-DROF/GG-CO-RDB E.I.R.L, recepcionada por la Entidad el 12.08.2016, con un saldo a favor del Contratista ascendente a S/. 110,322.42, incluido IGV.

8.2 PUNTO CONTROVERTIDO 3) DEL ACTA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS DE FECHA 13 DE JUNIO DEL 2018, RELACIONADO CON LA CUARTA PRETENSION DE LA DEMANDA MODIFICADA MEDIANTE ESCRITO DE FECHA 05.12.2017

3) Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad, el pago del importe concerniente a los gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/. 19,517.00 soles, el cual será debidamente indexado y/o liquidado a la fecha efectiva de pago.

POSICION DEL CONTRATISTA

187. Mediante el **escrito de fecha 05.12.2017** a través del cual se modifica la cuarta pretensión principal de la demanda de fecha 23.05.2017, el CONTRATISTA asevera que el reconocimiento y pago por los gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra, se derivan de los actos perturbadores, negligentes y dilatorios de la ENTIDAD en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales; motivos que lo han obligado a tener que asumir los costos financieros no previstos inicialmente en el presupuesto de obra y mantenerlos vigentes hasta que se resuelva la controversia generada por la ENTIDAD; razón por la cual resulta procedente que la misma asuma el pago indemnizatorio por mayores gastos financieros generados por la prórroga de vigencia de las garantías ofrecidas, más allá del plazo contractual, por el importe de s/. 19,517.00 (diecinueve mil quinientos diecisiete y 00/100) más los intereses correspondientes, lo cual acredita con el estado de cuenta remitida por FOGAPI (entidad financiera afianzadora) y el boucher de pago efectuado por el importe de S/. 20,000.00 (veinte mil soles) a razón de las comisiones por las garantías otorgadas y vigentes.

188. De igual modo, el CONTRATISTA hace referencia a la doctrina nacional y extranjera, referida a los derechos y obligaciones de los contratantes y referida puntualmente a los contratos administrativos y contratos de ejecución con

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

prestaciones recíprocas, citando a *ROBERTO DROMI*²¹, respecto a **los derechos del contratista**, el cual señala lo siguiente:

“Los derechos del contratista que implican recíprocamente obligaciones para la Administración Pública comitente son los de percepción del precio, suspensión de la ejecución, recomposición del contrato, rescisión del contrato por culpa de la comitente, mantenimiento de la ecuación económica-financiera²² e invocación de las eximentes de responsabilidad por incumplimiento”.

Las relaciones contractuales administrativas se fundan en el Principio pacta sunt servanda, es decir, que el contrato administrativo obliga tanto al contratista como a la Administración Pública.

En su consecuencia, el contratista tiene el derecho de exigir de la administración el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato. Asimismo, la administración debe ejecutar sus prestaciones dentro de los plazos estipulados normativa o convencionalmente, o dentro del plazo razonable que corresponda a la naturaleza del contrato”.

En el caso que la administración no cumpla con las obligaciones emergentes del contrato, es posible que el contratista oponga la defensa de la exceptio non adimpleti contractus, o en su caso, exija judicialmente el pago de daños y perjuicios.”

189. De conformidad a lo señalado en el párrafo anterior, el CONTRATISTA afirma que uno de sus derechos, es el mantenimiento de la ecuación económica-financiera de los contratos. Al respecto, *ROBERTO DROMI*²³, señala lo siguiente:

²¹ ROBERTO DROMI, DERECHO ADMINISTRATIVO; VOL. I, 10° EDICION ACTUALIZADA.EDIT.CIUDAD DE ARGENTINA, 2004. Pag. 544,545

²² **PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES O EQUILIBRIO FINANCIERO DE LAS PRESTACIONES EN PERJUICIO DEL CONTRATISTA.**

Si la situación económica del contratista y el equilibrio financiero resultan afectados por causas imputables directamente al estado contratante - a razón de las modificaciones y el surgimiento de nuevas obligaciones o cargas - la Administración Pública tiene el deber jurídico de restablecer el sinalagma económico del contrato y el equilibrio financiero afectado por causas imputables directamente al estado contratante - en razón de las modificaciones que proponga- debiendo satisfacer los derechos del contratista afectado por los mayores costos. La administración tiene la obligación de indemnizar al contratista cuando dichas alteraciones produzcan la ruptura del equilibrio financiero y afecte la base económica que ha sido pactada al momento de la celebración del contrato, evitándose así un enriquecimiento sin causa de la Administración y el empobrecimiento correlativo del contratista.

²³ ROBERTO DROMI, DERECHO ADMINISTRATIVO; VOL. I, 10° EDICION ACTUALIZADA. CIUDAD DE ARGENTINA 2004, BUENOS AIRES-MADRID. Pag.558

“6.7 Consideración de la Ecuación Económica. Cuando el contratista estima su precio, lo hace teniendo en cuenta la situación económica existente en el momento de celebrar el contrato. Se trata de la ecuación que toma en cuenta el beneficio que va a obtener deducidos sus costos. Pero puede ocurrir que, si tal situación se vea alterada por causas imputables a la Administración o por causas ajenas a ella, causas que vienen a modificar el equilibrio económico originario, por lo cual el contratista tendrá derecho a que dicho equilibrio sea restablecido, manteniendo de esta manera la ecuación económica del contrato.

El fundamento jurídico de este derecho está en el principio de justicia conmutativa, que supone una igualdad o equilibrio entre derechos y obligaciones del particular, una equivalencia por la que no se podrá sacrificar el interés particular en aras del interés público sin que aquel haya sido previamente resarcido.

En este orden de ideas, la vigencia actualizada de la ecuación económica es la columna vertebral del contrato. Sin considerar esta ecuación, lo que queda son derechos para exigirla deberes para cumplirla.

6.8 Consideración de la Ecuación Financiera. Cuando se presenta en un procedimiento de selección un contratista del Estado, el oferente ya tiene en cuenta un presupuesto y determinadas previsiones, por una parte, para responder a los gastos e inversiones que requerirá el contrato por la otra.

Se tiene en cuenta la necesidad de que exista una imputación presupuestaria a tal fin (partidas), y que se debe obtener financiamiento (interno, propio, o externo). Todo ello está garantizado por las leyes de garantía de inversiones extranjeras, debiendo ser considerados las tasas de interés y los costos del dinero, y el déficit y el quebranto en que puede caer el contrato.”

190. Así también, el CONTRATISTA hace referencia al Principio de equivalencia de las prestaciones o equilibrio de las prestaciones, mediante la cual señala que “la administración tiene la obligación de indemnizar al contratista cuando las alteraciones produzcan la ruptura del equilibrio financiero y afecte la base económica que ha sido pactada al momento de la celebración del contrato, evitándose así un enriquecimiento sin causa de la Administración y el empobrecimiento correlativo del contratista”.
191. En base a lo expuesto, el CONTRATISTA asevera que tiene su derecho expedito para exigir a la ENTIDAD el resarcimiento por los actos que meritúan responsabilidad funcional indemnizatoria a razón del resquebrajamiento de la ecuación económica-financiera del contrato y la fractura del equilibrio de las prestaciones; y en tal sentido, solicita al Tribunal que se ordene a la ENTIDAD, el pago por el concepto de gastos financieros exógenos incurridos y concernientes a

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

los gastos asumidos y posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/ 19,517.00 (diecinueve mil quinientos diecisiete y 00/100) soles, más intereses a la fecha efectiva de pago.

192. De otro lado, el CONTRATISTA afirma que en razón de la resolución arbitraria e indebida del contrato, se le viene causando ingente daño financiero concerniente a los gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/ 19,517.00 (Diecinueve mil quinientos diecisiete y 00/100) soles, más intereses a la fecha efectiva de pago; por cuanto ha tenido que seguir asumiendo los costos que genera la vigencia de la carta fianza de fiel cumplimiento, a pesar que la obra se encontraba concluida, con acta de recepción de obra y liquidación legalmente consentida.

193. Finalmente, argumenta que, si se desea establecer una línea de separación entre el "daño actual" y el "daño futuro", es importante determinar en qué momento nos debemos colocar para apreciar los daños y merituarlos. Para ello, señala, es importante destacar que todos los daños son una consecuencia o efecto del hecho generador que los ha causado; la lógica pone de manifiesto que el daño va a ser posterior en el tiempo al hecho generador, de manera que por veloz que sea el efecto, a punto tal que parezca "instantáneo", se produce siempre en un momento futuro, con relación a la causa generadora. Pero no siempre el daño se produce de manera instantánea, sino que -con mucha frecuencia- las consecuencias dañosas se proyectan a lo largo del tiempo, a veces durante períodos bastante extensos, como sucede en los casos de invalidez permanente. En el particular, indica el CONTRATISTA, los daños se presentan en el momento que la entidad contratante realiza los actos boicoteadores conducidos a efectuar la ruptura de vínculo contractual y las consecuencias y daños patrimoniales futuros se reflejan en los actos de desprendimiento patrimonial que deba efectuar el contratista para asumir los costos financieros más allá de lo previsto inicialmente en su presupuesto.

POSICION DE LA ENTIDAD

194. A través del **escrito de fecha 25.01.2018**, la ENTIDAD sostiene que la obra se inició el 22.11.2014, con un plazo de ejecución de 180 días calendario, debiendo culminarse el 21.05.2015, postergándose la ejecución de la obra al 31.12.2015, por efecto de ampliaciones de plazo a consecuencia del trámite de adicionales de obra, formulación del mencionado adicional que estuvo a cargo del mismo contratista, demorándose en la formulación, por lo que para lograr la aprobación del mencionado adicional se necesitó 225 días calendario.

195. Precisa además que el CONTRATISTA debió culminar la obra, incluidas las prestaciones adicionales de obra, el 31.12.2015, sin embargo, para el 16.03.2016,

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

la obra se encontraba observada e inconclusa, fecha en la que realiza el Comité de Recepción la primera visita a la obra.

196. Tomando en cuenta que para el 12.05.2016, la obra aún se encontraba observada e inconclusa, la ENTIDAD señala que el Comité de Recepción visitó la obra por tercera vez el 25.08.2016, fecha en la cual constatan que las observaciones seguían pendientes de ser subsanadas hasta la actualidad, generando malestar entre los beneficiarios y perjuicios a los agricultores o beneficiarios del canal, contribuyendo de esta forma el CONTRATISTA a que su obra tenga una vida útil muy corta.
197. Por lo expuesto, la ENTIDAD considera que la pretensión referida al pago del importe concerniente los gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/. 19,517.00 soles, más intereses a la fecha efectiva de pago, resulta IMPROCEDENTE debido a que, toda la demora en la ejecución, culminación y recepción de la citada obra ha sido atribuible al CONTRATISTA.



POSICIÓN DEL TRIBUNAL

198. Respecto a los argumentos expuestos por el Contratista, se aprecia que dicha parte mezcla conceptos de indemnización y pago de gastos financieros en su pretensión, generándose una confusión de lo que peticiona al Tribunal; sin embargo, del medio probatorio presentado en su escrito de subsanación de demanda de fecha 12.06.2017 (copia simple de un correo electrónico mediante cual la Entidad Financiera FOGAPI, documento que no ha sido cuestionado por la Entidad), y de acuerdo a los argumentos expresados en su escrito de demanda, se entiende que lo que el Contratista peticiona es el pago por concepto de gastos financieros exógenos incurridos y concernientes a los gastos asumidos y posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/ 19,517.00 (diecinueve mil quinientos diecisiete y 00/100) soles de su carta fianza de fiel cumplimiento (tal como se aprecia de la cláusula séptima del Contrato), más intereses a la fecha efectiva de pago.
199. De acuerdo a lo resuelto en el presente laudo, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que el Acta de Recepción de obra se llevó a cabo el 15.06.2016 y que el procedimiento de liquidación de obra se inició con la presentación de la liquidación el 12.08.2016, dentro de los 60 días computados desde la recepción de la obra, teniendo el mismo plazo la Entidad para observar la liquidación, venciendo el mismo el 11.10.2016 y para finalmente el Contratista pronunciarse sobre las observaciones dentro de los 15 días siguientes, esto es, hasta el 26.10.2016; sin embargo, la Entidad resolvió el contrato lo cual trajo como consecuencia que llevara a cabo el presente arbitraje, mediante el cual se determinó la nulidad de la resolución del contrato, por lo que correspondería que

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

los gastos financieros de las cartas fianzas afianzadas por el Contratista sean cancelados por la Entidad al Contratista desde el consentimiento de la liquidación de la obra (26.10.2016) hasta la emisión del presente laudo; sin embargo, en la copia simple del correo electrónico mediante cual la Entidad Financiera FOGAPI le requiere el pago por las comisiones vencidas de la garantía de fiel cumplimiento por la suma de S/. 19,790.00; se evidencian que las comisiones cobradas al Contratista son desde el 23.12.2015 al 10.10.2016, por lo que al haber quedado consentida la liquidación recién el 26.10.2016, no corresponde otorgar el pago de las renovaciones de la carta fianza ya que son de obligatorio cumplimiento de mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación.

200. En base a lo expuesto, este Colegiado concluye que la cuarta pretensión principal de la demanda modificada mediante escrito de fecha 05.12.2017 debe ser declarada **IMPROCEDENTE**.

8.3 PUNTO CONTROVERTIDO 4) DEL ACTA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS DE FECHA 13 DE JUNIO DEL 2018, RELACIONADO CON LA PRETENSION 5.1 DE LA DEMANDA

- 4) ***Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad, el pago por el concepto de indemnización de daños y perjuicios, cuyo importe asciende a S/. 423,000.00 soles.***

POSICION DEL CONTRATISTA

201. A través del **escrito de demanda de fecha 23.05.2017** subsanado mediante **escrito de fecha 12.06.2017**, el CONTRATISTA manifiesta que el artículo 1985 del Código Civil, *“La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño...debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre hecho y el daño producido”*, el cual es complementario con lo dispuesto en el artículo 1321 del mismo cuerpo legal sustantivo, cuyo segundo párrafo establece que *“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusables 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...”*.
202. A razón de las referencias legales citadas precedentemente, el CONTRATISTA señala que se puede aseverar con categoría que la pretensión conducida a obtener el resarcimiento por los daños y perjuicios causados por la ENTIDAD, se encuentran plenamente identificados por los actos dolosos/culposos conducidos a soslayar sus obligaciones contractuales injustificadamente (resolución nula de

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

contrato) y que trajeron como consecuencia el empobrecimiento de esta, existiendo una relación de causalidad entre los hechos acaecidos y los daños causados y factor de atribución en la actitud dolosa de los funcionarios de la ENTIDAD.

203. Respecto al **factor de atribución**, el CONTRATISTA señala que existe culpa objetiva y responsabilidad por parte de los funcionarios de la ENTIDAD, por cuanto y concedores de la normativa que regula las contrataciones, sus obligaciones contractuales y obligaciones funcionales a razón del CONTRATO N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL - Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P. N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de la obra denominada *“Instalación del Canal de Riego Rangra-Gongopata- Pucajaca–Distrito de Molino Pachitea Huánuco*, se esmeraron en realizar actos culposos/dolosos conducidos a soslayar y obviar sus obligaciones contractuales, que causaron primordialmente que se tenga que adeudarse financieramente a razón de contratos de mutuo suscritos con terceros ajenos a la relación contractual para invertir en la ejecución de los trabajos y sostener la dilación prolongada causada por la ENTIDAD y asimismo seguir honrando los contratos indefinidos del residente de obra y el contador público.
204. Con relación a la **vinculación, nexo causal o relación de causalidad**, el CONTRATISTA indica que se encuentra plenamente identificada en la suscripción del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL y en la indebida, ilegal y arbitraria resolución del contrato efectuada mediante la remisión de la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016.
205. Asimismo, indica que el reconocimiento y pago a su favor por el concepto de indemnización de daños y perjuicios, se encuentra debidamente sustentado y se fundan primordialmente a razón de los actos perturbadores, negligentes y dilatorios de la ENTIDAD en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, los cuales obligaron a que asuman de su propio peculio o patrimonio personal, prestamos financieros y contratos de mutuo para mantener los costos y asumir los gastos de obra y del personal profesional contratado para dicho fin.
206. Respecto a los contratos aludidos y suscritos por el CONTRATISTA, hace referencia a los siguientes:
- Contrato de Préstamo de Efectivo de fecha 02.11.2015, suscrito por CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L con el Financista AGUSTINA MARILU PINTADO, por el importe de S/. 100.00.00 (cien mil soles) cuyo objeto y finalidad fue para ser utilizado en la culminación de la obra producto de la Licitación Pública N° 02-2014- MINAGRI-AGRO RURAL; “Contrato de ejecución de la Obra: Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongapata - Pucajaga, Distrito de Molino-Pachitea-Huánuco”, a falta de pago de las

valorizaciones de parte de la ENTIDAD, cuyo préstamo devengaría como interés la tasa efectiva mensual en soles establecida en diez por ciento (10 %) mensual, por lo que de acuerdo al CONTRATISTA, la pretensión indemnizatoria se fija en el importe de s/. 290,000.00 (dos cientos noventa mil soles y 00/100) a razón de 100,000.00 por el contrato de préstamo realizado y s/. 190,000.00 (ciento noventa mil y 00/100 soles) por los intereses generados y asumidos por este desde el mes diciembre 2015 al mes de junio 2017.

- Contrato de trabajo temporal por necesidad del mercado de fecha **20.10.2014**, de carácter indefinido, suscrito por CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L y el Ingeniero SATURNINO RAUL MELGAR PAITAN, quien desempeñaba el cargo de RESIDENTE DE LA OBRA, en la ejecución del contrato *“Adjudicación de menor cuantía N° 92-2014-MINAGRI-AGRO RURAL derivada de la licitación Publica N° 02-2014- MINAGRI-AGRO RURAL; “ Contrato de ejecución de la Obra: Instalación del Canal de Riego Rangra-Gongapata-Pucajaga, Distrito de Molino-Pachitea-Huánuco, por el importe de S/. 5,000.00 (Cinco mil 00/100 Soles) neto mensual, por lo que al haber asumido los honorarios del residente de obra desde que la ENTIDAD se encuentra renuente al cumplimiento de obligaciones que derivaron en la resolución de contrato, asegura han tenido que asumir los honorarios del residente de obra (fuera del presupuesto de obra) en razón del contrato suscrito desde el mes de noviembre 2015 hasta el mes de junio 2017, a razón de s/. 5,000.00 soles mensuales; razón por la cual solicitan el pago por el importe de s/. 95,000.00 (noventa y cinco mil soles).*
- Contrato de locación de servicios de fecha 20.10.2014, de carácter indefinido, suscrito por CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L y doña ROCIO DEL PILAR PINTADO CRUZ para prestar los servicios de asesoría contable, financiera, tributaria y laboral autorizada por el Colegio de Contadores de Lima con certificación de contador por el importe de S/. 2,000.00 (dos mil 00/100 soles) neto mensual, por lo que teniendo en consideración que la contratista viene asumiendo los honorarios de la contadora publica desde que la ENTIDAD se encuentra renuente al cumplimiento de obligaciones que derivaron en una abyecta resolución de contrato, el CONTRATISTA ha tenido que asumir los honorarios de la contadora pública (fuera del presupuesto de obra) en razón del contrato suscrito desde el mes de noviembre 2015 hasta el mes de junio 2017, por el monto de S/. 2,000.00 soles mensuales, razón por la cual solicitan el pago por el importe de s/. 38,000.00 (treinta y ocho mil soles).

207. Finalmente, el CONTRATISTA hace referencia al principio de equivalencia de las prestaciones, por el cual “la administración tiene la obligación de indemnizar al contratista cuando las alteraciones produzcan la ruptura del equilibrio financiero y afecte la base económica que ha sido pactada al momento de la celebración del

contrato, evitándose así un enriquecimiento sin causa de la administración y el empobrecimiento correlativo del contratista”, en ese sentido, sostiene que tiene el derecho de exigir a la ENTIDAD el reconocimiento y pago del importe concerniente a los daños indemnizatorios por los conceptos de daño emergente y lucro cesante.

POSICION DE LA ENTIDAD

208. La ENTIDAD mediante escrito de **contestación de demanda de fecha 18.07.2017**, señala que el Tribunal deberá tener en cuenta que la responsabilidad contractual es la que proviene de la violación de un contrato y consiste en la obligación de indemnizar al acreedor, el perjuicio que le causa el incumplimiento de contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto.
209. Asimismo, alega que la responsabilidad contractual supone una obligación anterior, es decir, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente. En la responsabilidad contractual, la obligación de indemnizar es la sanción impuesta por la ley, al incumplimiento de una obligación anterior, lo que constituye uno de los efectos de que la ley atribuye a la fuerza obligatoria de los contratos.
210. La doctrina moderna señala que básicamente existen elementos comunes a la responsabilidad civil contractual y extracontractual; y que de consecuencia conviene abandonar las distinciones arbitrarias. Así por ejemplo, Santos Briz señala como elementos comunes:
- a) La antijuridicidad
 - b) La producción de un daño
 - c) La culpa del agente (factor de atribución).
 - d) Relación causal entre la acción u omisión y el daño.
211. Resalta que la ausencia de uno de los elementos antes mencionados evita que se configure el supuesto de responsabilidad civil contractual y por ende desaparece la obligación de indemnizar.
212. Respecto a la antijuridicidad, la ENTIDAD indica que es aceptada en el ámbito de la responsabilidad contractual y extracontractual, porque incluye las conductas típicas y atípicas. Nace la obligación de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante un comportamiento no amparado en el derecho, por contravenir una norma de carácter imperativo, por contravenir los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres. Resulta evidente que siempre es necesaria una conducta antijurídica o ilegítima para poder dar nacimiento a la obligación de indemnizar.

213. Se entiende, entonces, que la antijuridicidad es toda manifestación, actitud o hecho que contraría los principios básicos del derecho, por lo cual el autor del daño no será responsable si la conducta realizada se efectuó dentro de los límites de lo lícito. Ahora bien, en el presente caso la resolución del contrato efectuada por mi representada fue realizada respetando el ordenamiento jurídico vigente, es decir, lo dispuesto en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
214. No obstante, lo antes expuesto y en el supuesto negado que se considere que, con la resolución del contrato se ha causado daño alguno al demandante; resulta necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones.
215. El daño es todo menoscabo que experimenta una persona, sea en ella misma, sea en su patrimonio, y que no necesariamente se refiera a un menoscabo por la pérdida de un derecho. En términos generales la ENTIDAD define el daño o perjuicio como la disminución o detrimento del patrimonio o los detrimentos morales sufridos por una persona.
216. El daño, según ha definido el distinguido autor alemán Karl Larenz *“es la alteración desfavorable de las circunstancias que a consecuencia de un hecho determinado se produce contra la voluntad de una persona, y que afecta a los bienes jurídicos que le pertenecen, sean estos respecto de su personalidad, libertad, honor o patrimonio”*.
217. En este sentido, tradicionalmente se ha clasificado el daño en dos tipos: el daño emergente, que comprende la pérdida o disminución patrimonial sufrida por la víctima como consecuencia de un hecho ilícito (implica siempre un empobrecimiento) y comprende tanto los daños inmediatos como los daños futuros, pues no siempre las consecuencias van a ser inmediatas. Es, en consecuencia, la disminución de la esfera patrimonial; mientras que el llamado lucro cesante está constituido por todos aquellos montos que dejaron de ingresar en su patrimonio por efectos del evento dañoso; sin embargo, no debe perderse de vista que todo daño a efectos de ser indemnizado debe ser cierto, lo cual implica que quien alegué haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia, tal como lo exige además nuestra legislación.
218. Agrega la ENTIDAD que, como cualquier pretensión económica, la indemnización por daños y perjuicios debe ser debidamente acreditada, conforme a lo prescrito en el artículo 1331° del Código Civil: *“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”*.
219. Sobre este último punto afirma que, a nivel jurisprudencial, se ha determinado que *“para que haya daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación*

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

y que el incumplimiento sea imputable al deudor, sino que éste produzca un perjuicio a quien lo alega²⁴.

220. En base a lo expuesto y conforme puede observarse, asevera la ENTIDAD que el CONTRATISTA no ha acreditado documentalmente haber sufrido pérdida o disminución patrimonial alguna por efectos del supuesto evento dañoso, no siendo oponibles las copias del Contrato de Préstamo de Efectivo de fecha 02.11.2015, del contrato de trabajo temporal por necesidad del mercado de fecha 20.10.2014 y del contrato de locación de servicios de fecha 20.10.2014 por no tener la calidad de documentos públicos de fecha cierta por no haberse acompañado dichos documentos en copia legalizada por notario.
221. Por todo lo expuesto y siendo evidente la falta de acreditación probatoria de su pretensión, la ENTIDAD solicita que sea declarada INFUNDADA.



POSICION DEL TRIBUNAL

222. Con relación a esta pretensión, nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad civil de naturaleza contractual, debiendo por ello aplicárseles las normas relativas a la inejecución de obligaciones previstas en nuestro Código Civil, a fin de determinar cuáles son los daños que deben ser indemnizados.
223. Al respecto, el artículo 1321° del mencionado cuerpo legal señala lo siguiente:
- "Artículo 1321.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable**
(...) 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.
(...) "
224. De acuerdo a la norma legal antes citada, el responsable debe indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero únicamente si son una consecuencia directa o indirecta de su inejecución.
225. Que, para que se configure un supuesto de responsabilidad civil, es necesario que concurren conjuntamente algunos elementos (Antijuricidad, Daño, Relación de Causalidad y Factor de Atribución); en caso de los referidos elementos no coexistan simultáneamente, no se configuraría un supuesto de responsabilidad civil y por lo tanto no será atendible lo solicitado por el Contratista.

²⁴ Expediente N° 1026-95-Lima. Véase: El Código Civil en su Jurisprudencia. Gaceta Jurídica S.A. Lima.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

226. Al respecto, el Contratista considera que la Entidad debe indemnizarlo por los supuestos daños y perjuicios que le habría ocasionado por un monto de S/. 423,000.00 soles debido a se encuentra debidamente sustentado primordialmente en razón a los actos perturbadores, negligentes y dilatorios de la ENTIDAD en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (resolución de contrato), y que trajeron como consecuencia el empobrecimiento de esta al asumir de su propio peculio o patrimonio personal, prestamos financieros y contratos de mutuo para mantener los costos y asumir los gastos de obra y del personal profesional contratado para dicho fin, entre estos, el Contrato de Préstamo de Efectivo de fecha 02.11.2015, suscrito por CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L con el Financista AGUSTINA MARILU PINTADO, por el importe de S/. 100.00.00, el Contrato de trabajo temporal por necesidad del mercado de fecha 20.10.2014, de carácter indefinido, suscrito por CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L y el Ingeniero SATURNINO RAUL MELGAR PAITAN por el monto de S/. 5,000.00 y el Contrato de trabajo temporal por necesidad del mercado de fecha 20.10.2014, de carácter indefinido, suscrito por CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L y el Ingeniero SATURNINO RAUL MELGAR PAITAN por el monto de S/. 2,000.00; sin embargo, si bien este Colegiado, de conformidad a lo desarrollado en el presente laudo, ha declarado la nulidad de la resolución de contrato efectuada por la Entidad, el Contratista no ha cumplido con acreditar que la resolución de contrato le causó daño, más aun cuando los medios probatorios presentados son documentos simples y no de fecha cierta, ni tampoco ha demostrado que el daño patrimonial que solicita asciende a S/. 423,000.00 soles, correspondiéndole demostrar dicho perjuicio al Contratista, tal como lo establece el artículo 1331° del Código Civil:

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

227. Con lo antes transcrito, queda claro que quien tiene la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponden al perjudicado, por lo que al no haberse acreditado la existencia de los daños y teniendo en consideración lo desarrollado por este Tribunal, debe desestimarse la presente pretensión.

228. En base a los fundamentos expuestos, el Tribunal Arbitral considera que la pretensión 5.1 de la quinta pretensión principal de la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE**, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho del Contratista de recurrir a la vía que corresponda.

8.4 PUNTO CONTROVERTIDO 8) DEL ACTA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS DE FECHA 13 DE JUNIO DEL 2018, RELACIONADO CON LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN DE FECHA 25.01.2018

8) Determinar si corresponde o no ordenar el pago de la indemnización por daños y perjuicios de índole social y económica por el incumplimiento por parte del Contratista en la Ejecución del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL.

POSICION DE LA ENTIDAD

229. La ENTIDAD mediante su **escrito de fecha 25.01.2018**, formula (segunda) reconvencción, manifestando que el CONTRATISTA no cumplió con subsanar las observaciones planteadas en el procedimiento de recepción de obra, requiriéndoles oportunamente a través de la Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRIDVDIAR-AGRO RURAL/DE, de fecha 02.06.2016 para el levantamiento de las mismas, tal como, con Carta Notarial N° 068-2016MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 08.11.2016, por lo que, de conformidad con los artículos 168 y 169 del Reglamento procedió a resolver el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, mediante Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016.
230. Asimismo, señala que se ha generado un perjuicio social y económico a los beneficiarios de la obra, puesto que no podrán dar uso de la misma para efectuar el riego a sus sembríos, y en el supuesto que lo utilicen podría perjudicar la vida útil de la obra.
231. Sin embargo, en esta etapa no es posible cuantificar el monto exacto, siendo recomendable que se solicite una pericia a fin de cuantificar los daños y perjuicios que ha ocasionado el Contratista , por lo que solicita al Tribunal se realice un peritaje a la obra a fin de determinar realmente los daños y perjuicios que el CONTRATISTA ha generado a la ENTIDAD al no haber culminado la obra de acuerdo a los planos y especificaciones técnicas del expediente contractual de la obra y se genere una liquidación que refleja el estado real de la obra por lo que cualquier monto señalado referente a la liquidación de la obra debe ser cuantificado previo un peritaje de la obra.
232. De otro lado, mediante **escrito de alegatos de fecha 03.07.2019**, la ENTIDAD señala que la pretensión indemnizatoria se encuentra desarrollada y acreditada a través del Informe N° 019-2018/JVC de fecha 21.09.2018, documento técnico que ha determinado que el perjuicio asciende a S/. 1'123,940.46 soles.

POSICION DEL CONTRATISTA

233. Mediante el **escrito de contestación a la reconvencción de fecha 20.04.2018**, el CONTRATISTA advierte que el artículo 1985 del Código Civil establece que *“la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión*

generadora del daño ... debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre hecho y el daño producido”, complementando dicha posición con lo dispuesto en el artículo 1321 del mismo cuerpo legal, el cual indica que “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...”.

234. De acuerdo a lo dispuesto en las referencias legales citadas, el CONTRATISTA asevera que a razón de la relación contractual entre los actores y de los hechos que fundamentan su demanda, se evidencia la existencia de actos culposos/dolosos por parte de los funcionarios de la ENTIDAD, los cuales denotan el factor de atribución y nexo vinculante; por cuanto y debido a la actuación negligente y de carácter doloso del comité de recepción de obra, para recepcionar debida y oportunamente la obra ejecutada, causaron entre otros daños, la ejecución arbitraria de las garantías y la afrontación de ingentes daños y gastos no previstos primigeniamente, cuando se suscribió el contrato de obra, ni considerandos en el presupuesto de obra primigenio.
235. Existe culpa objetiva por parte de los funcionarios de la ENTIDAD por cuanto concedores de sus obligaciones funcionales, soslayaron y obviaron dichas obligaciones negligentemente y en perjuicio del CONTRATISTA ocasionando la generación de controversias de carácter técnico, los cuales derivaron en la iniciación de un proceso arbitral y como acto consecuente la ampliación en la renovación de la garantía de fiel cumplimiento.
236. Identificados plenamente los autores o responsables mediatos o inmediatos e identificados los hechos materiales causantes del daño económicamente resarcibles, es de inferir que la determinación del daño se encontrará oportuna y debidamente cuantificado, como asimismo oportunamente serán documentados, reservándose el derecho de fundamentarla fáctica y jurídicamente con las observaciones a las pericias practicadas y la cuantificación que se realice, de la pretensión reconventional.
237. El CONTRATISTA señala que se concluyó con los trabajos de obra inicialmente contratados y estos fueron oportunamente concluidos y debidamente recepcionados por la ENTIDAD, estando en pleno funcionamiento para los beneficiarios de la obra; por tanto, la aseveración que la realiza la ENTIDAD en el numeral 3 de sus fundamentos, “se ha generado un perjuicio social y económico a los beneficiarios de la obra”, resulta ser tendenciosa y falaz.
238. Finalmente, indica que la obra fue entregada oportunamente a sus beneficiarios para su uso y por tanto a la fecha existiría un desgaste natural y dependiendo del uso diligente o negligente de las instalaciones.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

POSICION DEL TRIBUNAL

239. Con relación a la pretensión indemnizatoria, se observa que el daño aludido por la Entidad se habría originado en el incumplimiento del contratista de no haber culminado la obra de acuerdo a los planos y especificaciones técnicas del expediente contractual de la obra; generando un perjuicio social y económico a los beneficiarios de la obra, puesto que no podrán dar uso de la misma para efectuar el riego a sus sembríos, y en el supuesto que lo utilicen podría perjudicar la vida útil de la obra; sin embargo, este Colegiado ha determinado que en el presente laudo, la resolución de contrato efectuada por la Entidad es nula al existir un Acta de Recepción de Obra por parte del Comité de Recepción de obra que ha sido declarado válido por el Tribunal con lo cual el Contratista habría cumplido con subsanar las observaciones realizadas mediante Acta de fecha 12.05.2016.
240. Asimismo, este Colegiado advierte que el cálculo efectuado por la Entidad para obtener el monto indemnizatorio, ha sido en base a un Informe Técnico de la propia Entidad que a consideración de este Colegiado no resulta suficiente para acreditar el daño y quantum indemnizatorio solicitado por la Entidad.
241. Por estas consideraciones, el Tribunal considera que la primera pretensión principal de la segunda reconvencción debe ser declarada **IMPROCEDENTE**, dejándose expedito el derecho de la Entidad de recurrir a la vía que corresponda.

8.5 PUNTOS CONTROVERTIDOS 5) y 9) DEL ACTA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS DE FECHA 13 DE JUNIO DEL 2018, RELACIONADOS CON EL PAGO DE COSTOS Y COSTAS ARBITRALES

- 5) *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad, el pago en vía de devolución por los gastos incurridos y concernientes a los honorarios del Tribunal Arbitral, secretaria arbitral, gastos de cobranza, honorarios de asesores técnico-legales y peritos, más el pago de intereses indexados a la fecha efectiva de pago.***
- 9) *Determinar si corresponde o no ordenar al Contratista asumir el pago de los costos y costas arbitrales que genere la tramitación del presente proceso arbitral.***

POSICION DEL CONTRATISTA

242. El CONTRATISTA mediante **escrito de fecha 12.06.2017, el cual subsana el escrito de demanda de fecha 23.05.2017**, señala que dado que la resolución de

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

contrato efectuada por la ENTIDAD mediante la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016 es inválida al no contar con todos los requisitos de validez del acto administrativo regulado por el artículo 3 de la Ley 27444 -Ley del Procedimiento Administrativo General en ese sentido, considera que dicho acto se encuentra viciado de nulidad por acto negligente de la ENTIDAD debiendo asumir dicha parte los costos y costas del proceso referido al pago de honorarios del tribunal arbitral, secretaría arbitral, gastos de cobranza, honorarios de asesores técnico-legales y peritos.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

243. La ENTIDAD mediante **escrito de fecha 04.08.2017 que subsana el escrito de reconvenición de fecha 18.07.2017**, manifiesta que el artículo 73 del DL N° 1071 prescribe que “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. (...)”
244. En ese sentido, considerando que las pretensiones planteadas por el CONTRATISTA carecen de fundamentos de hecho y de derecho que las respalden, en aplicación del citado artículo 73 del Decreto Legislativo que norma el arbitraje, solicitamos que los gastos arbitrales generados por este proceso sean cancelados por el CONTRATISTA.

POSICION DEL TRIBUNAL

245. Corresponde en este punto que el Tribunal Arbitral se pronuncie acerca de los gastos del presente arbitraje, a fin de determinar si alguna de las partes debe asumirlos en su totalidad, o si, por el contrario, cada parte deberá asumir sus propios gastos y los que sean comunes en partes iguales.
246. Conforme a lo establecido por el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, los costos del arbitraje comprenden:
- (i) los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral;*
 - (ii) los honorarios y gastos del secretario;*
 - (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral;*
 - (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral;*
 - (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; y,*
 - (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.*
247. En relación con dichos costos del arbitraje, los artículos 69° y 73° de la Ley de Arbitraje señalan lo siguiente:

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

“Artículo 69°. - Libertad para determinar costos.

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.”

“Artículo 73°. - Asunción o distribución de costos.

*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.
(...)”*

248. Como puede apreciarse, las normas citadas disponen que el Tribunal Arbitral tenga en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes.
249. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
250. Atendiendo a que, en el presente caso, no existe acuerdo alguno relacionado con los costos del arbitraje, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establezca cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas.
251. En este sentido, tomando en cuenta el resultado del arbitraje, pero que además una de las partes representa al Estado, el Tribunal Arbitral es de la opinión que cada parte cubra sus propios gastos, por un lado, y por otro, que los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral) sean asumidos por el CONTRATISTA y por la ENTIDAD en partes exactamente iguales.
252. En el presente caso, los árbitros cobraron los siguientes honorarios netos:

HONORARIOS ARBITRALES		
Mario Manuel Silva López	Aurelio Moncada Jiménez	Luis Eduardo Adrianzen de Lama
S/. 28,061.60	S/. 28,061.60	S/. 28,061.60

253. Asimismo, los honorarios netos de la secretaría arbitral ad hoc ascienden a la suma total S/. 22,314.48, correspondiendo a cada parte pagar la suma de S/. 11,157.24.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

254. De una revisión del expediente arbitral, se verifica que la DEMANDADA cumplió con efectuar el pago del 50% de los honorarios arbitrales de los árbitros y de la secretaría arbitral correspondiente a la reliquidación de honorarios efectuada mediante la Resolución N° 26 correspondiente a su cargo, esto es, la suma total de S/. 25,134.50; sin embargo, al no haber cumplido el DEMANDANTE con el pago del 50% que le correspondía efectuar, la DEMANDADA tuvo que pagar los honorarios arbitrales y de secretaría en vía de subrogación.
255. Siendo esto así, el DEMANDANTE deberá pagar a la DEMANDADA la suma de: S/. 25,134.50 más el IGV, por concepto de devolución de honorarios.
256. En tal sentido, la pretensión 5.2 de la quinta pretensión principal de la demanda y la segunda pretensión principal de la reconvención deben ser declaradas **INFUNDADAS**.

Por las razones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071, el Tribunal Arbitral, dentro del plazo correspondiente **LAUDA EN DERECHO**:

PRIMERO: DECLARAR **INFUNDADAS** las excepciones de falta de legitimidad para obrar y caducidad presentadas por la Entidad respecto de la primera pretensión principal de la demanda, conforme quedo establecido en los considerandos del presente laudo arbitral.

SEGUNDO: DECLARAR **FUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda **modificada mediante escrito de fecha 05.12.2017**, en consecuencia, corresponde declarar la nulidad de la resolución del Contrato N° 2015-2014-MINAGRI- AGRO RURAL para la ejecución de la obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra-Gongopata- Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huánuco", practicado por la Entidad con Carta Notarial N° 074-2016-MIANGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016.

TERCERO: DECLARAR **INFUNDADA** la primera pretensión principal de la primera reconvención, en consecuencia, no corresponde declarar la validez y eficacia de la Resolución de Contrato del Contrato N° 2015-2014-MINAGRI- AGRO RURAL para la ejecución de la obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra- Gongopata- Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huánuco" comunicada por la Entidad al Contratista mediante Carta Notarial N° 074-2016-MIANGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016.

CUARTO: DECLARAR **FUNDADA** la pretensión principal de la acumulación de la demanda, en consecuencia, corresponde declarar la validez del Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016.

QUINTO: DECLARAR **FUNDADA EN PARTE** la tercera pretensión principal de la demanda **modificada mediante escrito de fecha 05.12.2017**, en consecuencia, si corresponde declarar el Consentimiento de la Liquidación Final de Obra presentada

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

por MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC mediante Carta N° 075-2016-DROF/GG-CON-RDB EIRL el 12.08.2016, al amparo del artículo 211 del D.S. N° 184-2008-EF del Reglamento, al no haber controversias pendientes de resolver, correspondiendo a la Entidad pagar la suma de S/. 110,322.42, incluido IGV a favor del Contratista.

SEXTO: DECLARAR **INFUNDADA** la cuarta pretensión principal de la demanda **modificada mediante escrito de fecha 05.12.2017**, en consecuencia, no corresponde ordenar a la Entidad el pago de gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/. 19,517.00, más intereses legales a favor del Contratista, de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa del presente laudo.

SEPTIMO: DECLARAR **IMPROCEDENTE** la pretensión 5.1 de la quinta pretensión principal de la demanda, en consecuencia, no corresponde ordenar a la Entidad, el pago por el concepto de indemnización de daños y perjuicios por la suma de S/. 423,000.00 soles a favor del Contratista, conforme a los términos expresados en la parte considerativa del presente laudo.

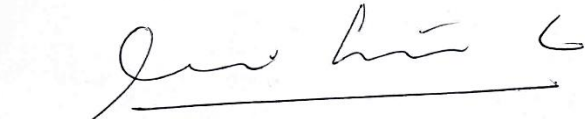
OCTAVO: DECLARAR **IMPROCEDENTE** la primera pretensión principal de la segunda reconvenición, en consecuencia, no corresponde ordenar el pago de la indemnización por daños y perjuicios por la suma de S/. 1'123,940.46 soles por el incumplimiento por parte del Contratista en la Ejecución del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL.

NOVENO: **DISPONER** que la empresa MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC y el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL asuman cada una de ellas y directamente, los gastos arbitrales que les correspondía sufragar (50% a cargo de cada una de ellas) y, habiendo pagado la Entidad en vía de subrogación los honorarios arbitrales reliquidados mediante la Resolución N° 26 que le correspondía pagar al Contratista por la suma de S/. 25,134.50; el Contratista deberá pagar a la Entidad dicho monto más el IGV, por concepto de devolución de honorarios.

DECIMO: El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, una vez notificado, consentido o ejecutoriado, debe ser cumplido con arreglo a lo dispuesto por las normas legales pertinentes.

Notifíquese a las partes. -


Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama




MARIO MANUEL SILVA LOPEZ
PRESIDENTE



AURELIO MONCADA JÍMENEZ
ÁRBITRO



LUIS EDUARDO ADRIANZEN DE
LAMA
ÁRBITRO



MAYCKOL ERNESTO BETETA DÍAZ
SECRETARIO ARBITRAL

EXP. N° 049-2020-CCL
Proceso arbitral seguido entre la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. y la AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Arbitraje seguido entre

TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

Y

**AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA
(REPRESENTADA POR LA PROCURADURÍA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE
AGRICULTURA Y RIEGO)**

LAUDO

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Secretaría Arbitral

Giuliana Temoche Salinas
Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Orden Procesal N° 3

Lima, 27 de abril de 2021

En Lima, a los veintisiete días del mes de abril del año dos mil veintiuno, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las reglas pactadas por las partes, escuchado los argumentos esgrimidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el laudo siguiente para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

VISTOS:

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL. -

Con fecha 24 de julio de 2017, la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., y la AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA, suscribieron el Contrato N° 27-2017-ANA-OA para la CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE SOLUCION INTEGRADA DE COMUNICACIONES DE DATOS (RED MPLS) Y SALIDA A INTERNET PARA LA AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA (SEDE CENTRAL Y ORGANOS DESCONCENTRADOS), en adelante el CONTRATO.

De acuerdo con la Cláusula Décimo Séptima del CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

“CLÁUSULA DÉCIMO SÉTIMA: 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

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Estado. El arbitraje será de tipo Institucional.

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 al 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 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 45.9 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.”

De acuerdo con lo anterior, queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., y la AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA.

II. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL. -

Los árbitros inicialmente designados por las partes, abogado Billy Franco Arias y el abogado Juan Alberto Quintana Sánchez, nombraron tercer árbitro y presidente del Tribunal Arbitral al abogado Hugo Sologuren Calmet, quien aceptó el cargo encomendado, quedando constituido el Tribunal Arbitral.

En ese sentido, los profesionales del Derecho declaran que han sido debidamente designados de acuerdo con la Ley y el convenio arbitral celebrado entre las partes, manifestando no tener ninguna incompatibilidad, ni compromiso alguno con los mismos. Asimismo, se obligan a desempeñar con justicia, imparcialidad y probidad la labor encomendada.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

III. TIPO DE ARBITRAJE. -

De conformidad con la Orden Procesal N° 1 de fecha 18 de noviembre de 2020, se estableció que, en virtud de lo pactado en la Cláusula Décimo Séptima del CONTRATO, el arbitraje sería Nacional y de Derecho.

IV. REGLAS APLICABLES AL PRESENTE ARBITRAJE. -

Del mismo modo, de conformidad con el Convenio Arbitral suscrito entre las partes, contenido en la Cláusula Décimo Séptima del CONTRATO, el Tribunal Arbitral estableció que la ley aplicable al fondo de la controversia sería la ley peruana.

Finalmente, el Tribunal Arbitral otorgó a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., un plazo de veinte (20) días hábiles para la presentación de su demanda arbitral.

V. ALEGACIONES DE LAS PARTES. -

Mediante escrito presentado el 18 de diciembre de 2020, la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., formuló las siguientes pretensiones:

5.1. Pretensiones formuladas en la Demanda presentada por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.:

Las pretensiones planteadas por la DEMANDANTE se transcriben a continuación:

***Primera Pretensión Principal:** Solicitamos que se declare que las interrupciones al servicio de cinco (5) sedes de la ANA derivadas de la pérdida del satélite IS-29-e, ocurridas entre el 7 de abril y el 24 de abril de 2019, constituyen eventos calificables como caso fortuito o fuerza mayor (en adelante, "fuerza mayor").*

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal: Al declararse fundada la Primera Pretensión Principal, solicitamos que se declare que Telefónica no ha incumplido las condiciones del Contrato 27-2017-ANA-OA, por lo que no corresponde aplicarle penalidades derivadas de las interrupciones del servicio.

Segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal: Al declararse fundada la Primera Pretensión Principal, solicitamos que se declare que la ANA imputó indebidamente una penalidad total de S/ 547,942.55 (quinientos cuarenta y siete mil novecientos cuarenta y dos con 55/100 soles) por dichas interrupciones, debiendo la ANA pagar y/o restituir a Telefónica dicha suma de dinero, más los intereses aplicables.

Segunda Pretensión Principal: Solicitamos que se declare que Telefónica únicamente debe compensar a la ANA con un monto ascendente a S/ 40,969.75 (cuarenta mil novecientos sesenta y nueve con 75/100), suma de dinero que fue ofrecida por Telefónica a modo de compensación por la interrupción, de conformidad con lo establecido en el artículo 93 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, las "Condiciones de Uso").

Tercera pretensión principal: Solicitamos que se ordene a la ANA el pago de costas y costos del proceso arbitral.

5.2. Posición de la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.:

5.2.1. Fundamentos de Hecho de la Demanda

La DEMANDANTE sustenta su posición en los siguientes fundamentos:

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Antecedentes

El 16 de marzo de 2017 se convocó el Concurso Público 3-2017-ANA, a través del cual la ANA licitó la provisión del servicio de solución integrada de comunicaciones de datos (RED MPLS) y salida a internet para la Autoridad Nacional del Agua (Sede Central y Órganos Desconcentrados). La licitación contempló la prestación del servicio de internet (Ítem 1) y del servicio de interconexión de sedes (Ítem 2), tal como se detalló en las Bases Integradas del concurso.

Las Bases Integradas señalaron que el servicio podía brindarse a través de fibra óptica (conexión física por una red) o a través de un enlace satelital (conexión inalámbrica por antenas y un satélite).

Las Bases Integradas también establecieron la posibilidad de que se impongan penalidades en caso el contratista incumpliera sus obligaciones ante casos de incumplimientos injustificados.

Telefónica presentó una propuesta para participar por la buena pro de los dos ítems licitados. Respecto del Ítem 2, la propuesta precisó que el medio de transmisión sería a través de fibra óptica o, en caso no estuviera disponible, a través de enlaces satelitales.

La buena pro del servicio comprendido por el Ítem 1 fue otorgada a la empresa Optical Technologies S.A.C. El Ítem 2, por su parte, fue adjudicado a Telefónica el 13 de julio de 2017. Como consecuencia, Telefónica y la ANA celebraron el Contrato 27-2017-ANAOA el 24 de julio de 2017 (en adelante, el "Contrato").

El servicio contratado con Telefónica (que aún se encuentra en ejecución)

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

implica permitir la interconexión entre las sedes desconcentradas y la sede central de la ANA, a fin de que puedan compartir aplicativos, servicios de red y soporte de manera segura. Este servicio es brindado por Telefónica a través de enlaces satelitales; es decir, la empresa contrata el servicio de comunicaciones de un satélite para permitir dichos enlaces.

Este tipo de enlaces suponen una conexión entre tres elementos: una antena ubicada en la tierra que transmite una señal hacia un satélite, el cual la amplifica y la retransmite hacia otra antena ubicada en un lugar distinto.

Satélites como estos son operados por empresas que brindan servicios de telecomunicaciones. En el caso de los servicios prestados a la ANA, Telefónica utiliza un satélite de la empresa Intelsat, con la que tiene una relación contractual para la provisión de servicios de comunicaciones.

Conforme manifiesta Telefónica, Intelsat es uno de los proveedores más importantes de comunicación satelital del mundo y el pionero de dicho servicio. Constituida como empresa pública en 1964, lanzó su primer satélite al espacio al año siguiente, convirtiéndolo en el primer satélite de comunicaciones comerciales de la historia. De la transmisión del primer alunizaje en 1969 a la transmisión televisiva más masiva de su época con las Olimpiadas de Sídney 2000, hoy Intelsat brinda servicios en más de 200 países con una flota de más de 50 satélites.

Los satélites son aeronaves espaciales que orbitan el planeta y que facilitan la comunicación al recibir señales y retransmitirlas hacia receptores que se encuentran a distancias que no pueden ser cubiertas íntegramente por infraestructura que se encuentra en la tierra. Dado que se trata de sistemas sumamente sofisticados, su fabricación y lanzamiento al espacio toma, por lo menos, entre dos y tres años.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

El 27 de enero de 2016, Intelsat lanzó al espacio el satélite 1S-29e, con una vida útil estimada de 15 años y un costo que ha sido reportado superior a los USD 400'000,000 (cuatrocientos millones de dólares estadounidenses). Ubicado en la órbita geoestacionaria a 50° de longitud este, el IS-29e brinda servicios principalmente a Norteamérica, Centroamérica y Sudamérica.

El primero de la serie Epic NG, el IS-29e fue fabricado por la empresa Boeing Satellite Systems, Inc., líder mundial en la fabricación de aeronaves espaciales (satélites entre ellos) y que trabaja con numerosas empresas privadas y entidades públicas también, como es el caso de la NASA. Gracias al avance tecnológico, esta nueva serie de satélites superó largamente la capacidad de sus antecesores y marcó el inicio una nueva generación de satélites que potencian la transmisión de comunicaciones.

El servicio brindado por Intelsat a sus clientes, entre ellos Telefónica, fue a través del IS29e. Como veremos a continuación, tan solo luego de tres (3) años desde su lanzamiento al espacio, el satélite sufrió un evento que tuvo un impacto directo sobre los servicios prestados a la ANA.

EL SATÉLITE IS-29E PERDIÓ SU ÓRBITA EN EL ESPACIO COMO PRODUCTO DE EVENTOS DE FUERZA MAYOR

Telefónico refirió que, aproximadamente a las 22:04 del 7 de abril de 2019, Intelsat reportó problemas con el satélite generados por una “anomalía”. Una anomalía satelital es un evento que afecta la misión de una aeronave espacial que opera en órbita, degradándola. Es decir, se trata de un evento que tiene un impacto directo y determinante sobre un satélite (y, por tanto, el cumplimiento de su misión).

Según explicó la empresa al reportar los hechos en su momento, la anomalía consistió en la afectación del sistema de propulsión del satélite (aquel que

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

permite que el satélite mantenga su órbita), lo cual afectó a los servicios de comunicaciones que dependían del satélite.

Telefónica sostuvo que lo que se llevó a cabo durante las siguientes horas y días fue un trabajo exhaustivo por parte de los técnicos e ingenieros de Intelsat y Boeing por resolver la anomalía y retomar total control sobre el satélite. Finalmente, el 9 de abril de 2019, Intelsat envió un comunicado a sus clientes (entre ellos, Telefónica), informando acerca de los eventos que acontecieron al satélite.

Conforme lo explica Intelsat, el 7 de abril de 2019, el sistema de propulsión sufrió daños que llevaron a que el propelente (combustible) se filtrara al interior del satélite. Ello generó que el satélite pierda su posicionamiento con dirección a Tierra y empezara a girar sin control, dificultando la toma de control del satélite.

Durante el siguiente par de días, Intelsat y Boeing desplegaron diversos esfuerzos por retomar el contacto con el satélite, tal como se puede apreciar de la cronología general de acciones realizadas con dicha finalidad.

El evento fue advertido por Intelsat-Boeing, inicialmente, debido al corto circuito generado por una filtración de combustible en la línea de propulsión. Ello llevó a que el satélite pierda su puntería a la tierra y, con ello, la pérdida de servicios de transmisión de comunicaciones. Una hora después, el equipo Intelsat-Boeing a cargo de evaluar el evento, logró constatar por vez primera que estaba ante un escenario anómalo, extremadamente raro.

Lo que siguió fueron diversos esfuerzos por retomar la conexión con el satélite, derivando en distintas estimaciones del tiempo que debía transcurrir hasta que el servicio fuera reestablecido, dependiendo de la evolución de las circunstancias. Aproximadamente, 2 horas y 40 minutos después de ocurrida

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

la anomalía, se ejecutó el primer intento manual de controlar la aeronave espacial. Sin embargo, el combustible continuaba evaporándose, generando dinámicas inesperadas que demoraron la recuperación.

Casi 29 horas después, las maniobras manuales permitieron retomar control momentáneo del satélite, pero casi 9 horas más tarde, a las 14:59 del 9 de abril de 2019 (hora peruana), ocurrió una segunda anomalía (fuga de combustible) que generó que el satélite volviera a perder control y, con ello, su posicionamiento hacia la tierra. Esta fuga, a su vez, ocasionó una baja de tensión que resultó en la pérdida de funciones electrónicas claves. Poco más de media hora después, se perdió la señal con el satélite.

Como consecuencia de este segundo evento, el 10 de abril de 2019, Intelsat informó al público los hechos ocurridos y comunicó el inicio de la migración de los servicios de sus clientes a otros satélites, propios y de terceros. Estos hechos fueron reportados por diversos medios.

Las diversas notas explicaron que el satélite reportó fallas en el sistema de propulsión derivado de dos anomalías ocurridas el 7 y 9 de abril de 2019, sin conocer, hasta ese momento, la causa de estas.

Por su parte, ExoAnalytic Solutions, una empresa de tecnología con enfoque espacial que cuenta con una red de más de trescientos (300) telescopios alrededor del planeta para monitorear satélites en espacio geostacionario, reportó que identificó escombros alrededor del satélite IS-29e el 8 de abril de 2019.

Doug Hendrix, CEO de ExoAnalytic Solutions, informó al portal SpaceNews que dos objetos prominentes fueron identificados el 10 de abril de 2019, aunque no pudieron determinar si se trataba de combustible congelado o algo distinto. Añadió: “Tenemos la seguridad de decir que han experimentado una

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

anomalía; han anunciado una anomalía. Creemos que hemos visto escombros desprenderse del satélite”.

A través de sus telescopios, Exoanalytic Solutions incluso logró obtener imágenes de la anomalía. En un video que Telefónica presentó en calidad de Anexo A-7, se puede observar al satélite IS-29e en el preciso momento de la anomalía y lo que sucede luego como consecuencia de esta.

El video está enfocado en la trayectoria del satélite, identificado en el punto central de la imagen. Las luces de fondo en movimiento son estrellas. Los primeros segundos muestran el IS-29e en su trayectoria normal, pero a partir del segundo 0:23 puede observarse el preciso instante en el que ocurre la anomalía. Se observa un destello de luz (segundo 0:25), seguido de una aparente explosión (segundo 0:27) que pareciera liberar, de acuerdo con lo reportado inicialmente por Intelsat, propelente y escombros del satélite (segundo 0:28).

Telefónica resumió el evento con una serie de imágenes extraídas, escogidas por Exoanalytic Solutions, que muestran los hechos en cuatro momentos clave, las cuales fueron reportadas por el medio de prensa ArsTechnica.

Como explica ArsTechnica al analizar esta evidencia, “Primero, hay una serie de eventos anómalos de liberación de gases de la aeronave, luego de lo cual persiste un halo. A medida que el halo se disipa, permanecen diversas piezas de escombros que continúan siendo monitoreadas.”

Estas imágenes apuntaban a la posibilidad de que la anomalía haya sido consecuencia de un evento externo, ajeno a un mal funcionamiento de la aeronave espacial. Así lo explicó Doug Hendrix, CEO de ExoAnalytic, a dicho medio:

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

“Por ahora, Hendrix dijo que la empresa trabajará hacia atrás, revisando data para tratar y determinar si algún tipo de evento externo, tal como un micrometeorito o escombros existentes en el ambiente geoestacionario, podría haber causado el problema inicial con el satélite, que tenía tan solo tres años de antigüedad y se encontraba cerca del inicio de su ciclo de vida en órbita. “Cuando existe una anomalía como esta con un satélite joven, nos obliga a comprender el ambiente externo” dijo.”

Si bien en ese momento aún no se conocía la causa exacta de todo lo ocurrido, incluso para terceros distintos a Intelsat y Boeing no quedaban dudas de que debía tratarse de un evento anómalo. Es decir, un hecho extraño, imprevisible e irresistible que no estaba relacionado con el funcionamiento del satélite ni con una falla de la propia aeronave espacial. Las imágenes antes mostradas, que fueron publicadas poco menos de una semana después de ocurridos los hechos, revelan que el IS-29e se vio afectado por eventos externos fuera del control de Intelsat.

A pesar de los esfuerzos desplegados por retomar el control, el 18 de abril de 2019, Intelsat reportó la pérdida total del satélite debido a la anomalía sufrida por la aeronave espacial el 7 de abril de 2019.

Si bien resultaba imposible recuperar un satélite que giraba descontroladamente, Intelsat convocó a una junta de expertos precisamente para conocer las causas de lo ocurrido. Esta junta estuvo integrada no sólo por expertos de Intelsat y de Boeing (en su calidad de fabricante), sino también por terceros independientes.

Los resultados del análisis de esta junta fueron informados el 30 de julio de 2019 en el Comentario Trimestral de Intelsat al segundo trimestre de 2019:

“Un comité de revisión de la falla compuesto por el fabricante del satélite,

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Boeing Satellite Systems, Inc., la Empresa y expertos independientes externos, fue convocado para completar un análisis comprensivo de la causa de la anomalía. El comité concluyó que la anomalía fue causada o por un problema de cableado en conjunto con una descarga electroestática relacionada con actividad climatológica solar, o por el impacto de un micrometeorito”.

Estos hallazgos fueron corroborados por Boeing en un comunicado enviado al portal SpaceNews, en el que indicaron que:

“[C]reemos que la anomalía inició con un evento de subvoltaje [baja de tensión] (ej. un corto circuito)”. “La causa última aún no es clara, pero los candidatos más probables son o un problema de cableado en conjunto con un evento de descarga electroestática (ESD) o el impacto de un micrometeorito a un cableado crítico”.

Como es posible apreciar, la junta de expertos convocada por Intelsat determinó que los hechos ocurridos el 7 de abril de 2019 podrían haber sido generados por uno de los siguientes dos hechos puntuales:

a) Por un lado, un evento climatológico solar que generó una descarga electroestática y produjo un problema eléctrico con el cableado de la aeronave espacial. Una descarga electroestática es un fenómeno de la naturaleza que ocurre entre dos objetos con cargas eléctricas distintas. Para ejemplificar a lo que se refería, Telefónica manifestó que es algo parecido a lo que sentimos las personas cuando una pequeña descarga eléctrica se genera al tocar el manajo de la puerta del auto. Solo que, en este caso, se trata de una descarga de proporciones aeroespaciales. La materia (objetos y personas) tiene una carga eléctrica neutral, por lo que no solemos percibir ningún efecto al entrar en contacto con otros objetos. Por lo general, tomar el manajo de una puerta no nos producirá ninguna sensación particular. Pero si nuestra carga eléctrica aumenta (se vuelve positiva) y entramos en contacto con un objeto con una

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

carga eléctrica negativa, sentiremos una descarga electrostática. Lo mismo ocurre entre cualquier clase de objetos que tengan cargas desbalanceadas, pues se trata de la forma a través de la cual las cosas regresan a un estado natural de carga neutral. El panel de expertos confirmó que la actividad climatológica del sol podría haber tenido efectos sobre el cableado del IS29e.

b) Por otro lado, la junta determinó que la otra posible causa es que la aeronave espacial haya sido impactada por un micrometeorito, y que ello haya generado un problema eléctrico, por la afectación al cableado, que derivó en un cortocircuito que condujo a los eventos que Telefónica detalló en los párrafos anteriores.

Telefónica concluyó que, si bien fue posible identificar que la pérdida del IS-29e se haya producido debido a un problema eléctrico (pues esto se aprecia en el centro de control), la causa específica que generó este problema eléctrico (una descarga electrostática o el impacto de un micrometeorito) es algo que se determina probabilísticamente en función de la observación, data y expertise del panel de expertos. La razón es simple de comprender: se trata de un objeto que se encuentra en el espacio, a unos treinta y seis mil kilómetros (36,000km) de distancia de la superficie de la tierra.

Si bien ello impide hacer una observación in situ de las causas de la anomalía sufrida por el IS-29e, el panel de expertos dejó claro que se trató de uno de estos dos motivos poco comunes de la naturaleza. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que, para ambas probables causas, es claro que nos encontramos ante eventos de fuerza mayor.

TELEFÓNICA ATENDIÓ LA INTERRUPCIÓN DEL SERVICIO DE MANERA DILIGENTE Y OPORTUNA

Telefónica sostuvo que, como ya había explicado, las anomalías en el satélite

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

IS-29e comenzaron a experimentarse el 7 de abril de 2019 a las 22:04 (hora peruana). Este evento tuvo un impacto inmediato y directo sobre las comunicaciones que, justamente, dependían del satélite IS-29e. Telefónica y el Perú fueron solo algunas de las diversas empresas y varios países afectados por la caída del servicio.

Sin perjuicio de haberse tratado de un evento de fuerza mayor, ajeno al control de la empresa y hasta de la propia dueña del satélite y de su fabricante, Telefónica realizó esfuerzos inmediatos por enfrentar el imprevisto y reponer los servicios afectados por la caída, lo más rápido posible.

Por un lado, emitió dos comunicados en medios de prensa, informando sobre la caída del servicio. El 10 de abril de 2019, se emitió un comunicado que retransmitió la información que fue enviada por Intelsat un día antes.

Tres días después, se emitió un nuevo comunicado, en donde se anunció el despliegue de medidas para recuperar el servicio.

En concordancia con lo señalado en este último comunicado, Telefónica ya estaba llevando a cabo un plan de atención de la caída del servicio, priorizando la migración a otros satélites, a medida que fue posible hacerlo. Estas acciones pueden observarse en el Informe Técnico de Acreditación elaborado por Telefónica y registrado el 11 de abril de 2019 ante el Sistema de Información y Registro de Interrupciones del Osiptel (en adelante, "SISREP") bajo Ticket 306484.

A las 22:53 del domingo 7 de abril de 2019, menos de una hora después de ocurridos los hechos imprevisibles e irresistibles, estos fueron comunicados al equipo a cargo de la supervisión de Operaciones Satélite y Planta Externa de fibra óptica, a fin de que iniciaran las gestiones destinadas a atender y solucionar la situación. Aunque se trataba de un evento aún prematuro y del

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

que se iría conociendo más a medida que pasara el tiempo, el equipo a cargo ya se encontraba evaluando las acciones a tomar.

Luego de evaluar las incidencias y conocer que el IS-29e sufrió una anomalía, pasadas las 22:00 de la noche anterior, a las 8:41 del 8 de abril de 2019 ya se evaluaba migrar a clientes y conexiones críticas a otros satélites. Entre estos clientes críticos se hallaba la ANA, entidad cuyas sedes estuvieron entre las primeras en ser atendidas a fin de restablecer el servicio.

Para ello se requirió el apoyo necesario para realizar el reapuntamiento de las antenas hacia la órbita de otros satélites. Como Telefónica mencionó en la sección de antecedentes, los enlaces satelitales requieren de dos antenas fijadas en dirección al satélite. Este recibe la señal de una antena (en este caso, ubicada en una estación en Lurín) y la retransmite hacia una segunda antena, ubicada en la sede que recibe el servicio.

A las 8:45 del 9 de abril de 2019, Intelsat continuó actualizando la hora estimada de solución del problema, calculada, en ese momento, para las 18:00 horas. Sin embargo, Telefónica continuó desplegando esfuerzos por migrar a sus clientes a otros satélites. Ese mismo día a las 20:30 horas, Intelsat confirmó que no pudo retomar control sobre el IS29e.

Esta confirmación de Intelsat determinó que Telefónica incrementara sus esfuerzos por migrar a otros satélites a todos los clientes que recibían servicios de la nave espacial afectada. En efecto, a las 21:30 del 9 de abril de 2019 se inició la evaluación para “[...] poner en acción el plan de contingencia establecido (migrar todos los enlaces afectados a nivel nacional progresivamente en función de la capacidad)”.

Este cambio, además, resultaba sumamente complejo si tenemos en cuenta las acciones que deben desplegarse y el tiempo que toma cumplirlas. Una de

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

las principales dificultades para ello es conseguir espacio inmediato en otros satélites, acción que incluso Intelsat informó que estaba tratando de realizar (para restaurar los servicios a sus clientes) a las 23:05 del 9 de abril.

Pero la obtención del espacio para la prestación del servicio a través de otros satélites no es la única acción que debe realizarse. Es necesario continuar con otros aspectos complejos para la efectiva migración del servicio: apuntar las antenas hacia la órbita de los nuevos satélites. Telefónica venía realizando esta labor desde la mañana siguiente a la ocurrencia de la anomalía que afectó el servicio del IS-29e. Recibido este último comunicado de Intelsat, el equipo de Operaciones Satélite inició trabajos para mover las antenas ubicadas en Lurín.

Esta labor se desarrolló desde las 10:10 del 10 de abril de 2019, como parte de las acciones iniciales para lograr restablecer los enlaces satelitales de los clientes críticos en primer lugar (entre los cuales se hallaba la ANA). Ante ello, Telefónica continuó buscando espacio en otros satélites para migrar los servicios, así como con el despliegue de equipos técnicos para reapuntar las antenas de los clientes afectados.

El 10 de abril de 2019 a las 16:30 se confirmó que la antena principal de Lurín había sido reorientada hacia el satélite asignado, pero aún quedaba pendiente hacer lo mismo con antenas remotas, es decir, con las que se encontraban ubicadas en lugares lejanos y a los que acceder no resultaba fácil ni rápido. Estos trabajos continuaron durante el 11 de abril y los siguientes días, hasta que se logró restablecer el servicio a todos los clientes de Telefónica que se vieron afectados por la anomalía sufrida por el IS-29e y su posterior pérdida total.

Entre estos clientes se encontraba la ANA, entidad que vio afectadas cinco (5) sedes por la caída del servicio: la sede de la Autoridad Local del Agua (en

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

adelante, “ALA”) Santiago de Chuco, sede ALA La Convención, sede ALA Ilave, sede ALA Atalaya y sede ALA Tambopata Inambari.

Telefónica informó a la ANA acerca de los hechos ocurridos desde que se reportó la primera anomalía el 7 de abril, así como las diligentes acciones adoptadas tanto por ella como por Intelsat para lograr restablecer los servicios afectados. Unas horas después de ocurridos los hechos y luego de recabar mayor información sobre lo ocurrido, Telefónica informó a la ANA por escrito acerca de la anomalía que experimentó el IS-29e.

A modo de seguimiento y menos de 48 horas después, Telefónica se comunicó nuevamente con la ANA reportando los avances de la situación. En esta comunicación se informó que se estaba trabajando para conseguir capacidades adicionales en otros satélites para migrar los enlaces hacia estos.

Fueron solo algunas horas después del envío de este correo que Intelsat confirmó que no fue posible restablecer comunicaciones con el IS-29e, por lo que Telefónica inició la ejecución del plan para migrar a todos sus clientes hacia nuevos satélites, a fin de levantar el servicio.

Los eventos que explicados en párrafos anteriores también fueron descritos y analizados en informes elaborados por Telefónica y presentados a la ANA con la finalidad de proveer mayor detalle acerca de lo acontecido. Así lo hizo, por ejemplo, con el documento “Informe Técnico” del mes de abril de 2019.

En este se explicó una conclusión elemental producto de lo ocurrido: que el problema técnico:

“[...] es de naturaleza extraordinaria puesto que supone la pérdida integral del satélite, la cual no está contemplada como consecuencia de ninguno de los problemas técnicos ya identificados en base a la experiencia y a los estándares

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

internacionales de los organismos especializados en la construcción de equipamiento aeroespacial”.

En ese sentido, Telefónica sostiene que un evento como el que sufrió el IS-29e es indudablemente un evento que califica legalmente como fuerza mayor. Los satélites son aeronaves espaciales sumamente costosas y sofisticadas que, precisamente debido a su naturaleza y al hecho de que orbitan a 36,000 kilómetros sobre la superficie de la tierra, se fabrican teniendo en cuenta numerosas medidas de seguridad y se minimizan al máximo posible los riesgos que podrían enfrentar.

Es por ello que la anomalía que desencadenó los hechos analizados y determinó la pérdida de una aeronave espacial de cientos de millones de dólares no se trató de un evento intrínseco, producto de un malfuncionamiento del propio satélite o negligencia del proveedor, sino de un hecho externo, de la naturaleza, imposible de resistir. La conclusión de Telefónica coincide con el análisis de la junta de expertos al que se encargó de la evaluación de los hechos.

Telefónica refiere que le explicó a la ANA que, sin perjuicio de que se trataba de un evento de fuerza mayor y de que la empresa actuó diligentemente, se contaba con un plan de acción que consistía, por un lado, en escalar el problema al proveedor y, por el otro, tratar de restituir el servicio a través de alternativas técnicas (migrar servicios a otros satélites).

Posteriormente, Telefónica remitió a la ANA otro informe sobre la gestión personalizada de transmisión de datos e internet en abril 2019 (Anexo A-20). En este se reportaron diversos aspectos e incidencias relacionadas con la prestación del servicio durante ese mes, incluyendo lo ocurrido con la caída del servicio producto de la pérdida del satélite.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

Telefónica reportó en este informe las averías que le eran imputables a la empresa, las imputables a la ANA y las causadas por eventos externos. Entre estas últimas, se informaron detalles sobre la caída del servicio que experimentaron las 5 sedes de la ANA que se vieron afectadas.

Las sedes en mención se vieron afectadas desde el inicio de la jornada laboral del día hábil siguiente a la caída del servicio, la cual ocurrió un domingo por la noche (hora peruana). Como se reportó, la avería masiva fue reportada al Osiptel y se inició el plan de contingencia que migraría los enlaces a otros satélites (por ejemplo, el satélite Galaxy 28 de propiedad de Intelsat). Así, los servicios fueron restableciéndose con el pasar de los días hasta que se logró cumplir con ello en su totalidad el 24 de abril de 2019 a las 13:14.

La primera sede cuyo servicio fue restablecido corresponde a la ALA Santiago de Chuco, lo cual ocurrió el 16 de abril a las 14:00, tan solo ocho días después de que el IS-29e sufriera la primera anomalía. El día siguiente, en horas de la mañana, se restableció el servicio de la ALA Atalaya, y por la tarde el de la ALA Tambopata Inambari.

Tanto la ALA llave como la ALA La Convención demoró algunos días más el restablecimiento de la conexión. En el caso de la primera, las acciones fueron culminadas al término del 21 de abril. En el caso de la segunda, el trabajo fue completado el 24 de abril en horas de la tarde.

Esto fue reportado por correo electrónico a la ANA ese mismo día, cuando ya el servicio de todas las sedes se encontraba restablecido salvo la última (ALA La Convención), que se hallaba en las pruebas finales (nótese que el correo fue enviado a las 11:21, menos de dos horas antes del restablecimiento efectivo del servicio, que ocurrió a las 13:14, según se reportó en el informe comentado párrafos arriba).

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

El restablecimiento total del servicio de estas sedes (y de todos los clientes afectados por la caída) se logró gracias al esfuerzo constante desplegado por Telefónica y el equipo de soporte técnico a cargo de las gestiones de campo que resultaron necesarias para ello (el apuntamiento de las antenas a las órbitas de los nuevos satélites en los que se consiguió capacidad). Y es que existen diversos aspectos que deben ser tenidos en cuenta al momento de evaluar la complejidad de realizar estas modificaciones y el tiempo que ello puede tomar.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la migración del servicio a nuevos satélites depende de conseguir capacidad (espacio) en estos y ello no resulta una tarea sencilla ni rápida de cumplir. El espacio disponible en satélites que orbiten por coordenadas que permitan brindar servicio en esta zona del planeta es limitada y, finalmente, depende de la posibilidad de que un tercero pueda brindar. Y ello sin considerar los aspectos comerciales, que deben ser observados para llegar a un acuerdo razonable en un período de tiempo corto.

Pero esta es solo una parte de las acciones que deben realizarse. Un segundo elemento relevante a tener en cuenta es que una vez que se cuenta con capacidad contratada se vuelve necesario determinar el orden en que los servicios serán migrados.

Todos los clientes afectados requerían de la migración de sus enlaces, no solo uno (en el caso de Telefónica, hablamos de más de 300 clientes afectados por la caída). Pero en tanto la capacidad que se va adquiriendo al inicio es limitada y las ubicaciones son diversas, la migración solo puede realizarse por partes, en función a la capacidad técnica y humana disponible.

En tanto se trata de un evento de fuerza mayor, las acciones desplegadas no son más que las soluciones más rápidas que pueden implementarse. En el caso de la ANA, sus sedes estuvieron entre las primeras en ser atendidas y

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

restablecidas.

Debe ponderarse que una vez que la capacidad en un nuevo satélite ha sido conseguida, es necesario realizar acciones de campo: direccionar antenas a fin de que apunten a la órbita del nuevo satélite. Esto implicó el reapuntamiento, en primer lugar, de las antenas principales de Telefónica ubicadas en su estación de Lurín.

Se trata de una actividad sumamente compleja y delicada. Primero, es necesario conseguir al equipo técnico que pueda realizar la labor. No olvidemos que en este caso Telefónica estaba desplegando planes de contingencia para decenas de clientes afectados por la caída del servicio. Ello supone una evidente limitación de recursos (personal) para atender todas las solicitudes a la vez. A pesar de ello, se trabajó de día y de noche de manera ininterrumpida a fin de cumplir el reapuntamiento.

Pero es además complicado por la dificultad y el trabajo que requiere mover infraestructura de este tipo. No es como mover una antena común que podríamos tener en casa. Se trata de antenas de unos siete (7) metros de diámetro, para lo cual se requiere una coordinación compleja de parte del equipo técnico que debe realizar ajustes físicos, eléctricos, entre otros.

Además, los equipos asignados deben desplazarse hasta el lugar en el que se encuentran las antenas, y mientras que algunas pueden hallarse cerca de las ciudades en donde residen los integrantes de los equipos técnicos, otras se encuentran en lugares remotos de difícil acceso por características geográficas o climatológicas.

En el caso de la ANA, las antenas se encuentran en los edificios de las mismas sedes, por lo que el personal debe llegar hasta estas para realizar las labores necesarias.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Si bien este tipo de antenas son un poco más pequeñas, también resulta complicado manipularlas pues en algunos casos estas antenas pueden llevar años sin moverse. Como toda infraestructura, especialmente una de metal que se encuentra a la intemperie, esto puede hacer más difícil la manipulación (por motivos de oxidación natural, pernos que “se pegan” y no pueden desajustarse o se rompen al intentarlo, etc.). De hecho, en un caso se pudo observar cómo la base de la antena debe ser tratada con cuidado debido a la corrosión generada por las lluvias.

A todo esto debe sumársele, además, los cambios de frecuencia y demás aspectos técnicos que debe ejecutar un importante grupo de especialistas para lograr, finalmente, la conexión de los enlaces a los nuevos satélites asignados.

Las acciones técnicas que debían desplegarse son sumamente complejas e intrincadas y, por tanto, requieren la atención de un amplio equipo de ingenieros y especialistas para realizar las modificaciones requerida. Desde la atención de las antenas hasta el cableado, son numerosas las acciones que debían desplegarse:

- a. Se comienza realizando el reapuntamiento de las antenas hacia el nuevo satélite asignado, a fin de habilitar la señal de transmisión hacia las sedes remotas.
- b. Se deben configurar los equipos de transmisión de radiofrecuencia para que la señal satelital que proviene de la sede remota sea adecuadamente procesada. Para esto, además, se requiere trabajar en coordinación con el operador satelital.
- c. Deben ejecutarse pruebas de aislamiento también en coordinación con el operador satelital. Estas permiten validar que no existe interferencia entre los enlaces satelitales, producto del cruce de señales de otras antenas que se encuentren en la cercanía.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

-
- d. Se debe habilitar la señal de los satélites en los ambientes donde están ubicados los equipos pareja de los enlaces, es decir, los módems que están emparejados con los módems del cliente.
 - e. En conjunto con lo anterior, se deben llevar a cabo trabajos de cableado de tipo coaxial entre los equipos de transmisión de radiofrecuencia de los módems del cliente.
 - f. Luego, se debe trabajar en obtener la asignación de frecuencias del operador satelital para cada cliente. A través de estas frecuencias se logra enlazar la señal de las antenas y el satélite.
 - g. Obtenidas las frecuencias, estas deben ser configuradas con los equipos del cliente, así como con los parámetros satelitales, de tal manera que se permita transmitir correctamente la señal, desde la sede principal (Lurín) hasta la sede remota.
 - h. Cumplidas todas estas etapas, se procede a levantar el servicio del enlace satelital, en coordinación con personal técnico desde la sede remota.

Al respecto, Telefónica remarca que el cableado es sumamente complejo debido a que el trabajo coordinado es extenso y se deben lograr enlaces correctos (funcionales) y limpios (sin interferencias). Además, el balance eléctrico detrás de cada servidor, módem y cableado debe ser manejado con sumo cuidado, a fin de evitar algún problema eléctrico que pueda generar un desbalance y afectar los equipos o la conectividad.

Todo lo descrito refleja, conforme lo explica Telefónica, las actividades que debían realizarse únicamente en la sede principal ubicada en Lurín. Es decir, de un lado del enlace; restando trabajar en el otro lado, con la antena del cliente. Las actividades en este caso tampoco resultaron sencillas:

- a. Se comienza consiguiendo un equipo técnico disponible que pueda trasladarse hasta la sede remota que, en muchos casos, se encuentra en

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

localidades alejadas y/o de difícil acceso. Solo llegar a estas puede ser una tarea que tome uno o dos días.

- b. Una vez en la sede, se debe reapuntar la antena hacia el nuevo satélite asignado. Acá deben tenerse presente las dificultades comentadas al mover las antenas (climatológicas, problemas por falta de movimiento de las bases, etc.).
- c. Logrado el reapuntamiento, se deben configurar las frecuencias en los equipos de transmisión, lo cual solo ocurre una vez que el operador las haya asignado.
- d. Luego, corresponde realizar pruebas de aislamiento en coordinación con el operador satelital, para evitar interferencias con otras antenas o equipos de transmisión que se encuentren en la cercanía, o con otros clientes del propio operador satelital.
- e. Finalmente, se deben configurar correctamente los niveles de potencia de transmisión, desde la sede remota hacia la sede central (Lurín), a efectos de confirmar que el enlace se encuentra operativo y estable.

En suma, las acciones que deben desplegarse para migrar enlaces satelitales son sumamente complejas, pues requieren de un conjunto de actividades que involucra diversas variables que inciden sobre la dificultad y el tiempo que puede tomar completarlas. Actividades que, además, deben ejecutarse en el orden establecido, pues se trata de operaciones y configuraciones que dependen una de la otra.

Estas particularidades y dificultades pueden ser observadas a partir del correo enviado el 16 de abril a la ANA, donde Telefónica le mostró los avances realizados hasta ese momento para restablecer el servicio de las 5 sedes de la ANA que se vieron afectadas.

En dicha sede, al igual que en el resto comentado por Telefónica, los trabajos de migración iniciaron el 11 de abril, luego de que Intelsat recomendara migrar

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

todos los servicios que dependían del IS-29e, al confirmar que no pudo retomar control del satélite y de que ello ya no sería factible. En ese sentido, el reapuntamiento de la antena se desarrolló durante el día siguiente, quedando pendiente recibir la frecuencia asignada del nuevo satélite para realizar las pruebas de comunicación.

A pesar de que se intentó continuar con estos trabajos un par de días después, intensas lluvias impidieron realizar las pruebas para el día pactado (14 de abril). Al día siguiente, estas se encontraban listas para realizarse, pero aún se encontraban ejecutando el cableado del enlace desde Lima para permitirlo. Ello finalmente ocurrió un día después, permitiendo restablecer el servicio de la ALA Santiago de Chuco el 16 de abril a las 14:00.

Al igual que la sede Santiago de Chuco, los planes de migración empezaron a ejecutarse el 11 de abril, logrando realizar el reapuntamiento de antenas el 12 de abril y quedando a la espera de la frecuencia asignada en el nuevo satélite para continuar con las pruebas. Esta situación se mantuvo hasta el 16 de abril debido a que el cableado de enlace desde Lima (Lurín) estaba en proceso y aún se encontraba pendiente que Intelsat asigne la frecuencia correspondiente.

Estas pruebas finalmente pudieron concretarse en las horas finales del 16 de abril, logrando restablecerse el servicio de la ALA Atalaya el día siguiente (17 de abril) a las 9:27.

Una vez más, el plan de migración de enlaces satelitales inició el 11 de abril y se culminó el reapuntamiento de la antena al día siguiente, quedando pendiente la asignación de frecuencia. Realizadas las pruebas correspondientes durante los días 16 y 17, el servicio de la ALA Tambopata Inambari logró ser restablecido el 17 de abril a las 16:57.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

Las mismas acciones fueron desplegadas respecto de la ALA llave, sede en la que la asignación de frecuencias y pruebas tomó algunos días más que lo ocurrido en las sedes comentadas previamente. En este caso, el servicio logró restablecerse el 21 de abril a las 23:59.

Respecto de la ALA La Convención tomó algunos días adicionales debido a que implicaba también la movilización de un pararrayos (instalado precisamente para evitar que una descarga electrostática -rayo- afecte la antena) y mantenimientos. El servicio de la ALA La Convención logró ser restablecido finalmente el 24 de abril a las 13:14, luego de que pudiese conectarse al nuevo satélite asignado.

Con ello se completaron, los trabajos de levantamiento del servicio de las 5 sedes de la ANA que se vieron afectadas por la pérdida del IS-29e.

Telefónica concluye, entonces, que la complejidad del procedimiento es fácil de apreciar. No solo por el tema técnico altamente especializado, sino también por la distancia y accesos. Ofreciendo como ejemplo la ALA La Convención, ubicada en la ciudad de Quillabamba, a 200 km de la ciudad del Cusco.

Así, al margen de que la anomalía que sufrió el IS-29e y los hechos que ello desencadenó constituyen eventos de fuerza mayor no atribuibles a Telefónica (y por tanto motivo suficiente para declarar fundada la demanda), las posteriores acciones de Telefónica demuestran también que la empresa actuó de la forma más diligente posible. De inmediato, implementó y ejecutó planes de contingencia y logró restablecer los servicios de la ANA en tiempos considerablemente cortos.

Desde la caída del satélite el 7 de abril por la noche, Intelsat realizó esfuerzos por retomar control del satélite. Pero recién el 9 de abril por la noche se confirmó que ello no sería posible. Sin perjuicio de ello, Telefónica ya venía

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

trabajando en migrar los enlaces de algunos clientes, lo cual se intensificó desde el 10 de abril en la mañana a fin de trasladarlos a todos.

Fue así que Telefónica trabajó día y noche por lograr el levantamiento de los servicios de las sedes afectadas de la ANA, lo cual ocurrió en el breve plazo, puesto que se trató de sedes que fueron priorizadas. Esta actividad, en el caso de otros clientes, llegó a tomar hasta más de un mes.

A pesar de ello, la ANA aplicó a Telefónica penalidades por un total de S/ 547,942.55 (quinientos cuarenta y siete mil novecientos cuarenta y dos con 55/100 soles) por la caída del servicio. Telefónica sostiene que, como se expondrá a continuación, esta decisión violó el Contrato, las Bases Integradas, el Código Civil y demás regulación aplicable que reconocen la ausencia de responsabilidad de Telefónica por caídas en el servicio que constituyan eventos de fuerza mayor.

LA ILEGAL IMPUTACIÓN DE PENALIDADES POR PARTE DE LA ANA A PESAR DE LA EXISTENCIA DE UNA FUERZA MAYOR

El 6 de mayo de 2019, Telefónica fue notificada con la Carta 129-2019-ANA-OA del 3 de mayo de 2019 (Anexo A-24), mediante la cual la ANA aplicó penalidades por un total de S/ 545,753.37 (quinientos cuarenta y cinco mil setecientos cincuenta y tres con 37/100 soles) durante el período de facturación del 22 de marzo al 21 de abril de 2019 por el incumplimiento de la prestación a cargo de Telefónica.

Esta decisión fue inmediatamente cuestionada por la empresa mediante Carta TDP 23-2019 (Anexo A-25), notificada el 17 de mayo de 2019. Como Telefónica explicó en dicha comunicación, la indisponibilidad del servicio entre el 7 y el 24 de abril se debió a una avería masiva que impactó en los servicios brindados por Intelsat, producto de problemas técnicos que sufrió el sistema

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

de propulsión del satélite. En consecuencia, se trataba de un evento de fuerza mayor por el cual la empresa no resultaba imputable.

Cabe señalar que si bien al momento de remitir esta comunicación Intelsat había reportado la pérdida total del satélite y Telefónica ya había logrado migrar y restablecer los servicios de las sedes afectadas de la ANA, aún no había concluido el análisis de la junta de expertos que convocó Intelsat para determinar las causas de la anomalía. Estas conclusiones recién fueron conocidas a finales de julio de 2019. Sin perjuicio de ello, la información conocida a la fecha era suficiente para entender que la anomalía sufrida por el IS-29e había sido producto de un evento de fuerza mayor.

De conformidad con lo señalado en el artículo 93 de las Condiciones de Uso, ante un caso fortuito o evento de fuerza mayor únicamente correspondía realizar un descuento a favor de la ANA. Esta disposición establece que se debe descontar un monto proporcional al tiempo que duró la interrupción.

Es por ello que Telefónica otorgó un descuento por la suma total de S/ 40,969.75 (cuarenta mil novecientos sesenta y nueve con 75/100 soles), aproximadamente 7% del valor total de la penalidad imputada por hechos cuya responsabilidad no podría ser atribuida a la empresa. Este descuento fue calculado en función al valor de la mensualidad y los días sin servicio y es la suma que Telefónica reconoce que debe asumir en virtud de lo dispuesto en las Condiciones de uso. Cualquier excedente a esta suma de dinero (los más de quinientos mil soles imputados por la ANA) no deberían ser asumidos por Telefónica.

Sin embargo, la ANA no solo mantuvo su posición, sino que ignoró (en el sentido que ni siquiera tomó en cuenta en su evaluación) los argumentos de la empresa. Mediante Carta 253-2019-ANA-OA notificada el 24 de junio de 2019 (Anexo A-26), le comunicó su decisión de mantener la aplicación de la

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

penalidad.

Esta decisión fue sustentada en el Informe 46-2019-ANA-DSNIRH/EWPM que acompaña dicha carta. Este informe, sin embargo, no explica por qué el evento que ocasionó la pérdida del satélite no constituiría un evento de caso fortuito. Sólo se limitó a constatar que existió una caída del servicio y que por tanto este no se brindó durante las fechas ya establecidas.

El Informe tenía como supuesta finalidad evaluar la razonabilidad de la fuerza mayor alegada por Telefónica, pero sólo se limitó a verificar que no se brindó el servicio durante los días de la caída y que, por tanto, no existiría más que discutir y debía aplicarse la penalidad. Esta actitud no resulta acorde al estándar más elemental de razonabilidad que un pedido como el de Telefónica requería.

En línea con esa postura, cuatro (4) días después de notificada la Carta 253-2019-ANAOA, la empresa fue notificada con la Carta 258-2019-ANA-OA (Anexo A-27), mediante la cual la ANA volvió a aplicarle una penalidad derivada de la caída del servicio por la pérdida del satélite.

De la suma total de la penalidad aplicada para este nuevo período de facturación del 22 de abril al 21 de mayo de 2019, Telefónica explica que solo la suma relacionada con la ALA llave corresponde a los hechos que son materia de esta controversia. Es decir, S/ 2,998.89 (dos mil novecientos noventa y ocho con 89/100). El resto no es reclamado en este arbitraje puesto que se relaciona con interrupciones derivadas de hechos distintos a los que discutimos en este proceso.

En respuesta a estas decisiones, Telefónica volvió a enviar una comunicación a la ANA. Mediante Carta TDP-0026-2019 notificada el 4 de setiembre de 2019 (Anexo A-28), cuestionando nuevamente la posición de la ANA debido a que

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

ni siquiera evaluó los hechos y argumentos expuestos en comunicaciones previas.

En este documento explicamos con amplio detalle que los hechos comentados constituyeron un evento de fuerza mayor que determina que la interrupción no sea atribuible a Telefónica. Para ello se presentaron diversas notas periodísticas que informaron sobre la anomalía y pérdida del satélite, las cuales también daban cuenta de la naturaleza fortuita de los eventos comentados, así como de actividades desplegadas por la empresa para restablecer el servicio.

Como explicó Telefónica en páginas anteriores, el servicio de todas las sedes fue restablecido antes del 22 de abril (salvo la ALA llave, reestablecida dos días después). En tanto el período de facturación del contrato va desde el día 22 de un mes hasta el día 21 del siguiente, las horas restantes de baja del servicio de esta sede fueron imputadas a esta nueva facturación, y por tanto a través de una comunicación adicional.

En total, la ANA aplicó a Telefónica penalidades por S/ 547,942.55 (quinientos cuarenta y siete mil novecientos cuarenta y dos con 55/100 soles) por la caída del servicio, las cuales fueron aplicadas de manera parcial a la factura FFBH-00028612 (Anexo A-29) como se evidencia a través del reporte de caja de dicha operación (Anexo A-30); y de la factura FFBH-00029074 (Anexo A-31), como se evidencia a través del reporte de caja de dicha operación (Anexo A-32).

Esto, como Telefónica explica a continuación, violaría el Contrato, la regulación en materia de contrataciones del Estado, el Código Civil y las Condiciones de Uso que regulan la ausencia de responsabilidad cuando el incumplimiento se debe a eventos determinantes ajenos a su control, y cuando a pesar de ello actúa con la diligencia debida.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Los eventos de fuerza mayor en la regulación aplicable a la relación contractual

Telefónica explica que la Cláusula Decimosexta del Contrato establece el marco legal aplicable a la relación contractual, de acuerdo con ello, la relación contractual se encuentra regulada por:

- a. El Contrato y las bases integradas;
- b. La Ley de Contrataciones del Estado;
- c. El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado;
- d. Directivas del OSCE;
- e. El Código Civil; y,
- f. Las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Resolución de Concejo Directivo 138-2012-CD/OSIPTEL.

El Contrato regula la aplicación de penalidades en su Cláusula Decimotercera. Esta cláusula refleja un aspecto importante: las penalidades no se aplican simplemente cuando se produzca una interrupción del servicio, sino en caso el contratista incurra en un retraso injustificado. ¿Cuándo estaremos ante un retraso justificado? Cuando se “[...] acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable”.

Por su parte, el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable, aprobado mediante Decreto Supremo 82-2019-EF (en adelante, “LCE”), no alude textualmente al caso fortuito o fuerza mayor más allá de señalarlos como causal de resolución del contrato. Sin embargo, sí contiene regulación referida al cumplimiento de las prestaciones contratadas.

Esta disposición refleja lo que la regulación en general contempla para el cumplimiento de obligaciones: el contratista es responsable de cumplir con sus obligaciones, pero bajo un estándar de razonabilidad, de actuación diligente.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Y es que no resulta razonable requerirle resultados al contratista sin reconocer que determinadas circunstancias podrían afectar cómo y en qué términos se consiguen.

De una lectura en contrario resulta evidente que la LCE reconoce la posibilidad de que las prestaciones contratadas puedan verse afectadas por determinadas situaciones a pesar de que el contratista actúe de manera diligente y realice todas las acciones que estén a su alcance para cumplir a cabalidad sus obligaciones. Así lo ha reconocido la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, "DTN" y "OSCE", respectivamente) mediante la Opinión 89-2020/DTN.

Una de estas figuras es, precisamente, la aplicación de penalidades en caso de incumplimiento injustificado. Es por eso que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 344-2018-EF (en adelante, el "Reglamento LCE") regula con mayor precisión la aplicación de penalidades.

Las penalidades se encuentran reguladas en el Reglamento LCE por las tres disposiciones citadas. El artículo 162 regula la penalidad en caso de mora en la ejecución de la prestación; el 163 la posibilidad de establecer penalidades por otros supuestos, siempre que estas sean, entre otras cosas, razonables; y el 161 las disposiciones generales bajo las cuales se aplican penalidades ante incumplimientos por parte del contratista.

Una lectura integral y coherente de las citadas normas de la LCE y su Reglamento permite concluir que las penalidades, sean por mora o por otros supuestos regulados en el contrato, son aplicables a casos en los que los incumplimientos del contratista carezcan de justificación.

El retraso o interrupción se justifica a través de una actuación diligente, sin

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

culpa, concepto que guarda total congruencia con la regulación del Código Civil. Este también es relevante a efectos de interpretar el Contrato, sus disposiciones y la manera en la que estas son aplicadas, conforme lo señala el propio Contrato.

Tanto el artículo 1314 como el 1315 regulan supuestos en los que el deudor no es responsable por la inejecución de su obligación cuando ello se dé como consecuencia de un evento fortuito o de fuerza mayor, o si prueba haber actuado con la diligencia ordinaria requerida.

Actuar con la “diligencia ordinaria requerida” implica actuar con el cuidado y celo necesario para cumplir con la prestación a cargo. Sin embargo, cabe señalar que este estándar de diligencia no es más que un actuar sin culpa. Lo mismo se concluye del análisis del artículo 1315: la configuración de un evento de fuerza mayor o caso fortuito no es más que la verificación de que el obligado no tiene culpa por el incumplimiento.

Es por eso que más allá de la referencia a un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, o de una actuación con la diligencia ordinaria requerida, en ambos casos estamos ante un supuesto de ausencia de culpa, pues “en todo caso fortuito o de fuerza mayor hay, necesariamente, ausencia de culpa. Estos eventos configuran, definitivamente, causas no imputables”.

Por tanto, al analizar un evento de fuerza mayor, lo que se analiza en el fondo es la actuación debida del deudor, la actividad adecuada que se requería para lograr el resultado acordado por las partes (el cumplimiento de la obligación), que a pesar de dicho actuar diligente no se obtuvo. Es decir, que no se le pueda atribuir culpa por el resultado.

Como Telefónica señaló en párrafos precedentes, esta interpretación no es ajena a las contrataciones con el Estado, pues ya la DTN ha explicado que un

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

incumplimiento justificado es aquel en el que se actúa con diligencia o sin culpa.

Finalmente, corresponde revisar las Condiciones de Uso, norma que también resulta de aplicación en virtud de lo establecido en la Cláusula Decimosexta del Contrato. Estas también regulan supuestos de interrupciones al servicio en caso de eventos de fuerza mayor.

¿Qué tienen en común la LCE, su Reglamento, opiniones del OSCE, el Código Civil y las Condiciones de Uso? Que todas estas normas reconocen la posibilidad de que existan atrasos o interrupciones justificadas como consecuencia de hechos ajenos a la voluntad y control del obligado que impactan sobre el servicio que presta. Y reconocen, como consecuencia de ello, que estas causas lo eximen de responsabilidad por las consecuencias que de ello se genere, precisamente por hallarse fuera de su control. Los eventos de fuerza mayor o la actuación diligente, sin culpa, constituyen ejemplos de estos supuestos.

De conformidad con lo establecido en la Cláusula Decimosexta del Contrato, las normas citadas regulan la relación contractual entre la ANA y Telefónica. Por ello, de un análisis conjunto de todas estas resulta natural concluir que la aplicación de penalidades en el Contrato no se encuentra exenta del análisis de imputabilidad (como, además, señala la propia Cláusula Decimotercera).

O, dicho de otro modo, la aplicación de penalidades será válida sí y solo sí se le puede asignar culpa a Telefónica. De lo contrario, no podrá hacerse responsable.

Telefónica sostiene que su posición no es irrazonable. Incluso la autoridad fiscalizadora del mercado de telecomunicación, Osiptel, tendría una opinión similar a la suya: los casos de fuerza mayor no son responsabilidad de

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Telefónica, incluso en aquellas situaciones donde el proveedor haya garantizado un porcentaje del servicio.

En efecto, por Carta 11-GCC/2020 (Anexo A-34), OSIPTEL notificó a Telefónica la Resolución de Gerencia General 5-2020-GG/OSIPTEL por el que inició una investigación sobre la obligación establecida en el artículo 8 del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, “Reglamento de Calidad”). Este documento contiene indicadores de Disponibilidad del Servicio que deben cumplir las operadoras.

Estos indicadores establecen valores de Disponibilidad del Servicio; es decir, de tiempo que el servicio se encuentra activo y disponible. Si el valor es de 99%, por ejemplo, ello implica que el servicio se encuentre disponible el 99% del tiempo. Pero, como toda regla, tiene también una excepción razonable: la evaluación de estos indicadores excluye a los eventos críticos; y, de estos, aquellos en los que la operadora no tenga responsabilidad.

Esta norma reconoce lo que se ha venido explicando en páginas anteriores: los eventos en los que la empresa no tenga responsabilidad, por haber ocurrido por circunstancias fuera del control de la operadora, por ejemplo, no pueden ser considerados dentro del análisis de los indicadores de Disponibilidad del Servicio.

Ello es así pues, de lo contrario, se afirmarí que es obligación de la empresa mantener una disponibilidad del servicio de 99.50% sin importar lo que ocurra. Esto implicaría que la empresa sea responsable de mantener el servicio disponible, aún cuando ello fuera humanamente imposible, tornando inútil la figura del caso fortuito o fuerza mayor.

El Osiptel reconoció en la Resolución de Gerencia General 5-2020-

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

GG/OSIPTEL que, si la interrupción es consecuencia de un evento de fuerza mayor, y/o se observa que la empresa actuó con diligencia para lograr que se restablezca el servicio, ello no podría ser considerado un incumplimiento a la obligación de Disponibilidad del Servicio. Es por ello que se decidió archivar directamente ocho (8) eventos de interrupción.

El Anexo 13 del Reglamento de Calidad incluso señala algunos ejemplos de cómo puede acreditarse un evento en el que no tiene responsabilidad.

En casos de fenómenos naturales, el Osiptel considera que es posible acreditar el evento a través de recortes periodísticos que informen sobre los acontecimientos. La posición de la autoridad de telecomunicaciones es una clara referencia para la ANA sobre cómo evaluar si la pérdida de un satélite es un evento fuera del control de Telefónica.

Siguiendo los criterios del Osiptel, es fácilmente verificable que Telefónica ha comprobado que el IS-29e fue afectado por una de dos causas que constituyen un fenómeno natural extraordinario, imprevisible e irresistible. Y ha quedado acreditado, también, que de manera posterior Telefónica actuó con la debida diligencia para lograr el restablecimiento del servicio. Dicha empresa considera, por tanto, que lo que operó en el caso discutido constituye un evidente evento de fuerza mayor que determina la liberación de responsabilidad de Telefónica.

Sin perjuicio de ello, y conforme a lo que señala la regulación analizada en páginas anteriores, Telefónica evalúa con detalle los presupuestos que configuran un evento de fuerza mayor: lo extraordinario, la imprevisibilidad y la irresistibilidad. En las siguientes páginas analiza estos conceptos para demostrar cómo se han cumplido en los hechos que componen este caso. Es decir, para demostrar que Telefónica ha actuado con la diligencia debida, por lo que no se le puede atribuir culpa.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Evento extraordinario

Lo que debe analizarse, por tanto, es si la pérdida del IS-29e como consecuencia del impacto de un micrometeorito o de una descarga electrostática producto de actividad climatológica solar, constituye un evento extraordinario. Por tanto, nos preguntaremos: ¿es acaso común que alguno de estos eventos genere la pérdida total de un satélite? La respuesta es negativa.

Como señalamos en los antecedentes, el IS-29e es una aeronave espacial cuyo costo de producción alcanzó los cuatrocientos millones de dólares. Este costo no solo refleja una evidente inversión en tecnología, sino también en seguridad, dado que los satélites son enviados a la órbita geoestacionaria a 36,000 kilómetros de la superficie de la tierra donde pueden enfrentarse a distintas adversidades.

La inversión en seguridad busca reducir al máximo posible las anomalías que podría sufrir y que podrían poner en riesgo al satélite. La fabricación, por tanto, se enfoca en buena cuenta en anticipar eventos adversos y evitar que generen algún daño

Los satélites son diseñados para anticipar fallas de todo tipo: eléctricas, térmicas, de comunicaciones, de direccionamiento u orientación, entre otras fallas internas. Pero es el ambiente externo el que requiere de una anticipación aún mayor, puesto que es como consecuencia de acontecimientos externos que pueden surgir eventos poco comunes o imprevistos que pongan en riesgo el satélite.

Este enfoque en la fabricación responde a que el espacio es un lugar inhóspito en general, cuyo clima es aún desconocido y difícil de predecir en gran medida por la ciencia. Esto explica, en buena cuenta, porqué los satélites tienen un

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

costo de producción tan alto: se invierte en seguridad operacional, pues están expuestos a altos riesgos.

En consecuencia, los satélites son fabricados para “resistir” el clima espacial y cuantos eventos y anomalías inhóspitas puedan anticiparse, y se le blindan contra ellos. De lo que se desprende que un evento que genere una pérdida total de un satélite es, a todas luces, un evento extremadamente extraordinario, pues acontecimientos usuales o comunes están previstos y se protege la nave espacial contra ellos.

En particular, los satélites están fabricados para resistir descargas electrostáticas que, aunque no sean eventos de ocurrencia común, pueden ocurrir tanto en la tierra como en el espacio. Y es menos común, además, que, como consecuencia de actividad climatológica solar, una descarga de este tipo pueda generar la pérdida de un satélite. Sobre todo, de un satélite de una nueva gama al que aún le restaba 80% de su tiempo estimado de vida.

Por su parte, la pérdida total por impacto de un micrometeorito es un evento aún más extraordinario que una descarga electrostática. Y es que daños mecánicos derivados del impacto de micrometeoritos son aún más raros, pues este tipo de naves son fabricadas con blindajes que las protegen de impactos que puedan producir graves daños.

Por supuesto que ello no quita que micrometeoritos puedan representar un riesgo para aeronaves (como satélites), pues por su tamaño es imposible monitorearlos. Los micrometeoritos son objetos de tamaño minúsculo: se trata de partículas de entre diez (10) y dos (2) milímetros, aproximadamente del tamaño de un grano de arena. Ello, sin embargo, no impide que puedan tener un impacto sumamente severo sobre un satélite debido a la velocidad a la que colisionan.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

La junta de expertos que evaluó los hechos que comentamos en esta demanda determinó que la pérdida del satélite se debió a uno de dos eventos: una descarga electrostática producto de actividad climatológica solar o un impacto de micrometeorito. Hechos que, de un lado, no suponen eventos comunes; y, del otro, a pesar de ser objeto de estudio y prevención, determinaron la pérdida de la aeronave. Telefónica considera que estos hechos demuestran con claridad que los eventos fueron de naturaleza extraordinaria.

Telefónica plantea otro ejemplo. Imaginar que se contrata a una persona para trasladar objetos delicados (ej. cristalería). Esta persona toma todas las precauciones posibles para cumplir su obligación: embala los bienes con cuidado y material protector; asigna a personal para que lleve las cajas entre sus manos durante el trayecto para evitar que puedan deslizarse o moverse en el vehículo durante el traslado; maneja con sumo cuidado y tarde en la noche cuando hay menos tránsito, mirando dos veces en cada cruce, esperando cada semáforo en verde y avanzando a velocidad prudente.

Sin embargo, en el camino sufre un accidente: el carro es embestido por otro desde el costado y, como consecuencia, la cristalería se rompe. ¿No estamos acaso ante un evento extraordinario? Telefónica considera que sí. La extraordinariedad radica no solo en el evento que, aunque podría ser conocido (choque), no es común; también se encuentra en que, a pesar de los esfuerzos desplegados, el evento adverso que se buscó evitar ocurrió de todos modos.

Un evento de fuerza mayor implica en la práctica una actuación diligente, que no es otra cosa que ausencia de culpa. Un choque es un evento extraordinario en tanto estadísticamente ocurre en pocos casos. Y resulta aún más extraordinario sí, a pesar de todos los esfuerzos desplegados por anticipar eventos negativos (y sus consecuencias), este aún ocurre. Bajo estas circunstancias, es un evento absolutamente extraordinario.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

Lo mismo ocurrió con el IS-29e. Existen distintos riesgos para los que los fabricantes de satélites se preparan a fin de anticiparlos, a pesar de que es poco probable que ocurran (como descargas electrostáticas producto de la actividad solar o impactos de micrometeoritos). La infraestructura de sus naves minimiza estos riesgos tanto como la tecnología y nuestro conocimiento científico permite.

Esto fue lo que hizo Intelsat al invertir cientos de millones de dólares en un satélite y encargar su fabricación a una empresa como Boeing; y es también lo que hizo Telefónica al contratar con uno de los líderes mundiales en comunicaciones satelitales. Por más que los riesgos fueran extraordinarios, se anticiparon y se procuró evitarlos.

Este conjunto de esfuerzos demuestra con claridad que la pérdida del satélite configura un evento extraordinario no solo por la ocurrencia de la anomalía que lo produjo, sino aún más por la consecuencia que tuvo. Y es que, a pesar de la inversión en prever y protegerlo de estos sucesos, el satélite aún sufrió una anomalía de tal magnitud que conllevó a la pérdida total del satélite.

En consecuencia, Telefónica concluye que la pérdida del satélite IS-29e fue consecuencia de un evento extraordinario.

Evento imprevisible

Los satélites son fabricados para soportar condiciones y eventos adversos, previendo circunstancias de todo tipo, incluso las más remotas. En ese sentido, la pregunta correcta para analizar la previsibilidad de lo ocurrido radica en si se podía prever una anomalía (sea la descarga electrostática o el impacto de un micrometeorito) de tal magnitud que las “defensas” del satélite no pudiera evitar y genere, por tanto, la pérdida total de la aeronave.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

La respuesta, en realidad, ha venido deslizándose desde el acápite anterior. El IS-29e representó una inversión millonaria que priorizó su seguridad, anticipando, según el conocimiento y avance tecnológico que existe a la fecha, todo evento que pudiera afectar de alguna manera al satélite. En otras palabras, no se deja mayor margen al error puesto que de ocurrir, la pérdida resulta sumamente costosa.

Esto es importante pues la previsibilidad, en línea con lo que, expresado por el propio OSCE, no radica simplemente en verificar si el evento podía ocurrir; está, más bien, en el cumplimiento de un estándar de diligencia, según el cual se prevé lo normalmente previsible. Para ello resulta indispensable analizar la conducta del obligado.

Si de dicho análisis se verifica que se ha actuado con diligencia, es decir, que se adoptó el estándar de cuidado que era esperable en un caso como el ocurrido, entonces podemos concluir que se cumple el requisito. Será imprevisible el caso en el que, a pesar de adoptar un estándar razonable de diligencia, no se podría haber evitado el suceso, o que para ser evitado se hubiera requerido una diligencia por encima de la estándar.

Verificar si se cumple con el estándar de diligencia en un caso como este implica prestar atención al proceso de fabricación del satélite. Y es que una vez fabricado y enviado al espacio, no existe mayor margen de actuación para evitar que un evento de fuerza mayor ocurra; este ya fue preparado para resistir cuanto evento y anomalía sea posible. Ello reduce al mínimo posible el margen de error, pues no existe posibilidad de “enmendar” alguna equivocación luego del lanzamiento del satélite.

Esto marca una importante diferencia del análisis que se podría hacer en otros casos. Como hemos visto, la imprevisibilidad no requiere cumplir con el estándar más elevado, sino con uno razonable. Quizá un evento de fuerza

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

mayor podría preverse invirtiendo el triple, pero ello no impide concluir que ha sido diligente quien invirtió la tercera parte. El estándar, por tanto, radica sobre lo que es razonablemente esperable por parte del obligado.

En un caso como el discutido, sin embargo, la diligencia empleada supera el estándar de lo razonable: se invierte lo necesario para mitigar que se materialicen incluso los acontecimientos menos probables y extremos. La seguridad, en este caso, se maximiza. Y si bien creemos que un menor grado de inversión sería considerado un estándar de diligencia razonable, el ejemplo igual resulta lo suficientemente ilustrativo como para graficar que el estándar de diligencia que existe en un caso como este es uno que muy difícilmente podría ser superado.

Por tanto, Telefónica considera que se puede verificar que la diligencia en un caso como este no solo cumple con un estándar razonable, sino que va más allá y se enfoca en la eliminación o reducción máxima de riesgos conocidos. En ese sentido, no solo se cumple con el estándar de diligencia requerido para considerar al evento imprevisible, sino que se supera largamente.

Lo anterior lleva a Telefónica a concluir que la pérdida del satélite producto de una descarga electrostática generada por la actividad climatológica solar, o del impacto de un micrometeorito, son prueba indefectible de que se trató de un evento imprevisible. Y demuestra que todo aquello que pudo ser previsto y evitado, efectivamente lo fue.

Evento irresistible

Una de las características esenciales de un evento de fuerza mayor, considerado un “acto de dios”, es precisamente que se trata de una ocurrencia ajena a todo control de las partes. Al igual que una avalancha en una montaña o un terremoto, se trata de un evento de la naturaleza sobre el cual los

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

humanos carecen de control. Resulta físicamente imposible, por tanto, considerar que era posible evitar que ocurriera una descarga electrostática o un impacto de un micrometeorito.

Pero igual de imposible de evitar fue, además, la pérdida del IS-29e. Ya ha quedado establecido que el grado de inversión en seguridad es alto a fin de prever acontecimientos adversos. Esto pues una vez que el satélite es enviado a la órbita geoestacionaria, la capacidad de maniobra sobre este es sumamente limitada.

Volvamos por un momento al ejemplo explicado páginas atrás. Si el piloto de un carro observa que otro cruza una intersección y podría chocarlo, tiene la posibilidad de intentar alguna maniobra evasiva (sea frenar, acelerar o cambiar de dirección). El hecho de estar sentado frente al volante le permitiría advertir un potencial choque y tratar de evitarlo.

Un satélite, sin embargo, no cuenta con esta ventaja. No solo porque no es “manejado” por una persona (que, por lo demás, no se encuentra físicamente presente), sino porque tampoco cuenta con la posibilidad de realizar maniobras evasivas como las de un automóvil. A ello, además, hay que sumarle un aspecto sumamente relevante: las colisiones en el espacio se dan a velocidades extremadamente altas.

Un micrometeorito, escombros o basura espacial viajan a una velocidad de 28,000 km/h (veintiocho mil kilómetros por hora). Como resulta evidente, una colisión a esta velocidad es imposible de evitar, por lo que se trata, en definitiva, de un evento irresistible.

En el caso de una descarga electrostática, se trata de un evento que tampoco se puede evitar. Es imposible evitar que partículas con cargas eléctricas positivas generen una descarga cuando entran en cercanía o contacto con otra

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

partícula de menor carga eléctrica o negativa. Se trata de un evento de la naturaleza que tampoco puede impedirse. Sobre todo, si tenemos en cuenta que fue consecuencia de la actividad climatológica nada menos que del sol.

Asimismo, como se explicó en detalle en páginas precedentes, los mecanismos de seguridad y defensa de un satélite son instalados a fin de evitar que, al ocurrir, estas descargas electrostáticas generen algún daño sobre la aeronave. De tal manera que se corrobora la irresistibilidad de que ocurra una descarga electrostática y, especialmente, de que esta genere la pérdida de un satélite, toda vez que esta pasó a pesar de que se han implementado diversas medidas de seguridad para evitar que ello ocurra.

En suma, se tiene que la pérdida del satélite se debió a una de dos posibles razones, ambas ocurrencias naturales y que acontecieron a más de 36,000 kilómetros de distancia, sin posibilidad de control alguno por parte de ningún humano que se encuentre en la tierra. No cabe duda, por tanto, de que se trató de un evento irresistible.

En páginas recientes, Telefónica explicó cómo una descarga electrostática producto de actividad climatológica solar, o el impacto de un micrometeorito, constituyen eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles. Esta es, pues, la única explicación de que aconteciera un evento que, como ha sido explicado, fue sumamente raro e inusual: la pérdida de un satélite. Y de uno al que le restaba una vida útil estimada mayor a una década.

Luego de que Intelsat reportara la pérdida inevitable del IS-29e producto de un evento de fuerza mayor, como se explicó en detalle previamente, Telefónica desplegó inmediatamente todo su esfuerzo en procurar el levantamiento de los enlaces satelitales afectados. Recuérdese que si bien la ANA vio afectadas solo cinco (5) de sus sedes, fueron más de 300 enlaces de diversos clientes de Telefónica a nivel nacional los afectados por la pérdida.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

A pesar de ello, Telefónica emprendió una actividad técnica compleja que no se detuvo hasta lograr el levantamiento del servicio:

- a. Despliegue inmediato de equipos técnicos que debían realizar el reapuntamiento de las más de 300 antenas ubicadas en cada sede afectada ubicadas en todos los rincones del Perú.
- b. Trabajo ininterrumpido del equipo técnico que realizó los trabajos eléctricos, de cableado y reasignación de frecuencias en la estación ubicada en Lurín.
- c. Arribo a cada una de las sedes afectadas de la ANA y movilización de las antenas hacia nuevo satélite asignado, así como el arreglo de equipos cuando ello fue necesario (ej. la reparación de piezas afectadas en antenas, como ocurrió en el ALA La Convención).
- d. Enlazamiento de antenas con nuevo satélite asignado y pruebas de conexión y frecuencias que aseguraron el levantamiento del servicio en las sedes afectadas.

Los servicios interrumpidos a todos los clientes de Telefónica fueron restablecidos en su totalidad en aproximadamente un mes desde que iniciaron los trabajos para lograrlo. La ANA, cliente priorizado en dicha ejecución, vio su servicio restablecido en tiempos mucho menores: una a los cinco (5) días; dos a los seis (6) días, una a los diez (10) días; y la última a los catorce (14).

Esta actividad es evidencia concreta del actuar diligente (e incesante) de Telefónica por lograr el restablecimiento del servicio de la ANA. Y, por tanto, de que la interrupción del servicio a las cinco (5) sedes afectadas de la ANA, desde la primera anomalía sufrida por el satélite IS-29e hasta que se concretaron los enlaces con el satélite Galaxy, no es imputable a Telefónica.

Por lo anterior, Telefónica sostiene que corresponde al Tribunal declarar

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

fundada la primera pretensión de la demanda, y declarar que no corresponde aplicar penalidad alguna a Telefónica por la interrupción del servicio. En consecuencia, la empresa sostiene que se deberá ordenar a la ANA reconocer a favor de Telefónica la suma de S/ 547,942.55 que fue imputada a título de penalidad, descontando los S/ 40,969.75 que Telefónica ofreció de acuerdo con lo establecido en las Condiciones de Uso según lo detallado en el numeral 118 y siguientes.

Asimismo, Telefónica sostiene que se le deberá ordenar a la ANA asumir el pago íntegro de las costas y costos de este proceso; en la medida que, a pesar de haberse demostrado con claridad la ocurrencia de un evento de fuerza mayor, lo cual fue explicado en más de una oportunidad a la ANA, esta ni siquiera estuvo dispuesta a evaluar cuando Telefónica explicó las razones de la interrupción del servicio.

Esta negativa obligó a Telefónica a recurrir a la vía arbitral a fin de ver tutelados sus derechos y cumplidas las disposiciones legales que regulan el Contrato celebrado entre las partes. Telefónica considera que estos costos, por tanto, deberán ser asumidos por la ANA.

5.3. Posición de la AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA:

ANTECEDENTES:

La DEMANDANDA expone que, con fecha 24 de julio de 2017, la Autoridad Nacional del Agua suscribió el Contrato N° 027-2017-ANA-0A con la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante el Contratista), para la contratación del Servicio de Solución Integrada de Comunicaciones de Datos (Red MPLS) y Salida a Internet para la Autoridad Nacional del Agua (Sede Central y Órganos Desconcentrados) ítem N° 2: Interconexión de Sedes, por el monto de S/ 14'044,312.80 (Catorce millones cuarenta y cuatro mil trescientos doce con

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

80/100 Soles) y un plazo de ejecución de treinta y seis (36) meses a partir de la suscripción del acta de implementación e inicio del servicio, que culminó el 21 de diciembre del 2020.

Durante la ejecución del referido contrato, se aplicó al Contratista la penalidad por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales referida a la "Desviación Total del Servicio", de acuerdo a lo informado por la Dirección del Sistema Nacional de Información de Recursos Hídricos, área usuaria del mencionado servicio, mediante el Informe N° 034-2019-ANA-DSNIRH/EWPM y el Memorando N° 374-2019-ANADSNIRH, ambos de fecha 29 de abril de 2019.

Mediante Carta N° 129-2019-ANA-CA, de fecha 3 de mayo de 2019, se comunicó al Contratista, la aplicación de Otras Penalidades por el periodo comprendido entre el 22 de marzo al 21 de abril del 2019, por el monto de S/.545,753,37 (Quinientos cuarenta y cinco mil setecientos cincuenta y tres con 37/100 Soles).

Posición de la Entidad

Estando a las pretensiones formuladas en la demanda arbitral, resulta necesario precisar que el Contrato N° 027-2017-ANA-0A suscrito con Telefónica del Perú S.A.A. proviene del procedimiento de selección Concurso Público N° 003-2017-ANA, convocado para la contratación del Servicio de Solución Integrada de Comunicaciones de Datos (Red MPLS) y Salida a Internet para la Autoridad Nacional del Agua (Sede Central y Órganos Desconcentrados).

En las Bases Integradas del mencionado Concurso Público se establecieron las reglas definitivas del procedimiento de selección, así como para la ejecución del contrato derivado del mismo.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

En el numeral 3. "Objetivo" de los Términos de Referencia de las Bases Integradas se establece de manera clara que: "La Autoridad Nacional del Agua requiere contratar los servicios de internet y de enlace dedicado mediante un enlace simétrico, con herramientas de monitoreo en tiempo real del servicio en las localidades descritas en el cuadro que se detalla adjunto en el presente documento. El servicio se contratará bajo la modalidad de 24 x 7 x 365 por un período de 36 meses. (...)"

Debido a lo antes mencionado, los mismos términos de referencia establecieron la aplicación de Otra Penalidad, distinta a la penalidad por mora, para el Ítem N° 2: Interconexión de Sedes, referida a la desviación de la disponibilidad para cada sitio o sede establecidas en los términos de referencia. Dicha penalidad fue incorporada en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato N° 027-2017-ANA-0A, referida a las Penalidades.

En la oferta presentada por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. durante el procedimiento de selección Concurso Público N° 003-2017-ANA, se adjuntó el Anexo N° 03 Declaración Jurada de Cumplimiento de los Términos de Referencia, en la cual se indica que "luego de haber examinado las bases y demás documentos del procedimiento de la referencia y, conociendo todos los alcances y las condiciones existente, el postor que suscribe ofrece el Servicio de Solución Integrada de Comunicación de Datos (Red MPLS) y Salida a Internet para la Autoridad Nacional del Agua (Sede Central y órganos Desconcentrados) ítem 2: Interconexión de Sedes, de conformidad con los Términos de Referencia que se indican en el numeral 3: 1 del Capítulo 111 de la sección específica de las bases y los documentos del procedimiento".

En tal sentido, el ANA sostiene que el Contratista tenía pleno conocimiento de los alcances del servicio y que las condiciones del mismo establecieron un mínimo de disponibilidad que en caso no fuese cumplido estaba sujeto a la

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

aplicación de penalidades (Otras Penalidades) por parte de la Entidad.

Sobre la Primera Pretensión Principal de la Demanda

A través de la primera pretensión principal, el Contratista solicita que se declare a la interrupción del servicio como un evento calificable como caso fortuito o fuerza mayor.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el artículo 1315 del Código Civil, aplicado supletoriamente en los contratos que se ejecutan bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, establece que "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".

Asimismo, corresponde hablar de "caso fortuito" como aquella situación o circunstancia derivada de un hecho natural, de modo tal que a nadie puede imputarse su origen, mientras que la "fuerza mayor" ha sido vinculada a una intervención irresistible de la autoridad o de terceros. Así, son ejemplos típicos de caso fortuito y de fuerza mayor, respectivamente, un terremoto o lluvias (o cualquier desastre producido por fuerzas naturales), para el primer supuesto y, para el segundo supuesto, una expropiación (mediante la dación de una Ley por parte del Poder Legislativo) o un paro regional'.

En tal sentido, el Contratista solicita que la interrupción del servicio brindado mediante Enlace Satelital sea considerada como un Caso Fortuito, pues la "anomalía" que causó que el satélite deje de funcionar no sería imputable a nadie, al haberse tratado presuntamente del "impacto de un micrometeorito o una descarga electrostática solar".

Pese a lo antes mencionado, la ANA sostiene que debe considerarse que aun

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

cuando el evento que ocasionó que el satélite deje de funcionar no es imputable al Contratista, éste no puede ser calificado como "imprevisible", pues al haberse puesto un equipo como el satélite en el espacio, no es posible afirmar que éste no podía sufrir de algún tipo de desperfecto o siniestro, que cause que deje de funcionar.

En consecuencia, conector de que el satélite del cual dependía la prestación de sus servicios, no solo para la ANA sino también a sus múltiples usuarios a nivel continental o mundial, se encontraba constantemente expuesto a un posible siniestro, dicha entidad considera que no resulta lógico y/o posible que una empresa tan grande como lo es Telefónica no cuente con un plan de contingencia y/o respaldo que le permita hacer frente a dichas eventualidades; de ser ese el escenario. Nos encontraríamos frente a una clara falta de diligencia por parte del Contratista, que no puede ser encubierta o disimulada por el un supuesto caso fortuito o de fuerza mayor.

Por otro lado, si bien es cierto que, a efectos de justificar el incumplimiento incurrido, el Contratista hace alusión al siniestro que habría sufrido el satélite de propiedad de la empresa INTELSAT S.A., de la lectura y revisión de los argumentos de la demanda, así como los medios probatorios aportados por el Contratista, la ANA sostiene que no se advierte o verifica elemento probatorio alguno que acredite fehaciente o irrefutablemente el vínculo contractual o comercial entre TELEFONICA DEL PERÚ S.A.A. y la empresa INTELSAT S.A. para la provisión o contratación del dicho satélite. De esta manera, si bien resultaría ser cierto que el satélite IS-29e sufrió un siniestro, no podría afirmarse que tal siniestro estaría directamente relacionado con la interrupción del servicio contratado.

Finalmente, se deberá tener en cuenta que las penalidades aplicadas por la ANA corresponden al periodo comprendido entre el 22 de marzo al 21 de abril del 2019, periodo por demás extenso al cual el Contratista alega haber sufrido

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

la interrupción en el servicio producto del siniestro de un satélite.

En ese sentido, no existiendo certeza de que la interrupción del servicio contratado realmente obedezca al siniestro del satélite IS-29e, pues conforme hemos señalado no existe documento alguno que acredita la existencia de una relación contractual o comercial entre el Contratista y la compañía propietaria del satélite en cuestión, la ANA concluye que el incumplimiento imputado no se encuentra justificado, por lo que, solicita al Tribunal Arbitral declarar infundada la primera pretensión principal de la demanda.

Sobre la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal

En cuanto a esta pretensión, tal y como la ANA señaló líneas arriba, los términos de referencia de la contratación del Servicio de Solución Integrada de Comunicaciones de Datos (Red MPLS) y Salida a Internet para la Autoridad Nacional del Agua (Sede Central y Órganos Desconcentrados) Ítem N° 2: Interconexión de Sedes establecían las condiciones del mismo y los supuestos considerados como infracciones pasibles de aplicación de penalidad (Otras Penalidades).

En tal sentido, la ANA concluye que el Contratista no puede afirmar que ha cumplido con las condiciones del Contrato N° 027-2017-ANA-0A, en lo referente a las penalidades por la desviación (interrupción) del servicio, pues como se ha demostrado por el mismo Contratista, del 7 al 24 de abril del 2019, no cumplió con el servicio en aquellas sedes que tenían Enlace Satelital.

Sobre la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal

Al respecto, la ANA señala aplicó al Contratista, la penalidad establecida en los Términos de Referencia y el Contrato N° 027-2017-ANA-0A, por la desviación del servicio desde el 7 al 24 de abril de 2019, ascendente a

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

S/.545,753.37 (Quinientos cuarenta y cinco mil setecientos cincuenta y tres con 37/100 Soles).

Para realizar el cálculo de la penalidad antes mencionada, la ANA explica que tuvo en cuenta lo informado por la Dirección del Sistema Nacional de Información de Recursos Hídricos, área usuaria del servicio, la cual manifestó que el Contratista había incurrido en la desviación del servicio.

En tal sentido, la ANA concluye que no es cierto que se haya aplicado la penalidad al Contratista de manera indebida, pues la Unidad de Abastecimiento y Patrimonio realizó el cálculo de acuerdo a lo informado por el área usuaria y teniendo en cuenta las condiciones y criterios para la aplicación de la penalidad establecidos en los términos de referencia y en el Contrato N° 027-2017-ANA-CA.

Sobre la Segunda Pretensión Principal de la Demanda

Como la ANA manifestó en los párrafos precedentes, la penalidad aplicada al Contratista obedece a las condiciones de la contratación, habiendo sido calculada conforme lo informado por el área usuaria.

En tal sentido no es posible realizar la devolución de la penalidad aplicada y que se reemplace por el monto de S/.40,969.75 (Cuarenta mil novecientos sesenta y nueve con 75/100 Soles), pues ambos montos obedecen a conceptos distintos.

Así pues, resulta necesario señalar que la penalidad aplicada al Contratista se encuentra regulada en el artículo 134° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, según el cual: "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

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

proporcionales con el objeto de la contratación, Para estos efectos, deben incluir los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar (...)."

En esa línea de ideas, la ANA cita la definición de Morón Urbina: "la cláusula penal o simplemente penalidad es un pacto accesorio en beneficio de la entidad por el cual se crea una obligación destinada a fijar la reparación económica para el caso de incumplimiento (total o parcial)".

En tal sentido, la penalidad se encuentra establecida dentro de la contratación estatal como aquel mecanismo para reparar económicamente a la Entidad, en aquellos casos de incumplimiento por parte del Contratista.

Por otro lado, el monto al que hace referencia el Contratista se encuentra regulado en la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD-OSIPTEL, que aprueba el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones y tiene por objeto establecer las obligaciones y derechos de las empresas operadoras, abonados y usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, y constituye el marco normativo general dentro del cual se desenvolverán las relaciones entre ellos.

La norma antes mencionada establece en su artículo 93° la "Compensación en caso de interrupción" para aquellos casos que, por causas no atribuibles a las partes, se suspendan los servicios de algún circuito, salvo en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor siempre que el arrendador hubiera actuado diligentemente.

Por tanto, la ANA solicita al Tribunal Arbitral declarar infundada la segunda pretensión principal de la demanda arbitral incoada por el Contratista.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Sobre la Tercera Pretensión Principal de la Demanda

Estando a que la penalidad impuesta por la Entidad se encuentra acorde a las condiciones y fórmula establecida en los Términos de referencia, el Contrato y lo dispuesto en la normativa de Contrataciones del estado, concerniente a la aplicación de las Otras Penalidades.

Asimismo, habiendo demostrado que el incumplimiento del Contratista no fue producto de un caso fortuito, pues no se ha determinado que el hecho que determino la interrupción del servicio de enlace satelital cumpla con la condición de haber sido imprevisible para el contratista; y que no se ha demostrado irrefutablemente la existencia de una relación contractual de dependencia entre el satélite en cuestión y el servicio prestado por el Contratista; la ANA concluye que resulta completamente claro que la demanda de Telefónica carece de mérito alguno; por lo que, corresponde al Contratista asumir la totalidad de los gastos arbitrales que irroguen como consecuencia de la tramitación del presente proceso arbitral.

VI. DECISIONES ADOPTADAS EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL. -

6.1. Mediante Orden Procesal N° 1 de fecha 18 de noviembre de 2020, el Tribunal Arbitral resolvió:

- FIJAR las reglas del arbitraje en los términos establecidos en la orden procesal.
- OTORGAR a la parte demandante un plazo de veinte (20) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de notificada con la orden procesal, para que presente su demanda.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

- OTORGAR a la parte demandada un plazo de diez (10) días hábiles para que cumpla con acreditar el Registro en el SEACE de los nombres de los miembros del Tribunal Arbitral y del/de la secretario/a arbitral, de conformidad con lo dispuesto por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- Se estableció el calendario procesal.

Admisión de Pruebas:

6.2. De conformidad con lo establecido en el numeral 27 de las reglas del proceso contenidas en la Orden Procesal N° 1 de fecha 18 de noviembre de 2020, se estableció que toda prueba se entiende incorporada al arbitraje desde su presentación, sin necesidad de una declaración de admisibilidad por parte del Tribunal Arbitral; salvo que una parte presente una objeción, en cuyo caso se cuenta con un plazo de cinco (5) días hábiles para su absolución. El Tribunal Arbitral deberá resolver dicha objeción dentro de los diez (10) días hábiles de absuelta la objeción. Dicho plazo no afecta la continuidad del arbitraje y su calendario procesal.

6.3. Por lo que, se admitieron las pruebas presentadas por las partes:

- En cuando a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., los medios probatorios ofrecidos en el escrito de la demanda, detallados en el Primer Otrosí Decimos.

- Por otro lado, respecto a la AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA, los medios probatorios ofrecidos en el escrito de contestación de demanda, detallados en el acápite D denominado "MEDIOS PROBATORIOS".

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

VII. AUDIENCIA ÚNICA

7.1. Con fecha 24 de febrero de 2021, se llevó a cabo la Audiencia Única. En dicho acto, el Tribunal Arbitral concedió el uso de la palabra a las partes, a fin de que sustenten sus alegatos y conclusiones sobre la controversia; quienes informaron y respondieron las preguntas del Tribunal Arbitral. Seguidamente, el Tribunal Arbitral otorgó réplica a la parte demandante, concediéndose luego dúplica a la parte demandada.

VIII. ALEGATOS FINALES

8.1. Conforme lo previsto en el Calendario Procesal contenido en la Orden Procesal N° 1, tanto Telefónica como la ANA presentaron sus escritos de alegatos finales el 10 de marzo de 2021.

IX. SOBRE EL PLAZO PARA LAUDAR

9.1. Mediante Orden Procesal N° 2, notificada a ambas partes el 26 de abril de 2021, se precisó que el plazo para laudar de cincuenta (50) días hábiles vencería el 28 de mayo de 2021, de conformidad al calendario procesal.

X. CUESTIONES PRELIMINARES. -

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente:

- i) El presente proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

- ii) En ningún momento se interpuso recusación contra los miembros del Tribunal Arbitral, o se efectuó algún reclamo contra las reglas procesales establecidas en la Orden Procesal N° 1 de fecha 18 de noviembre de 2020.
- iii) La DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso.
- iv) Por su parte la DEMANDADA fue debidamente emplazada, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa.
- v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos.

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 árbitro respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada.

Asimismo, el Tribunal Arbitral hace notar que, de conformidad con lo establecido en la Orden Procesal N° 1, 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 No. 1071.

Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que “(...) *la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de*

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

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, procediendo con el análisis de los puntos controvertidos.

XI. ANÁLISIS. -

CONSIDERANDO:

- 1.** El presente proceso arbitral se deriva de las controversias surgidas del Contrato N° 27-2017-ANA-OA para la CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE SOLUCION INTEGRADA DE COMUNICACIONES DE DATOS (RED MPLS) Y SALIDA A INTERNET PARA LA AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA (SEDE CENTRAL Y ORGANOS DESCONCENTRADOS), suscrito entre la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., parte demandante, y la AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA, parte demandada.
- 2.** 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 196º 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

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.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

- 3.** Los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo con los principios generales de la prueba referidos en párrafos anteriores; los mismos que se encuentran recogidos en el artículo 188º del Código Procesal Civil.

Por su parte, el artículo 43º del Decreto Legislativo No. 1071 otorga a los árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas, siempre que la valoración sea realizada en forma conjunta y utilicen su apreciación razonada.

SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Solicitamos que se declare que las interrupciones al servicio de cinco (5) sedes de la ANA derivadas de la pérdida del satélite IS-29-e, ocurridas entre el 7 de abril y el 24 de abril de 2019, constituyen eventos calificables como caso fortuito o fuerza mayor.

- 4.** Sobre la pretensión, se tiene que el centro de la controversia radica en determinar si el evento de pérdida del satélite IS-29-e que generó que la demandante no pueda brindar el servicio contratado a la Entidad por el periodo del 07 al 24 de abril de 2019 constituye un caso fortuito o fuerza mayor.

• **Aspecto previo**

- 5.** No obstante, de forma previa, es necesario analizar un argumento previo expuesto por la Entidad en relación con que el Contratista, no ha probado o acreditado fehaciente o irrefutablemente el vínculo contractual o comercial entre

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

TELEFONICA DEL PERÚ S.A.A. y la empresa INTELSAT S.A. para la provisión o contratación del dicho satélite.

- 6.** En principio, debemos señalar que conforme se tiene de las Bases Integradas del proceso de selección que dio origen al contrato objeto del presente proceso, el servicio podía brindarse a través de fibra óptica (conexión física por una red) o a través de un enlace satelital (conexión inalámbrica por antenas y un satélite), conforme se aprecia a continuación:

➤ Los enlaces deberán ser simétricos y dedicados sin utilizar esquemas de acceso compartido o acceso del tipo asimétrico. El medio de transmisión debe ser Fibra Óptica aérea o subterránea, o en el caso de no contar con factibilidad técnica enlaces satelitales. Estos enlaces deberán disponer de capacidad de crecimiento de ancho de banda para las ampliaciones que solicite la entidad. La capacidad de crecimiento requerida por enlace 50% sobre la capacidad instalada. La solicitud de crecimiento la hará la Autoridad Nacional del Agua, a través de la Oficina del Sistema Nacional de Información de Recursos Hídricos (SNIRH) y la Oficina de Administración (OA) y deberá coordinar con el proveedor los plazos de atención de dicha ampliación.

- 7.** Ahora, de la revisión de las bases integradas del proceso de selección, se advierte que la contratación se dio a fin de realizar interconexión de sedes, tales como, las siguientes:

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez



CONCURSO PUBLICO N° 003-2017-ANA
SOLUCION INTEGRADA DE COMUNICACIONES DE DATOS (RED MPLS)
Y SALIDA A INTERNET PARA LA AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA
(SEDE CENTRAL Y ORGANOS DESCONCENTRADOS)

TABLAN° 01

SEDES ALA:

Sede	Dirección	BW (Mbps)	Garantizado	DISPONIBILIDAD
ALA ALTO AMAZONAS	CALLE: MARISCAL CASTILLA N° 609 - 611 - YURIMAGUAS	2	100%	99.00%
ALA ALTO APURIMAC-VELILLE	CALLE GRAU N° 109 - YAURI - ESPINAR	2	100%	99.00%
ALA ALTO HUALLAGA	PASAJE ILLATHUPAC N° 141- HUANUCO	2	100%	99.00%
ALA ALTO MARAÑON	Jr. Lima N° 350 - Llata - Huamalies - Huánuco	2	100%	99.00%
ALA ALTO MAYO	CARRETERA FERNANDO BELAUNDE TERRY KM. 1.5 RIOJA - SAN MARTIN	2	100%	99.00%
ALA ALTO PIURA HUANCABAMBA	Jr. Lima s/n. Agencia Agraria Chulucanas- Piura	2	100%	99.00%
ALA ATALAYA	JR. BUENOS AIRES N° 510 - 512 Distrito Raymondi - Atalaya - Ucayali	2	100%	99.00%
ALA AYACUCHO	Av. Independencia N° 604 (Local de la DRAG Ayacucho) Huamanga-Ayacucho	2	100%	99.00%
ALA BAGUA SANTIAGO	Jr. 28 de Julio N° 300 - Bagua - Amazonas	2	100%	99.00%
ALA BAJO APURIMAC - PAMPAS	AV. LEONCIO PRADO N° 428- 430 - SAN JERONIMO- ANDAHUAYLAS	2	100%	99.00%
ALA BARRANCA	URB. SAN ILDEFONSO CALLE SAN HILARION LTE. 17 MZA. F - BARRANCA	2	100%	99.00%
ALA CAJAMARCA	Jr. Ayacucho N° 501 - Cajamarca - Cajamarca	2	100%	99.00%
ALA CAMANA MAJES	URB. SANTA ELSA B6 CERCADO- CAMANA - AREQUIPA	2	100%	99.00%
ALA CAPLINA - LOCUMBA	AGRUPAMIENTO ALFONSO UGARTE I ETAPA Mz. G-3 Lte 45 DISTRITO GREGORIO ALBARRACIN - TACNA	2	100%	99.00%
ALA CASMA HUARMEY	Av. Nicolas de Pierola S/N Casma - Ancash	2	100%	99.00%
ALA CHANCAY HUARAL	Calle Las Orquídeas N°237, Residencial Huaral - Huaral	2	100%	99.00%
ALA CHANCAY LAMBAYEQUE	Av. Salaverry N° 415 - Urb. Los Parques - Chiclayo	2	100%	99.00%
ALA CHAPARRA ACARI	CALLA MIGUEL GRAU S/N- ACARI-CARAVELI-AREQUIPA	2	100%	99.00%
ALA CHICAMA	Av. Panamericana Norte N° 903- Paján - Ascope - La Libertad	2	100%	99.00%
ALA CHILI	URB. COLEGIO DE INGENIEROS Mza OTROS FINES SUB LOTE C - CERRO COLORADO- AREQUIPA	2	100%	99.00%
ALA CHILLÓN RIMAC LURIN	AV. PETIT THOUARS N° 2804-2808 - SAN ISIDRO	2	100%	99.00%
ALA CHINCHIPE CHAMA YA	Calle Santa Rosa N° 420- Jaén - Cajamarca	2	100%	99.00%
ALA CHIRA	Av. Champagnac No 132, Sullana	2	100%	99.00%
ALA CHOTANO LLAUCANO	Jr. Fray José Arana N° 485- Chota- Cajamarca	2	100%	99.00%
ALA COLCA SIGUAS CHIVAY	FUTURO MAJES Mza P Lte 17 - PEDREGAL - MAJES - AREQUIPA	2	100%	99.00%
ALA CRISNEJAS	Jr. Bolognesi N° 1026 - Cajabamba - Cajamarca	2	100%	99.00%
ALA CUSCO	URB. SANTA ROSA . AV. GASTÓN ZAPATA N°404-DIST. WANCHAQ- PROV. CUSCO-DEPTO CUSO	2	100%	99.00%
ALA GRANDE	AV. LA CULTURA S/N- BISAMBRA-NASCA	2	100%	99.00%

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

- 8.** Conforme lo ha indicado la demandante, para algunas sedes donde no se contaba con fibra óptica se dio el servicio a través de un enlace satelital (conexión inalámbrica por antenas y un satélite), por ello, resulta lógico y razonable que Telefónica haya contratado a empresas que brinden el servicio de comunicaciones de un satélite para ejecutar el contrato.
- 9.** En atención a ello, es importante establecer que resulta razonable que la demandante haya tenido que contratar a la empresa Intelsat, como se aprecia incluso de la publicación de fecha 10 de abril de 2019 (que se presentó como Anexo A-14 en la demanda) que se cita a continuación:

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Comunicado

13 departamento del Perú afectados en Telefonía Fija y Móvil, por anomalía en Satélite

Empresa Telefónica envía comunicado, indicando que vienen trabajando para restablecer el servicio en las localidades afectadas.



POR JOSÉ MONTALVO | © 10/04/2019 - 08:51 | TECNOLOGÍA | (1642) VISTA(S)



Lima.- La empresa Telefónica del Perú a través de un comunicado informa sobre las anomalías de un Satélite que está afectando el buen servicio de telefonía Fija y Móvil en 13 departamentos del Perú.

Comunicado

Telefónica, informa a sus clientes y al público en general que desde las 22:04 horas del domingo 07 de abril se registró la afectación de servicios de telefonía fija y móvil en diversos distritos ubicados en 13 departamentos del Perú. Esta afectación se debe a un problema con el satélite Intelsat-IS29E, cuyo sistema de propulsión ha sufrido un desperfecto. Personal de la empresa viene trabajando en la solución y la recuperación de los servicios, que serán informados de forma oportuna.

Tribunal Arbitral

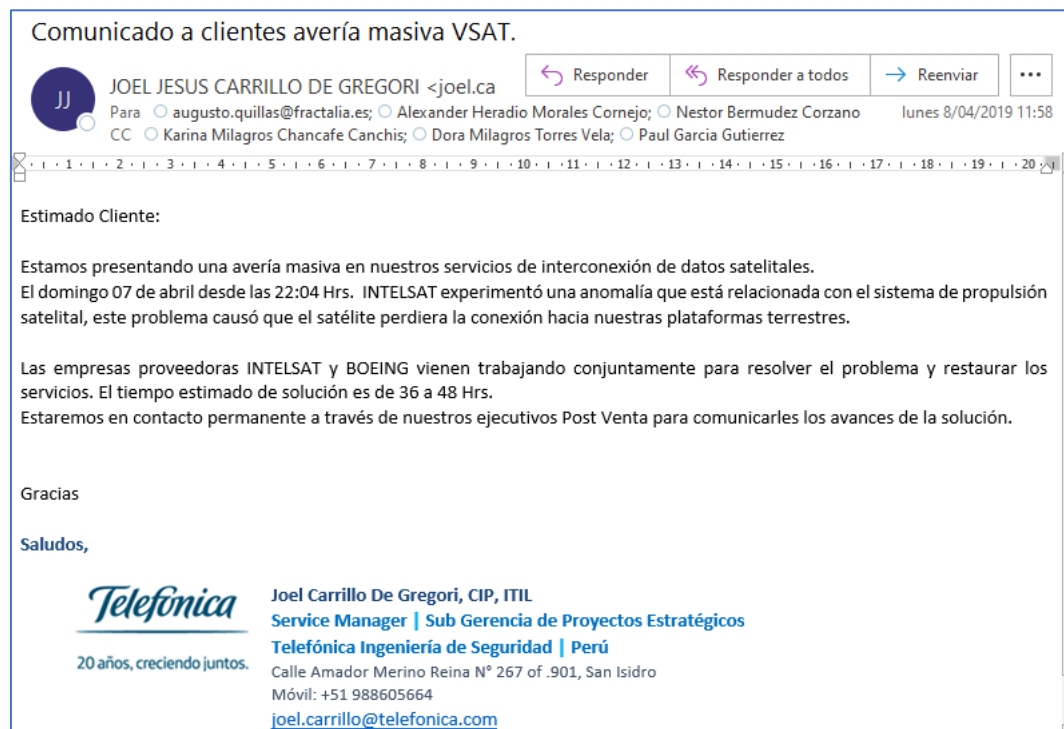
Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

10. Por ello, resulta evidente que la situación de contratación de la empresa Intelsat y la problemática generada por la afectación en los servicios de la demandante eran de conocimiento público.

11. Por otro lado, conforme se aprecia del correo electrónico de fecha 08 de abril de 2019 (presentado como anexo A-17 en la demanda), dicha situación fue puesta a conocimiento directo de la demandada, como se puede advertir de la siguiente imagen:



12. Por lo expuesto, no resulta coherente que, en el presente proceso, pese a que la Entidad tenía pleno conocimiento de la contratación de la empresa Intelsat y de la avería del satélite IS29E, se desconozca de este hecho y se sustente que el demandante no ha probado o acreditado fehaciente o irrefutablemente el

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

vínculo contractual o comercial entre TELEFONICA DEL PERÚ S.A.A. y la empresa INTELSAT S.A. para la provisión o contratación del dicho satélite.

13. Tal es así, que en la Carta 253-2019-ANA-OA notificada el 24 de junio de 2019 (presentada como anexo A-26 en la demanda), la Entidad se ratifica en la aplicación de penalidades, habiendo conocido de los hechos de la contratación de la empresa Intelsat y de la avería en el satélite IS29E.

14. Ahora, como se puede apreciar de la referida comunicación, la Entidad en dicha oportunidad no cuestionó o no requirió a la demandante que pruebe o acredite fehaciente o irrefutablemente el vínculo contractual o comercial entre TELEFONICA DEL PERÚ S.A.A. y la empresa INTELSAT S.A., para la provisión o contratación del dicho satélite, dado que, ya conocía de este hecho y su no objeción a criterio de este Colegiado no puede generar que en este proceso se cuestione ello. Por lo que, este argumento no puede ser atendido.

• **Sobre la aplicación del Código Civil al presente caso**

15. La cláusula Décimo Sexta del Contrato establece la posibilidad de la aplicación supletoria del Código Civil al presente caso en lo no previsto en la Ley de Contrataciones y en su Reglamento, así, se aprecia a continuación:

CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado 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.

Se incluirá la Resolución de Concejo Directivo N° 138-2012-CD/DSIPTEL

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

16. Asimismo, la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado ha reconocido 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, (...)”².

17. Por lo que, resulta claro que, para el presente caso, es posible la aplicación supletoria del Código Civil ante la no regulación de la figura del caso fortuito o fuerza mayor en la Ley de Contrataciones del Estado.

- **Sobre si los hechos califican de caso fortuito o fuerza mayor**

18. Como se ha señalado el centro de la controversia se resume en determinar si el evento de pérdida del satélite IS-29-e que generó que la demandante no pueda brindar el servicio contratado a la Entidad por el periodo del 07 al 24 de abril de 2019 constituye un caso fortuito o fuerza mayor.

19. El artículo 1315° del Código Civil prescribe que 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.

20. Así, para que un evento se configure en un caso fortuito o fuerza mayor debe de reunir los presupuestos de extraordinario, imprevisible e irresistible, en atención a ello, corresponde evaluar si en el presente caso se dan los presupuestos antes mencionados:

² Este criterio ha sido establecido en las Opiniones N°s. 107-2012/DTN, 130-2018/DTN y 001-2020/DTN.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

- **Extraordinario:**

Es 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. Lo extraordinario es, pues, lo que atenta o irrumpe en el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrándolos. Invade temporalmente el espacio de lo común, de lo ordinario³.

Sobre este presupuesto cabe precisar que la Entidad no ha cuestionado su configuración, no obstante, es necesario precisar que de lo aportado por las partes en el proceso arbitral se aprecia que la pérdida de un satélite como consecuencia del impacto de un micrometeorito o de una descarga electrostática producto de actividad climatológica solar, constituye un evento poco usual.

Así, tenemos que el daño producido por un micrometeorito es un hecho raro que no resulta común en la actividad diaria⁴.

Con lo cual, resulta diáfano que estamos ante un hecho extraordinario.

³ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario (2008). Compendio de derecho de las obligaciones. Lima: Palestra, pp. 828-829.

⁴ “Incluso daño mecánico a una nave espacial derivado de micrometeoritos o escombros espaciales puede causar problemas que inicialmente se manifiestan como anomalías de la nave, aunque este tipo de eventos son relativamente raros.”

Traducción libre del siguiente texto:

“Even mechanical spacecraft damage from micrometeoroids or space debris can cause issues that initially manifest as spacecraft anomalies, though such events are relatively rare.”

GALVAN, David, HEMENWAY, Brett, WELSER IV, William y Dave BAIOCCHI. Satellite anomalies. Benefits of a Centralized Anomaly Database and Methods for Securely Sharing Information Among Satellite Operators. RAND Corporation. 2014. p. 12.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

- **Imprevisible:**

El hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria. En otras palabras, el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, lo que equivale a decir que el acreedor puede exigir un nivel mínimo de previsión. Para ello debemos determinar qué constituye este factor o índice de previsión del que se parte para ingresar en el terreno de la imputabilidad⁵.

En relación con este presupuesto, la Entidad si ha hecho un cuestionamiento al señalar que, al haberse puesto un equipo como el satélite en el espacio, no es posible afirmar que éste no podía sufrir de algún tipo de desperfecto o siniestro, que cause que deje de funcionar.

Sobre este aspecto, es importante considerar lo expuesto por el demandante en relación con que el satélite IS-29e es una aeronave espacial cuyo costo de producción alcanzó los cuatrocientos millones de dólares, costo que no solo refleja una evidente inversión en tecnología, sino también en seguridad.

Asimismo, se tiene presente que, según bibliografía especializada, los satélites están diseñados para tolerar una dosis total sobre cierto tiempo de vida, con buenos márgenes de seguridad⁶.

⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario (2008). Compendio de derecho de las obligaciones. Lima: Palestra, p. 829.

⁶ EASTWOOD, J.P, BIFFIS, E., HAPGOOD, M.A., GREEN, L., BISI, M.M., BENTLEY, R.D., WICKS, R., MCKINNELL, L.-A, GIBBS, M. y C. BURNETT. "The economic impact of space weather: where do we stand?" En: Risk Analysis, Vol. 37, No. 2, 2017. p. 211.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Con lo cual, resulta claro que los satélites se fabrican con adecuada seguridad teniendo en cuenta el ambiente en el que se encontrarán.

En ese sentido, el evento objeto de análisis sí constituye uno imprevisible porque escapa a la aptitud normal de previsión que se tiene para este tipo de actividades (fabricación y puesta en órbita de un satélite).

- **Irresistible:**

El que un evento sea irresistible quiere decir que la persona (en este caso el deudor) es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga, su acaecimiento. Esta noción tampoco es simple, aunque a primera vista lo aparenta. Reviste también peculiaridades o complejidades que es menester tomar en consideración a fin de no incurrir en arbitrariedades. Un factor de suma relevancia es el económico, por ejemplo. Para un deudor con recursos, es más factible —en determinados casos— afrontar un obstáculo que para otro que carece de ellos. La imposibilidad, entonces, muchas veces resulta relativa. Va a depender, una vez más, de las condiciones personales del deudor, situación que se debe evaluar a la luz de un criterio que no adolezca de estrechez⁷.

En el presente caso, atendiendo a que el lugar de ubicación del satélite se encuentra en el espacio, resulta diáfano advertir que el evento es irresistible al no existir forma como el demandante pueda haber impedido su ocurrencia, dado que, directamente, Telefónica no era la responsable de la operación del satélite y por su ubicación fuera de todo ámbito que haya permitido a dicha parte poder hacer algo para evitar el daño.

⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario (2008). Compendio de derecho de las obligaciones. Lima: Palestra, p. 830.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Por ello, resulta claro que estamos ante un evento que se configura como un caso fortuito, al responder a hechos de la naturaleza y que cumplen con los presupuestos de extraordinario, imprevisible e irresistible.

21. En atención a ello, resulta diáfano establecer que las interrupciones al servicio de cinco (5) sedes de la ANA derivadas de la pérdida del satélite IS-29-e, ocurridas entre el 7 de abril y el 24 de abril de 2019, constituyen eventos calificables como caso fortuito.

• **Sobre el periodo de penalidades y el periodo de caso fortuito**

22. Habiéndose establecido que el evento objeto de análisis es uno de caso fortuito, es importante establecer que conforme lo ha indicado la propia demandante este evento únicamente ha afectado a la ejecución del servicio en el periodo del 7 al 24 de abril de 2019.

23. No obstante, conforme se puede apreciar de la CARTA N° 129-2019-ANA-OA de fecha 03 de mayo de 2019, la Entidad ha aplicado penalidades al demandante por el periodo del 22 de marzo al 21 de abril de 2019, como se aprecia a continuación:



(CONTINÚA EN LA PÁGINA SIGUIENTE)

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

 **PERÚ** Ministerio de Agricultura y Riego 

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

Lima, 03 MAYO 2019 CUT: 75319 -2019

CARTA N° 129 -2019-ANA-OA

Señores
TELEFONICA DEL PERU S.A.A.
Av. Benavides N° 661 1° piso
Miraflores.-

Asunto : Aplicación de Penalidades

Referencia: Contrato N° 027-2017-ANA-OA

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, con relación al contrato de la referencia, suscrito con su representada para la contratación del servicio de "Solución Integrada de Comunicaciones de Datos (Red MPLS) y Salida a Internet para la Autoridad Nacional del Agua (Sede Central y Órganos Desconcentrados) Ítem N° 2: Interconexión de Sedes".

Según lo informado por la Dirección del Sistema Nacional de Información de Recursos Hídricos, mediante Memorando N° 374-2019-ANA-OA-DSNIRH y el Informe N° 034-2019-ANA-OA-DSNIRH/EWPM, durante la ejecución del mencionado servicio, en el periodo comprendido entre el 22 de marzo al 21 de abril de 2019 su representada ha incurrido en incumplimiento de su prestación por la "Desviación Total del servicio", debiendo aplicarse las penalidades establecidas en la Cláusula Décimo Tercera "Otras Penalidades" del citado contrato, de acuerdo al siguiente detalle:

- 24.** En ese sentido, atendiendo a que el evento calificado como caso fortuito solo ha afectado el servicio por el periodo del 07 al 24 de abril de 2019, corresponde precisar que este Colegiado únicamente puede establecer que las interrupciones al servicio de cinco (5) sedes de la ANA derivadas de la pérdida del satélite IS-29-e, ocurridas entre el 7 de abril y el 24 de abril de 2019 son producto del caso fortuito, por lo que, las afectaciones que se hayan dado en periodo anterior al 07 de abril no se pueden calificar como un evento de caso fortuito.

(CONTINÚA EN LA PÁGINA SIGUIETE)

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

- **Conclusión**

- 25.** Atendiendo a lo expuesto en el desarrollo precedente, corresponde amparar la pretensión y declarar que las interrupciones al servicio de cinco (5) sedes de la ANA derivadas de la pérdida del satélite IS-29-e, ocurridas entre el 7 de abril y el 24 de abril de 2019, constituyen eventos calificables como caso fortuito.

SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Al declararse fundada la Primera Pretensión Principal, solicitamos que se declare que Telefónica no ha incumplido las condiciones del Contrato 27-2017-ANA-OA, por lo que no corresponde aplicarle penalidades derivadas de las interrupciones del servicio.

- 26.** De forma preliminar debemos señalar que el principio dispositivo que rige todo proceso y que es definido como “aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez”⁸, determina que son las partes las que formulan sus pretensiones, no siendo posible que el Tribunal Arbitral pueda variar estas.

- 27.** En ese sentido, la demandante formuló esta pretensión como una de naturaleza accesoria, la cual, se presenta cuando el demandante propone una pretensión principal cuya suerte determina la de una pretensión accesoria que depende de aquella. Si la principal es fundada, la accesoria lo es también. Si la principal es infundada, la accesoria también es infundada. La suerte de una determinaría automáticamente la suerte de la otra.

⁸ PALACIO, Lino. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1979, pp. 253-254.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

28. Habiéndose declarado fundada la pretensión principal corresponde declarar fundada la pretensión accesoria, no obstante, este Colegiado precisa que únicamente no corresponde aplicar penalidades derivadas de las interrupciones del servicio por el periodo del 07 al 24 de abril de 2019, siendo que, por periodos anteriores al 07 de abril de 2019, no es posible que este Tribunal determine que no le corresponde aplicar penalidades a la Entidad.

29. Asimismo, es necesario señalar que las disposiciones contenidas en el artículo 133 del Reglamento –referido a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación– resultan aplicables ante un retraso injustificado cuando: i) el contratista no hubiera solicitado ampliación de plazo; ii) habiéndola solicitado esta no fue aprobada por la Entidad; o, iii) **no se acredite objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable**⁹. (negrita agregada)

30. Con lo cual, habiéndose acreditado el caso fortuito no corresponde aplicar penalidad solo por el periodo del 07 al 24 de abril de 2019.

SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Al declararse fundada la Primera Pretensión Principal, solicitamos que se declare que la ANA imputó indebidamente una penalidad total de S/ 547,942.55 (quinientos cuarenta y siete mil novecientos cuarenta y dos con 55/100 soles) por dichas interrupciones, debiendo la ANA pagar y/o restituir a Telefónica dicha suma de dinero, más los intereses aplicables.

31. Al igual que con la primera pretensión accesoria, de forma preliminar debemos señalar que el principio dispositivo que rige todo proceso y que es definido como “aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de

⁹ Opinión N° 143-2019/DTN emitida por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

la función judicial como la aportación de materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez”¹⁰, determina que son las partes las que formulan sus pretensiones, no siendo posible que el Tribunal Arbitral pueda variar estas.

32. En ese sentido, la demandante formuló esta pretensión como una de naturaleza accesoria, la cual, se presenta cuando el demandante propone una pretensión principal cuya suerte determina la de una pretensión accesoria que depende de aquella. Si la principal es fundada, la accesoria lo es también. Si la principal es infundada, la accesoria también es infundada. La suerte de una determinaría automáticamente la suerte de la otra.

33. Habiéndose declarado fundada la pretensión principal corresponde declarar fundada la pretensión accesoria, sin embargo, es preciso reiterar que la indebida aplicación de penalidades únicamente es por el periodo del 07 al 24 de abril de 2019, no siendo posible establecer que se han aplicado penalidades indebidas por periodos anteriores al 07 de abril de 2019.

34. A esta cifra de S/ 547,942.55 (quinientos cuarenta y siete mil novecientos cuarenta y dos con 55/100 soles) que debe restituir la ANA a Telefónica, se le debe agregar los intereses legales, en calidad de moratorios, de conformidad con lo establecido en los artículos 1242, 1243 y 1245 del Código Civil.

35. Para este efecto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1334 del Código Civil y en la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, el cómputo de los intereses legales debe efectuarse desde la fecha de la solicitud de arbitraje, es decir, desde el 28 de enero de 2020, hasta el cumplimiento total de la obligación.

SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Solicitamos que se declare que Telefónica únicamente debe compensar a la ANA

¹⁰ PALACIO, Lino. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1979, pp. 253-254.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

con un monto ascendente a S/ 40,969.75 (cuarenta mil novecientos sesenta y nueve con 75/100), suma de dinero que fue ofrecida por Telefónica a modo de compensación por la interrupción, de conformidad con lo establecido en el artículo 93 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

36. En relación con esta pretensión este Tribunal debe resaltar que el evento de caso fortuito solo afecta al periodo del 07 al 24 de abril de 2019, por lo que, en periodos anteriores al 07 de abril de 2019, no es posible establecer la afectación provocada por el caso fortuito.

• **Sobre la aplicación del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones**

37. La cláusula Décimo Sexta del Contrato establece la posibilidad de la aplicación de la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LAS CONDICIONES DE USO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES (en adelante las Condiciones de Uso), así, se aprecia a continuación:

CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado 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.

Se incluirá la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/DSIPTEL

38. Con lo cual, queda claro que las Condiciones de Uso son aplicables al presente contrato.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

• **Sobre la procedencia de la compensación pretendida por Telefónica**

- 39.** Cabe precisar que el primer párrafo del artículo 93^{o11} de las Condiciones de Uso establece la obligación de compensar cuando por causas no atribuibles a éstos se afecta el servicio.
- 40.** Asimismo, el quinto párrafo del artículo 93^{o12} de las Condiciones de Uso, prescriben que aún ante un caso fortuito o fuerza mayor corresponde descontar de la tarifa que se cobre finalmente al arrendatario el monto proporcional correspondiente al tiempo que duró la suspensión o interrupción.
- 41.** En ese sentido, la pretensión de compensación posee sustento normativo en las Condiciones de Uso que son aplicables al Contrato.
- 42.** Es importante señalar que la demandante ha calculado el monto de S/ 40,969.75 (cuarenta mil novecientos sesenta y nueve con 75/100) en función al valor de la mensualidad y los días sin servicio en virtud de lo dispuesto en las Condiciones de uso, cuantificación que no ha sido desvirtuada por la Entidad.
- 43.** Ahora, cabe precisar que la compensación contemplada en el artículo 93° de las Condiciones de Uso efectivamente es un concepto distinto de las penalidades

¹¹ Artículo 93°.- Compensación en caso de interrupción

El arrendador tendrá la obligación de compensar a los arrendatarios que se encuentren habilitados para prestar servicios públicos de telecomunicaciones, cuando por causas no atribuibles a éstos, se suspendan los servicios de algún circuito por más de sesenta (60) minutos consecutivos, salvo en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor siempre que el arrendador hubiera actuado diligentemente

¹² Artículo 93°.- Compensación en caso de interrupción

(...)

En todos los casos en que el servicio sea interrumpido, sin perjuicio del derecho a la compensación a que se refiere el presente artículo, el arrendador deberá descontar de la tarifa que se cobre finalmente al arrendatario el monto proporcional correspondiente al tiempo que duró la suspensión o interrupción. Dicho descuento deberá efectuarse incluso si la interrupción se debe a caso fortuito o fuerza mayor.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

establecidas en el contrato, no obstante, como se ha establecido en el presente laudo, se ha configurado un caso fortuito que ha afectado la prestación de servicio en el periodo del 07 al 24 de abril de 2019, lapso por el cual no es posible aplicar penalidades establecidas en el contrato.

44. Empero, la compensación materia de esta pretensión es un concepto distinto no solo por derivarse de una fuente normativa distinta (condiciones de uso) sino que esta se da pese a que se trate de un caso fortuito.

45. Por ello, resulta necesario señalar que, al reconocerse esta compensación, no se está reemplazando a la penalidad, sino que como se ha desarrollado no es posible aplicar penalidad en el marco de lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado a la demandante, pero si corresponde que se ordene una compensación a la Entidad en observancia de las Condiciones de Uso por el periodo en que estuvo afectada por la falta de servicio.

46. Habiéndose precisado este aspecto, resulta procedente establecer que por el periodo del 07 al 24 de abril de 2019 en que el servicio contratado por la Entidad se vio afectado por la ocurrencia de un caso fortuito, corresponde que se compense a la demandada con la suma de S/ 40,969.75 (cuarenta mil novecientos sesenta y nueve con 75/100) que fue calculada en función al valor de la mensualidad y los días sin servicio, en virtud de lo dispuesto en las Condiciones de uso y que no ha sido desvirtuada por la Entidad. Precizando que, por periodos anteriores al 07 de abril de 2019, no corresponde establecer un caso fortuito.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

SOBRE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Solicitamos que se ordene a la ANA el pago de costas y costos del proceso arbitral.

47. El numeral 2 del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73° del mismo cuerpo normativo.

48. Por su parte, el referido artículo 73° establece que 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.

49. En el convenio arbitral las partes no han establecido pacto alguno sobre la asunción de los costos y costas del arbitraje, por lo que será el Tribunal Arbitral quien determine a que parte le corresponde los gastos y costos relacionados al arbitraje.

50. Al respecto, Huáscar Ezcurra Rivero ha comentado el artículo 73° de la LA y señaló que **“existe en la norma actual un énfasis muy claro en el sentido de que el que perdió el arbitraje, en principio, pagará los costos del arbitraje. Y los costos del arbitraje comprenden la obligación de la parte vencida de devolver a la parte vencedora todo lo que ella gastó con motivo del proceso arbitral; lo que en ocasiones podría ser un monto considerable (...)**”¹³.
(negrita agregada)

¹³ EZCURRA RIVERO, Huáscar. “Comentario al artículo 70 de la Ley Peruana de Arbitraje”. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coordinadores). Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2010, p. 810.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

51. El Tribunal Arbitral considera que se deberá tener en cuenta el comportamiento procesal de las partes a lo largo del presente arbitraje. Así, como de lo desarrollado, se aprecia que ambas partes han tenido motivos atendibles para defender sus intereses en el presente proceso, lo que corresponde es que cada parte asuma los costos de este en partes iguales.

52. En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que cada parte asuma el 50% de los costos y gastos del presente proceso; precisándose que los gastos de defensa deben ser asumidos por cada parte.

DECISIÓN. -

Finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas 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, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje.

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 han estado sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Tribunal Arbitral **LAUDA EN DERECHO:**

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

-
1. **DECLARAR FUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda, por lo que, corresponde declarar que las interrupciones al servicio de cinco (5) sedes de la ANA derivadas de la pérdida del satélite IS-29-e, ocurridas entre el 7 de abril y el 24 de abril de 2019, constituyen eventos calificables como caso fortuito.

 2. **DECLARAR FUNDADA** la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal, por lo que, corresponde declarar que Telefónica no ha incumplido las condiciones del Contrato 27-2017-ANA-OA, no correspondiendo aplicarle penalidades derivadas de las interrupciones del servicio, aunque solo por el periodo del 07 al 24 de abril de 2019.

 3. **DECLARAR FUNDADA** la segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal, por lo que, corresponde declarar que la ANA imputó indebidamente una penalidad total de S/ 547,942.55 (quinientos cuarenta y siete mil novecientos cuarenta y dos con 55/100 soles) por dichas interrupciones, debiendo la ANA pagar y/o restituir a Telefónica dicha suma de dinero, más los intereses legales, en calidad de moratorios, que corran desde la fecha de la solicitud de arbitraje, es decir, el 28 de enero de 2020, hasta el cumplimiento de la obligación.

 4. **DECLARAR FUNDADA** la segunda pretensión principal, por lo que corresponde declarar que Telefónica únicamente debe compensar a la ANA con un monto ascendente a S/ 40,969.75 (cuarenta mil novecientos sesenta y nueve con 75/100), de conformidad con lo establecido en el artículo 93 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, por el periodo del 07 al 24 de abril de 2019.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

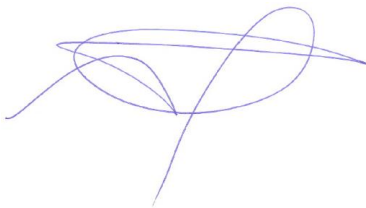
Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

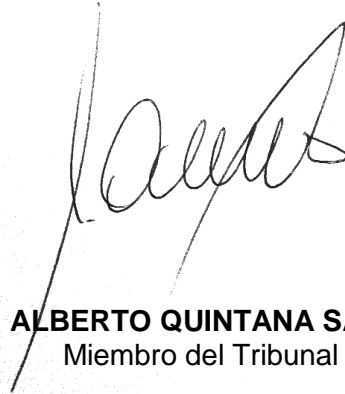
-
5. **DECLARA INFUNDADA** la tercera pretensión principal, por lo que, no corresponde ordenar a la ANA el pago de costas y costos del proceso arbitral. **ESTABLECIÉNDOSE** que cada parte asuma el 50% de los costos y gastos del presente proceso; precisándose que los gastos de defensa deben ser asumidos por cada parte.



HUGO SOLOGUREN CALMET
Presidente del Tribunal Arbitral



BILLY FRANCO ARIAS
Miembro del Tribunal



JUAN ALBERTO QUINTANA SÁNCHEZ
Miembro del Tribunal

Arbitraje: M & D CONSTRUCTORES Y PROMOTORES S.A.C. – PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL.

Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la Ejecución de Obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongapata – Pucajaga, Distrito de Molino – Pachitea - Huánuco".

CEDULA DE NOTIFICACION

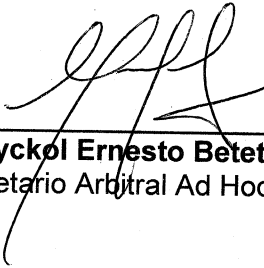
Destinatario: PROCURADURÍA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO

Domicilio Procesal Virtual: procuraduria@minagri.gob.pe, kaquize@minagri.gob.pe, gvivar@minagri.gob.pe, ringa@minagri.gob.pe

Por la presente, cumplo con notificar el **LAUDO ARBITRAL** del caso **MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC** contra el **PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL** emitido por el Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 48 de fecha 21 de abril de 2021, de fojas 101, para su conocimiento y cumplimiento.

Lima, 22 de abril de 2021

Atentamente,



Abg. Mayckol Ernesto Beteta Díaz
Secretario Arbitral Ad Hoc

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Número de Expediente de Instalación: I121-2017

Demandante: CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL (Empresa absorbida por M y D CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC)

Demandado: PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL

Contrato (Número y Objeto): Contrato N° 205-2014-MINAGRI- AGRO RURAL para la Ejecución de la Obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongapata – Pucajaga, Distrito de Molino - Pachitea - Huánuco"

Monto del Contrato: S/.1'916,074.93 soles

Cuantía de la Controversia: S/.2'043,340.95 soles

Tipo y Número de Proceso de Selección: Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI-AGRORURAL derivada de la Licitación Pública N° 02-2014- MINAGRI - AGRO RURAL

Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral: S/ 84,184.80 soles netos

Monto de los honorarios de la Secretaría: S/ 22,314.48 soles netos

Presidente del Tribunal: Dr. Mario Manuel Silva López

Arbitro designado por la Entidad: Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Arbitro designado por el Contratista: Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Secretaría Arbitral: Abg. Mayckol Ernesto Beteta Díaz

Fecha de emisión del laudo: 22 de abril del 2021

(Unanimidad/Mayoría): Unanimidad

Número de Folios: 101

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- Resolución de Contrato
- Validez de Acta de Recepción de Obra
- Liquidación Final de Obra Indemnización por daños y perjuicios
- Indemnización por daños y perjuicios
- Costos y costas del proceso

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

RESOLUCIÓN N° 48

En la Ciudad de Lima, con fecha 21 de abril de 2021 en la Sede Arbitral, ubicado en Av. Arequipa N° 1295, Oficina 601, Santa Beatriz – Lima, se reunió el Tribunal Arbitral integrado por el doctor Mario Manuel Silva López, quien lo preside y los doctores árbitros Aurelio Moncada Jiménez y Luis Eduardo Adrianzen de Lama, a efectos de emitir el siguiente Laudo Arbitral de Derecho, en el proceso arbitral iniciado por la CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL, empresa absorbida por M y D CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC contra el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL.

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 20 de octubre del 2014, **CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL, empresa absorbida por M y D CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC** (en adelante, el CONTRATISTA o DEMANDANTE) y el **PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL** (en adelante, la ENTIDAD o DEMANDADO) suscribieron el Contrato N° 205-2014-MINAGRI- AGRO RURAL para la Ejecución de la Obra: “Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongapata – Pucajaga, distrito de Molino - Pachitea - Huánuco” (en adelante EL CONTRATO).

A través de la Cláusula Décima Octava del CONTRATO pactaron la CLÁUSULA ARBITRAL, conforme a lo siguiente:

“Todos los conflictos o controversias que surjan entre las partes y que se deriven de la ejecución, interpretación, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del presente contrato, se resolverán de manera definitiva e inapelable mediante Arbitraje Ad Hoc y de Derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de Contrataciones del Estado.

El arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral compuesto por tres (03) miembros. La designación de los árbitros se realizará conforme al procedimiento establecido en artículo 222 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias, que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 181, 184, 199, 201, 209, 210, 211 y 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; en concordancia con lo dispuesto en el numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

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

2. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Con fecha 02 de mayo del 2017, en la sede de la Dirección de Arbitraje del OSCE, se instaló el Tribunal Arbitral, acto en el cual los árbitros declararon haber sido debidamente designados de conformidad con el convenio arbitral previsto por las partes, señalando que no tenían ninguna incompatibilidad ni compromiso con las mismas y obligándose a desempeñar con imparcialidad, independencia y probidad su labor.

En esa diligencia se fijaron las reglas del presente proceso, estableciendo que este arbitraje es Ad Hoc, Nacional y de Derecho; ratificando los árbitros su aceptación al cargo, dejando constancia de que no están sujetos a incompatibilidad alguna ni a hechos ni circunstancias que afecten su imparcialidad e independencia que los obligara a inhibirse de haber mantenido compromiso alguno con las partes, o con los respectivos abogados, obligándose a actuar con imparcialidad, probidad e independencia; y expresando así las partes que no tenían cuestionamiento alguno respecto de los árbitros intervinientes, por lo que se entiende que el Demandante y la Demandada han dado su conformidad a las disposiciones contenidas en dicha acta.

Finalmente, el Tribunal Arbitral encargó la Secretaría del proceso al abogado Mayckol Ernesto Beteta Díaz.

3. DESARROLLO DEL PROCESO

En el presente acápite, el Tribunal Arbitral procederá a describir aspectos resaltantes del proceso arbitral, los mismos que se relatarán teniendo en consideración lo señalado por las partes a lo largo del presente proceso, así como teniendo en cuenta los medios probatorios ofrecidos por las mismas.

En tal sentido, su inclusión en esta sección no significa el reconocimiento de la veracidad de los mismos, aspecto que será recién evaluado en la parte considerativa del presente Laudo.

3.1 DE LA DEMANDA

M y D CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC (empresa que absorbe a la CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL) con fecha **23.05.17**, presentó la demanda arbitral interpuesta contra el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL, en torno a la controversia derivada del contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL para la Ejecución de la Obra: “Instalación del Canal de Riego Rangra –

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

Gongapata – Pucajaga, distrito de Molino - Pachitea - Huánuco” (en adelante El Contrato).

El CONTRATISTA presenta su escrito de demanda, formulando las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL

1.1. Se declare la Nulidad de la decisión contenida en la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR- AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016, mediante el cual el Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural resuelve el Contrato N° 205-2014-MINAGRI- AGRO RURAL – Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P. N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de la obra denominada ““Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongapata – Pucajaga, distrito de Molino - Pachitea - Huánuco” y retrotrayéndose el proceso al estado anterior del acto viciado, se expida la constancia de recepción de obra.

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL

2.1. Se declare la insubsistencia e inaplicabilidad de cualquier penalidad por presunto negado retraso “injustificado” referida a la recepción de la obra.

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL

3.1. Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural, el pago del importe concerniente a la liquidación del contrato de obra por el monto de S/. 470,841.49 a favor del Contratista.

3.2. Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural, el pago de intereses indexados a la fecha efectiva de pago.

CUARTA PRETENSÓN PRINCIPAL

4. Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural el pago del importe concerniente a los gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/. 19,517 soles, cuyo importe será debidamente indexado y/o liquidado a la fecha efectiva de pago.

QUINTA PRETENSION PRINCIPAL

5.1. Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural el pago por el concepto de indemnización de daños y perjuicios, cuyo importe será debidamente cuantificado oportunamente.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

5.2. *Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural el pago en vía de devolución por los gastos incurridos y concernientes a los honorarios del Tribunal Arbitral, secretaría arbitral, gastos de cobranza, honorarios de asesores técnico-legales y peritos, cuyo importe nos reservamos de cuantificar oportunamente.*

5.3. *Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural el pago de intereses indexados a la fecha efectiva de pago.*

Con fecha **12.06.17**, el CONTRATISTA subsanó las observaciones realizadas a la demanda por el Tribunal Arbitral mediante **Resolución N° 02** de fecha 31.05.17 respecto a la segunda, cuarta y quinta pretensión principal; así como la omisión de presentar medios probatorios ofrecidos en su escrito de demanda.

Es así, que mediante el primer punto resolutive de la **Resolución N° 03** de fecha 19.06.17, se admitió a trámite la demanda corriéndose traslado de la misma a la ENTIDAD, para que la conteste y, de considerarlo, formule reconvencción. Asimismo, mediante el segundo punto resolutive de la citada resolución, se dispuso tener por desistida la segunda pretensión principal de la demanda referida a inaplicabilidad de penalidad.

3.2. DE LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR Y DE CADUCIDAD, CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN

Mediante escrito de fecha **18.07.17**, la ENTIDAD deduce excepción de falta de legitimidad para obrar del CONTRATISTA y excepción de caducidad contra la primera pretensión principal de la demanda relacionada a la nulidad de la resolución de contrato y contesta la demanda. Asimismo, la ENTIDAD mediante el referido escrito presenta reconvencción formulando las siguientes pretensiones:

Pretensión principal: *Que, el Tribunal Arbitral declare valida y eficaz la resolución total del contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL de fecha 20 de octubre del 2014, efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE del 23 de noviembre del 2016.*

Segunda pretensión principal: *Solicitamos que la demandante asuma el pago de los costos y costas arbitrales que genere la tramitación del presente proceso arbitral.*

A través del quinto punto resolutive de la **Resolución N° 04** de fecha 21.07.17, se admitió a trámite el escrito de contestación de demanda. De igual modo, a través del sexto punto resolutive, se otorgó a la ENTIDAD un plazo de cinco (05) días hábiles, para que cumpla con presentar los fundamentos de hecho y de derecho de la primera y segunda pretensión principal de la reconvencción, bajo apercibimiento de tenerla por no presentada. De igual manera, se dispuso en el noveno punto resolutive, que se

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

tenga por presentadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar y caducidad deducidas por la ENTIDAD.

Atendiendo al requerimiento de la Resolución N° 04, la ENTIDAD mediante escrito de fecha 04.08.17, cumplió con presentar los fundamentos de hecho y de derecho de la primera y segunda pretensión principal de la reconvencción, por lo que a través del primer punto resolutive de la **Resolución N° 05** de fecha 08.08.2017, este Colegiado puso en conocimiento del CONTRATISTA la contestación de demanda presentada por la ENTIDAD. Asimismo, mediante el segundo y tercer punto resolutive de la citada resolución, se admitió a trámite la reconvencción y se corrió traslado de la misma al CONTRATISTA para que en un plazo de quince (15) días hábiles la conteste. Igualmente, mediante el cuarto punto resolutive, se corrió traslado al CONTRATISTA de las excepciones de falta de legitimidad para obrar y caducidad deducidas por la ENTIDAD, para que en un plazo de quince (15) días hábiles manifestara lo conveniente a su derecho.

3.3. DE LA ABSOLUCIÓN A LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR Y CADUCIDAD, CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN

Mediante el escrito de fecha **06.09.17**, el CONTRATISTA absuelve las excepciones de falta de legitimidad para obrar y caducidad y contesta la reconvencción.

A través del primer punto resolutive de la **Resolución N° 09** de fecha 22.09.17, se dispuso tener por presentada la absolución a las excepciones de caducidad y falta de legitimidad para obrar. Asimismo, mediante el tercer punto resolutive de la citada resolución, se admitió a trámite la contestación de la reconvencción.

3.4. DE LA MODIFICACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y LA ACUMULACIÓN DE PRETENSÓN

Mediante el escrito de fecha **11.08.17**, el CONTRATISTA precisa el texto de la primera, tercera y cuarta pretensión principal de la demanda, de la siguiente manera:

PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL

Se declare la Nulidad de la decisión contenida en la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL – de fecha 23 de noviembre del 2016, mediante el cual el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL – AGRO RURAL, resuelve el Contrato N° 205-2014 -MINAGRI- AGRO RURAL – Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de la obra denominada “Instalación del Canal de Riego Rangra Gongopata Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huánuco”.

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Se declare consentida la Liquidación del contrato de obra, ordenándose a la demandada el pago del saldo a favor del contratista por el importe de S/. 470,841.49 soles, más intereses.

En vía acumulativa originaria subordinada, se ordene a la demandada el pago del saldo a favor del contratista por el importe de S/. 470,841.49 soles, más intereses.

CUARTA PRETENSION PRINCIPAL

Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural el pago del importe concerniente a los gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/. 19,517.00 soles, más intereses a la fecha efectiva de pago.

Asimismo, mediante el referido escrito, el CONTRATISTA solicita la **acumulación** de una nueva pretensión, cuyo tenor de la misma, es la siguiente:

PRETENSIÓN ACUMULADA

Se declare la validez del Acta de Recepción de Obra de fecha 15 de junio del 2016, y por consiguiente Nula la decisión contenida en la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23 de noviembre del 2016, mediante el cual el Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural-AGRO RURAL, resuelve el Contrato N° 205-2014-MINAGRI AGRO RURAL – Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI-AGRORURAL, para la ejecución de la obra denominada “Instalación del Canal de Riego Rangra Gongopata Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huánuco”.

A través del tercer punto resolutivo de la **Resolución N° 07** de fecha 04.09.17, el Tribunal Arbitral otorgó a la ENTIDAD un plazo de cinco (05) días hábiles, para que manifieste lo conveniente a su derecho respecto a las modificaciones realizadas a la primera, tercera y cuarta pretensión principal de la demanda mediante el escrito de fecha 11.08.17 por el CONTRATISTA. Asimismo, mediante el cuarto punto resolutivo de la citada resolución, se corrió traslado a la ENTIDAD la solicitud de acumulación de pretensión planteada por el CONTRATISTA, para que en un plazo de cinco (05) días hábiles exprese lo pertinente a su derecho.

Mediante el escrito de fecha **13.09.17**, la ENTIDAD solicitó al Tribunal que se requiera al CONTRATISTA para que fundamente de manera ordenada las pretensiones que pretendía modificar y/o acumular a fin de no vulnerar su derecho de defensa.

Es así que, mediante el sexto punto resolutivo de la **Resolución N° 09** de fecha 22.09.17 se otorgó al CONTRATISTA un plazo de cinco (05) días hábiles a fin de que

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

establezca de manera clara, ordenada y precisa cuales son las pretensiones de la demanda que pretende modificar, así como la pretensión que pretende acumular al proceso arbitral.

Con fecha **03.10.17**, el CONTRATISTA presenta su escrito mediante el cual manifiesta cumplir lo requerido en la Resolución N° 09 indicando que el texto de la primera, tercera y cuarta pretensión modificada de la demanda es el siguiente:

PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL

Se declare la Nulidad de la decisión contenida en la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL – de fecha 23 de noviembre del 2016, mediante el cual el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL – AGRO RURAL, resuelve el Contrato N° 205-2014 -MINAGRI- AGRO RURAL – Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de la obra denominada “Instalación del Canal de Riego Rangra Gongopata Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huánuco”.

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL

Se declare consentida la Liquidación del contrato de obra, ordenándose a la demandada el pago del saldo a favor del contratista por el importe de S/. 470,841.49 soles, más intereses.

En vía acumulativa originaria subordinada, se ordene a la demandada el pago del saldo a favor del contratista por el importe de S/. 470,841.49 soles, más intereses.

CUARTA PRETENSION PRINCIPAL

Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural el pago del importe concerniente a los gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/. 25,559.00 soles, más intereses a la fecha efectiva de pago.

A través del segundo punto resolutivo de la **Resolución N° 10** de fecha 16.10.17 se otorgó a la ENTIDAD un plazo de cinco (05) días hábiles para que manifieste lo conveniente a su derecho respecto a lo dispuesto en el tercer y cuarto punto resolutivo de la resolución N° 07.

Mediante escrito de fecha 26.10.17, la ENTIDAD cumplió con lo requerido en el tercer y cuarto punto resolutivo de la resolución N° 07.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

Seguidamente, a través del segundo punto resolutivo de la **Resolución N° 12** de fecha 09.11.17, se dispuso que el texto de la primera, tercera y cuarta pretensión de la demanda presentada por el CONTRATISTA, sería el siguiente:

PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL

Se declare la Nulidad de la decisión contenida en la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL – de fecha 23 de noviembre del 2016, mediante el cual el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL – AGRO RURAL, resuelve el Contrato N° 205-2014 -MINAGRI- AGRO RURAL – Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de la obra denominada “Instalación del Canal de Riego Rangra Gongopata Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huánuco”.

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL

Se declare consentida la Liquidación del contrato de obra, ordenándose a la demandada el pago del saldo a favor del contratista por el importe de S/. 470,841.49 soles, más intereses.

En vía acumulativa originaria subordinada, se ordene a la demandada el pago del saldo a favor del contratista por el importe de S/. 470,841.49 soles, más intereses.

CUARTA PRETENSION PRINCIPAL

Se ordene al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural el pago del importe concerniente a los gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/. 19,517.00 soles, más intereses a la fecha efectiva de pago.

Asimismo, mediante el tercer punto resolutivo de la referida resolución N° 12, se otorgó al CONTRATISTA un plazo de quince (15) días hábiles para que presente sus argumentos de hecho y de derecho de la primera, tercera y cuarta pretensión modificada de la demanda. De igual manera, mediante el cuarto punto resolutivo de la citada resolución, se otorgó al CONTRATISTA un plazo de quince (15) días hábiles, para que presente los argumentos de hecho y de derecho que sustenten debidamente su pretensión acumulada.

Mediante escrito de fecha **05.12.17**, el CONTRATISTA cumplió lo requerido mediante el tercer y cuarto punto resolutivo de la Resolución N° 12.

A través del primer y segundo punto resolutivo de la **Resolución N° 15** de fecha 03.01.18, se admitió a trámite la demanda modificada (primera, tercera y cuarta

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

pretensión) y la acumulación de pretensión presentadas por el CONTRATISTA, corriéndose traslado de las mismas a la ENTIDAD para que en un plazo de quince (15) días hábiles las conteste y de considerarlo formule reconvencción.

Mediante escrito de fecha **25.01.18**, la ENTIDAD contesta la demanda modificada y la acumulación de pretensión. Asimismo, presenta reconvencción formulando las siguientes pretensiones:

PRETENSION PRINCIPAL: *Solicitamos el pago de indemnización por daños y perjuicios cuyos componentes serán determinados mediante una pericia que ofrecemos a fin de cuantificar el perjuicio social y económico por el incumplimiento por parte del Contratista en la ejecución del contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL.*

PRETENSION ACCESORIA: *Solicitamos que la demandante asuma el pago de los costos y costas arbitrales que genere la tramitación del presente proceso arbitral.*

A través del primer punto resolutive de la **Resolución N° 17** de fecha 01.02.18, se admitió a trámite la contestación de la demanda modificada y la pretensión acumulada. Asimismo, mediante el segundo punto resolutive, se tuvo por presentado el escrito de reconvencción presentado por la ENTIDAD. De igual modo, a través del cuarto punto resolutive, se otorgó a la ENTIDAD un plazo de treinta días hábiles para que presente la pericia de parte ofrecida en su escrito de reconvencción. Finalmente, mediante el quinto punto resolutive de la citada resolución, se otorgó a la ENTIDAD un plazo de cinco (05) días hábiles para que subsane las observaciones realizadas al escrito de reconvencción.

Mediante escrito de fecha 14.02.18, la ENTIDAD cumplió con lo requerido en el quinto punto resolutive de la Resolución N° 17.

Mediante el tercer punto resolutive de la **Resolución N° 19** de fecha 19.03.18, se puso en conocimiento del CONTRATISTA el escrito de contestación de la demanda modificada y la contestación de la acumulación de pretensión presentadas por la ENTIDAD mediante escrito de fecha 25.01.18. De igual manera, mediante el cuarto y quinto punto resolutive, se admitió a trámite la reconvencción interpuesta por la ENTIDAD, corriéndose traslado de la misma al CONTRATISTA para que en un plazo de quince (15) días hábiles la conteste. Finalmente, a través del séptimo punto resolutive, se otorgó a la ENTIDAD un plazo adicional de treinta días hábiles para que la ENTIDAD presente su informe pericial.

Con fecha **20.04.18**, el CONTRATISTA presentó su escrito de contestación de reconvencción, el cual se admitió a trámite y se puso en conocimiento de la ENTIDAD mediante el primer punto resolutive de la **Resolución N° 20** de fecha 24.05.18.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

3.5. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Con fecha **13.06.18** se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, en la cual el Tribunal Arbitral previo a fijar los puntos controvertidos, dispuso que las excepciones de caducidad y falta de legitimidad para obrar deducidas por la ENTIDAD mediante escrito de fecha 17.07.17 sean materia de pronunciamiento al momento de laudar.

Asimismo, propuso a las partes que dieran solución a sus diferencias a fin de conciliar sus posiciones. En este acto y luego de que el Tribunal explicara a las partes las ventajas de llegar a un acuerdo conciliatorio y les invocará para hacer un esfuerzo, las partes señalaron que no era posible dicho acuerdo conciliatorio; no obstante, se dejó abierta la posibilidad de que las mismas lo hagan en cualquier etapa del arbitraje.

En este acto, el Tribunal Arbitral fijó los siguientes puntos controvertidos:

Puntos controvertidos de la demanda:

- 1) **Primer punto controvertido:** *Determinar si corresponde o no declarar la Nulidad de la decisión contenida en la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL – DE de fecha 23 de noviembre del 2016, mediante el cual el Programa De Desarrollo Productivo Agrario Rural – Agro Rural, resuelve el Contrato N° 205-2014-MINAGRI- RURAL-AGRO RURAL – Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la Ejecución de la obra denominada “Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongopata - Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huánuco”.*
- 2) **Segundo punto controvertido:** *Determinar si corresponde o no declarar consentida la Liquidación del Contrato de Obra presentada por el Contratista y en consecuencia ordenar a la Entidad el pago del saldo a favor del Contratista por el importe de **S/. 470,841.49 soles**, más intereses.*
- 3) **Tercer punto controvertido:** *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad, el pago del importe concerniente a los gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de **S/. 19,517.00 soles**, el cual será debidamente indexado y/o liquidado a la fecha efectiva de pago.*
- 4) **Cuarto punto controvertido:** *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad, el pago por el concepto de indemnización de daños y perjuicios, cuyo importe asciende a **S/. 423,000.00 soles**.*
- 5) **Quinto punto controvertido:** *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad, el pago en vía de devolución por los gastos incurridos y concernientes*

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

a los honorarios del Tribunal Arbitral, secretaria arbitral, gastos de cobranza, honorarios de asesores técnico-legales y peritos, más el pago de intereses indexados a la fecha efectiva de pago.

Punto controvertido de la acumulación de demanda:

- 6) **Sexto punto controvertido:** Determinar si corresponde o no declarar la validez del Acta de Recepción de Obra de fecha 15 de junio del 2016; y, por consiguiente, Nula la decisión contenida en la Carta Notarial 074-2016-MINAGRI-DVDIAR AGRO RURAL de fecha 23 de noviembre del 2016, mediante el cual el Programa De Desarrollo Productivo Agrario Rural – Agro Rural, resuelve el Contrato N° 205-2014-MINAGRI- AGRO RURAL – Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de la obra “Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongopata – Pucaja – Distrito de Molino Pachitea Huánuco.”

Puntos controvertidos de la Reconvención:

- 7) **Séptimo punto controvertido:** Determinar si corresponde o no declarar válida y eficaz la Resolución Total del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL de fecha 20 de octubre del 2014, efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE del 23 de noviembre del 2016.
- 8) **Octavo punto controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar el pago de la indemnización por daños y perjuicios de índole social y económica por el incumplimiento por parte del Contratista en la Ejecución del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL.
- 9) **Noveno punto controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar al Contratista asumir el pago de los costos y costas arbitrales que genere la tramitación del presente proceso arbitral.


En dicha audiencia, el Tribunal Arbitral admitió los medios probatorios ofrecidos por el CONTRATISTA, los cuales se encuentran comprendidos en el Acápite MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS de la Demanda, aquellos medios probatorios presentados ofrecidos en el Acápite ANEXOS del escrito de fecha 12.06.17, los medios probatorios ofrecidos en el acápite ANEXOS del escrito de fecha 06.09.17, los medios probatorios ofrecidos en el acápite MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS del escrito de fecha 05.12.17 y aquel medio probatorio ofrecido mediante escrito de fecha 26.12.17.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Asimismo, se admitió los medios probatorios ofrecidos por la ENTIDAD los cuales se encuentran comprendidos en el acápite MEDIOS PROBATORIOS del escrito de fecha 18.07.17, los medios probatorios ofrecidos en el acápite II.- MEDIOS PROBATORIOS de la reconvencción de fecha 25.01.18; y el medio probatorio referido a la pericia de parte ofrecido en la reconvencción.

A través de la **Resolución N° 22** de fecha 09.07.18 se dejó constancia que la ENTIDAD no cumplió con entregar la pericia de parte ofrecida mediante escrito de reconvencción de fecha 24.01.18.

Mediante el primer punto resolutive de la **Resolución N° 23** de fecha 29.08.18, se admitió los medios probatorios alcanzados por la Entidad mediante escrito de fecha 27.08.18 y se corrió traslado de los mismos al CONTRATISTA para que en un plazo de cinco días hábiles manifieste lo conveniente a su derecho. Así mismo, mediante el tercer punto resolutive, se requirió a la ENTIDAD para que en un plazo de cinco días hábiles cumpla con cuantificar la primera pretensión principal de la reconvencción.

 A través del primer punto resolutive de la **Resolución N° 24** de fecha 15.10.18, se declaró fundado el recurso de reconsideración formulado por el CONTRATISTA contra lo dispuesto en el primer punto resolutive de la resolución 23. De igual modo, mediante el segundo punto resolutive, se otorgó a la ENTIDAD un plazo de diez días hábiles a fin de que se establezca claramente el nexo o relación entre los medios probatorios ofrecidos en su escrito de fecha 27.08.18 con respecto a los argumentos expuestos en la contestación de demanda y las pretensiones de la reconvencción. Igualmente, mediante el tercer punto resolutive, se otorgó a la ENTIDAD un último plazo de diez días hábiles, para que cumpla con cuantificar la primera pretensión principal de la reconvencción.

Mediante el primer resolutive de la **Resolución N° 25** de fecha 13.11.18, se admitió los medios probatorios ofrecidos por la ENTIDAD mediante el escrito de fecha 27.08.18. Asimismo, en el segundo punto resolutive, se dispuso tener presente el escrito de fecha 05.11.18 mediante el cual la ENTIDAD cumple el requerimiento efectuado por el Tribunal mediante el segundo punto resolutive de la resolución 23, otorgándose al CONTRATISTA un plazo de diez días hábiles para que exprese lo que corresponda a su derecho. Finalmente, en el tercer punto resolutive, se deja establecido que la cuantía de la primera pretensión principal de la reconvencción presentada por la ENTIDAD mediante escrito de fecha 24.01.18, asciende a la suma de S/. 1'123,940.46.

3.6. PRESENTACION DE ALEGATOS ESCRITOS

Mediante la **Resolución N° 37** de fecha 17.06.19, se declaró el cierre de la etapa probatoria y se otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para que presenten sus alegatos.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

Es así que, que con fecha **03.07.19**, la ENTIDAD presentó su escrito de alegatos, solicitando que se desestimen las pretensiones de la demanda y se amparen las pretensiones reconconvencionales.

Asimismo, con fecha **17.07.19**, el CONTRATISTA presentó su escrito de alegatos, mediante el cual ratifica su posición en el presente proceso solicitando que se ampare las pretensiones de su demanda.

3.7. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Con fecha **10.10.19**, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales a través de la cual, la ENTIDAD expuso sus alegatos manifestando su posición respecto a la presente controversia, dejándose constancia de la inasistencia de los representantes del CONTRATISTA a pesar de encontrarse debidamente notificado. En dicha audiencia, se otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para que presenten documentación relacionada con los argumentos expuestos en la audiencia; así como sus conclusiones finales.

Con fecha **17.10.19**, se puso en conocimiento del CONTRATISTA el Acta de Audiencia de Informes Orales, así como el audio de la referida audiencia.

Mediante escrito de fecha **31.10.19**, el CONTRATISTA cumplió con lo requerido en el Acta de Audiencia de Informes Orales.

A través de la **Resolución N° 41** de fecha 06.11.19, se otorgó a la ENTIDAD un plazo excepcional de quince días hábiles para que presente la documentación requerida por el Tribunal en la audiencia de informes orales, así como sus conclusiones finales.

Mediante la **Resolución N° 42** de fecha 10.02.20, se tuvo presente las conclusiones expuestas por la ENTIDAD respecto a la visita de campo efectuada en obra y su estado situacional de la misma, con conocimiento del CONTRATISTA.

Con fecha **15.03.20**, el Gobierno Central emitió el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM estableciendo el estado de emergencia nacional y el aislamiento social obligatorio debido a la pandemia del Covid 19 siendo prorrogada ambas medidas hasta el 30.06.2020.

Mediante los Decretos Supremos N° 080-2020-PCM, N° 094-2020-PCM y N° 101-2020-PCM el Poder Ejecutivo dispuso la reactivación de las actividades económicas del país entre ellas las actividades jurídicas desde el 01.07.20, por lo que el Tribunal Arbitral mediante la **Resolución N° 43** de fecha 04.09.20 dispuso el levantamiento de la suspensión del proceso otorgándose a las partes un plazo de cinco días hábiles para que señalen los correos electrónicos como nuevo domicilio procesal virtual.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

En la **Resolución N° 44** de fecha 29.09.20, se dejó constancia del nuevo domicilio procesal virtual del CONTRATISTA: acarranza20@hotmail.com, danielobregonfl@gmail.com. Asimismo, se otorgó a la ENTIDAD un último plazo excepcional de cinco días hábiles para que indique su nuevo domicilio procesal virtual.

A través del primer punto resolutivo de la **Resolución N° 45** de fecha 02.11.20, se dejó constancia del nuevo domicilio procesal virtual de la ENTIDAD: procuraduria@minagri.gob.pe , kaquize@minagri.gob.pe , gvivar@minagri.gob.pe , ringa@minagri.gob.pe. Asimismo, mediante el segundo punto resolutivo, se otorgó a las partes un plazo de cinco días hábiles para que manifiesten lo que consideren pertinente a su derecho respecto a las nuevas reglas procesales propuestas por el Tribunal Arbitral.

3.6. PLAZO PARA LAUDAR

De conformidad con el numeral 45) de las Reglas del Proceso del Acta de instalación, mediante la **Resolución N° 46** de fecha 22.01.21, el Tribunal Arbitral dispuso el cierre de la etapa de instrucción y se fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para laudar. Asimismo, mediante la citada resolución, se dejó constancia de la aceptación de las partes a las reglas procesales nuevas fijadas mediante la resolución 45. De igual modo, se otorgó a las partes un plazo de tres días hábiles, para que manifiesten lo conveniente a su derecho respecto a los cambios realizados por el Tribunal Arbitral a las nuevas reglas 6,7,8 y 9, precisándose que transcurrido dicho plazo sin que las partes manifiesten su conformidad, se entenderá la aceptación de las mismas.

Finalmente, mediante la **Resolución N° 47** de fecha 4 de marzo del 2021, se deja constancia de la aceptación de las partes a los cambios realizados por el Tribunal Arbitral a las nuevas reglas 6, 7, 8 y 9 propuestas en la Resolución N° 45, fijándose las nuevas reglas del proceso que complementan aquellas que se encuentran contempladas en el Acta de Instalación. De igual modo, se amplió el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, dejándose constancia que el plazo final para emitir el laudo será el 22 de abril del 2021.

5. CUESTIONES PRELIMINARES

El Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes, ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas 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, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la expedición de este

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral de fecha 02 de mayo del 2017.

6. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

Con el propósito de atender a cada una de las pretensiones suscitadas en el presente proceso arbitral, este Tribunal Arbitral considera pertinente citar previamente el marco legal aplicable a las controversias materia del presente proceso arbitral.

Para ello, debemos referirnos a lo establecido en la cláusula décimo sétima del Contrato N° 205-2014-MINAGRI- AGRO RURAL para la Ejecución de la Obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongapata – Pucajaga, Distrito de Molino - Pachitea - Huánuco, el cual, señala lo siguiente:

"CLAUSULA DÉCIMA SÉTIMA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado 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."

Por su parte, en el numeral 6 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 2 de octubre de 2017, las partes acordaron lo siguiente:

"La legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana. Las normas aplicables al presente arbitraje, de acuerdo a lo establecido por el artículo 52.3) del artículo 52 de la Ley, deben 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 - aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873 (en adelante la Ley), 3) el Reglamento de la Ley -aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF – (en adelante, el Reglamento), 4) las normas de derecho público y 5) las normas de derecho privado. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo aquí dispuesto es causal de anulación de laudo.

Asimismo, la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la Ley y el Reglamento."

En base a lo expuesto en los párrafos precedentes, este Tribunal considera que la norma a aplicarse en el presente caso es el Contrato, por lo que en todo lo no estipulado, será aplicable la Constitución Política del Perú, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 modificada por la Ley 29873 y su Reglamento, aprobado por D.S. 184-2008-EF modificado por D.S 138-2012-EF, seguido de las normas de derecho público y demás normas de derecho privado, siendo aplicable de manera supletoria el Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje.

7. ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR Y CADUCIDAD

6.1.- EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR Y CADUCIDAD

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

1. La ENTIDAD señala que con fecha 13.12.16, se les notificó la **Carta Notarial N° 079-2016/MYD** de fecha 05.12.16, mediante la cual, el CONTRATISTA solicita el inicio del arbitraje respecto a las controversias generadas del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL de fecha 20.10.14 y la adenda del 28.01.15, ambos documentos suscritos entre la **empresa CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL**, representada por el Sr. Daniel Rufino Obregón Flores y su representada PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL –AGRO RURAL.
2. En ese sentido, indica que, mediante la **Carta N° 6665-2016-MINAGRI-PP** de fecha 26.12.16, notificado bajo puerta en el domicilio legal señalado por el CONTRATISTA en su solicitud arbitral, cumplieron con contestar las alegaciones formuladas por la DEMANDANTE, señalando expresamente lo siguiente:

“...debemos precisar que en el pie de página de su misiva de fecha 05 de diciembre de 2016 señala que mediante ‘Escritura Pública de fecha 27 de setiembre de 2016, otorgada ante Notario Público de Lima, Alfredo Zambrano Rodríguez, mediante el cual se formalizó la fusión por absorción de las empresas CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL y MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC, siendo la primera de las nombradas absorbida por la última, la cual queda extinguida sin liquidarse’.

*Sin embargo, su representada no ha cumplido con acompañar copia de la mencionada Escritura Pública de fecha 27 de setiembre de 2016, ni de la carta con la que habría comunicado formalmente a AGRO RURAL respecto a dicha fusión por absorción, razón por la cual se colige que el presente arbitraje estaría siendo iniciada por una persona jurídica carente de legitimidad. De lo anterior, a su vez, se deduce también que **la resolución contractual efectuada por mi representada ha quedado CONSENTIDA**”.*

3. Sostiene además la ENTIDAD que, ante dicha alegación de **falta de legitimidad para obrar** del DEMANDANTE, dado que no se acreditó la referida fusión por absorción presuntamente producida entre las empresas Constructora Obregón RDB EIRL y MYD Constructores y Promotores SAC, el DEMANDANTE no dijo nada ni les remitió documento alguno.

4. Agrega que, esta falta de acreditación persistió pues al recibir la Carta Notarial N° 025-2017/MYD el 06.02.17, documento mediante el cual acumuló otras pretensiones al arbitraje, tampoco se acreditó la fusión por absorción presuntamente producida el 27.09.16, siendo dicha acumulación contestada por la Procuraduría de la ENTIDAD con Carta N° 013-2017-MINAGRI-PP del 28.02.17.
5. En ese sentido, indica la ENTIDAD que la figura de la excepción *“es un instituto procesal por el cual el demandado puede oponerse a la pretensión del actor; con ella se cuestiona el aspecto formal o de fondo del proceso, persiguiendo anular la acción incoada¹”*. Es decir, se busca denunciar la invalidez de la relación jurídico-procesal y de esta forma, evitar la continuación del proceso arbitral instaurado.
6. En relación a la **excepción de caducidad**, la ENTIDAD señala que, para la procedibilidad de dicha institución procesal, la acción debe ser intentada por el titular del derecho y contra la persona obligada.
7. No obstante, precisa que la impugnación de la resolución del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL de fecha 20.10.2014 realizada por la ENTIDAD no ha sido debidamente efectuada por la parte afectada por dicha resolución, toda vez que, el DEMANDANTE no ha acreditado documentalmente la fusión por absorción producida entre las EMPRESAS CONSTRUCTORA OBREGÓN RBD EIRL Y MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC.
8. Aunado a ello, la ENTIDAD alega que otra prueba de la falta de legitimidad para obrar del DEMANDANTE es que el procedimiento conciliatorio iniciado el 05.10.2016 fue impulsado por la empresa Constructora Obregón RBD, persona jurídica con quien se suscribió el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL de fecha 20.10.2014, siendo incluso que el Acta de Conciliación por Falta de Acuerdo N° 329-2016 de fecha 28.12.2016 la suscribe el representante de la empresa Constructora Obregón RBD.
9. En tal sentido, la ENTIDAD considera que al no haber iniciado el arbitraje la parte legitimada para tal fin, dado que no tenía en ese momento legitimidad para obrar (ni la tiene en esta instancia), la resolución contractual efectuada por Agro Rural ha quedado consentida al no haber sido impugnada por la parte legitimada dentro del plazo establecido por el artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con el artículo 2004° del Código Civil (de aplicación supletoria al caso de autos).

¹ Cas. N° 5615-2007-Lima, Primera Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, 10/04/2008.

10. Por lo expuesto, la ENTIDAD solicita se declare fundada las excepciones de falta de legitimidad para obrar y caducidad, al haber caducado el derecho de la empresa Constructora Obregón RBD, persona jurídica con quien se suscribió el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, a impugnar la resolución contractual.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

11. El DEMANDANTE señala que de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 del DL 1071 - Ley de Arbitraje - el cual se encuentra relacionado a la extensión del convenio arbitral, los actos jurídicos ejercidos por la ENTIDAD aceptando el arbitraje, designando su árbitro de parte y ratificando la aceptación de su árbitro designado mediante la **Carta N° 6665-2016-MINAGRI-PP** de fecha 26.12.2016 y **Carta N° 0027-2007-MINAGRI-PP** de fecha 06.01.2017, se evidencia la aceptación y convalidación de actos para llevar adelante el proceso arbitral; en tal sentido, se debe imponer preponderadamente la doctrina de los actos propios, por cuanto y de los hechos materiales que han precedido a la instalación del tribunal arbitral, se infiere que el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado, tal como lo dispone el citado artículo 14 de la Ley de Arbitraje.
12. Asimismo, afirma que la falta de legitimidad para obrar deducida por la DEMANDADA no debe ser amparada, en atención a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, el cual valora la doctrina de los actos propios, por cuanto los actos jurídicos actuados por la DEMANDADA, aceptando el arbitraje, designando su arbitro de parte y ratificando la aceptación de su árbitro designado, ha desplegado todos sus efectos jurídicos y quedado debidamente consentidos y convalidados.
13. Agrega que, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje establece que se podrá extender el convenio arbitral a no signatarios bajo dos escenarios: i) cuando el consentimiento de someterse a arbitraje se derive de una participación determinante en la relación contractual de fondo; y ii) cuando se pretendan derivar derechos o beneficios de la relación contractual de fondo. En este segundo escenario, se admite la extensión del convenio arbitral a un no signatario en base a su sola afirmación dirigida a derivar derechos o beneficios de la relación contractual de fondo. La norma citada establece que la sola afirmación del no signatario permite que este intervenga en un arbitraje pretendiendo derivar derechos materiales y/o beneficios. Dicha norma, por lo tanto, presenta un importante grado de flexibilidad para el ingreso de no signatarios al arbitraje, exigiendo como requisito únicamente que el no

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

consignatario pretenda derivar derechos del arbitraje al que pretende incorporarse. Al respecto, indica que el reconocido tratadista en material arbitral **Alfredo Bullard Gonzales**, discierne comentando el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, lo siguiente:

Artículo 14 del DEC. LEG N° 1071 (Ley Normativa del Arbitraje)

(...)

“Estoppel/ Equitable Estoppel / Doctrina de los Actos Propios

” Si la conducta de una parte genera la legítima expectativa en la otra que está dispuesta a arbitrar, entonces quedará sujeto a la obligación de hacerlo. Esta simple derivación de la doctrina conocida en el common law o en el derecho internacional como estoppel, o en los ordenamientos de origen romano germánico, como Doctrina de los Actos Propios.

El caso más obvio es el de una empresa que admite participar en un arbitraje a pesar de no ser signataria del convenio y luego pretende excepcionar su participación en otro arbitraje bajo la misma cláusula arbitral alegando que no la ha firmado. La contradicción con su conducta anterior no le permite excepcionar, pues finalmente consintió que estaba dispuesta a arbitrar.”

(...)

Según la doctrina de los actos propios no es legítimo desconocer con la mano izquierda lo que hace con la derecha (...).

En el caso de la extensión del convenio arbitral podríamos decir que la obligación de arbitrar surge cuando la mano derecha se ha comportado aceptando las consecuencias del contrato y luego la mano izquierda pretende negar el carácter vinculante del convenio arbitral referido en el contrato que la mano derecha acepto.”

Alfredo Bullard Gonzales. Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I, P. 392.

14. De otro lado, indica que mediante **Carta N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL/DE** de fecha 23.11.2016, la ENTIDAD comunica su decisión de resolver el contrato suscrito con la CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL.
15. Señala también que mediante **Carta membretada N° 210-2016-MYD** de fecha 05.12.2016 remitida por MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC y debidamente recepcionada por la DEMANDADA con fecha 07.12.2016; se les informó lo siguiente:

“Informe a usted que mediante escritura pública de fecha 27 de setiembre del 2016, otorgado ante Notario Público de Lima Alfredo Zambrano Rodríguez, se formalizó la FUSION POR ABSORCION de

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

las empresas CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL y MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC siendo la primera de las nombradas absorbida por la última.” Asimismo se le informó que “estando a lo dispuesto en la Escritura Pública que formaliza la fusión por absorción, solicita registrar a MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC como titular de los derechos que corresponden al Contrato N° 205/2014-MINAGRI-AGRO RURAL de fecha 20 de octubre 2014 –Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P N° 02-2014-minagri-agro rural “Instalación del Canal de Riego Rangra-Gongopata-Pucajaca-Distrito de Molino Pachitea Huánuco”, con los siguientes datos:

EMPRESA: MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC

RUC: 20516365201

DOMICILIO: CAR. NESTOR GAMBETA MZ. E1 LOTE 02-A- ZONA INDUSTRIAL, ASOCIACIÓN INCA PACHACUTEC, DISTRITO DE VENTANILLA, PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO.

GTE. GRAL: JERONIMO OBREGÓN HERRERA

DNI: 43151603

ADJUNTO LO SIGUIENTE:

- 1. Fotocopia de la Escritura Pública de fecha 27 de setiembre del 2016, mediante el cual se formalizó la fusión por absorción de las empresas CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL y MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC**
- 2. Fotocopia del RUC de MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC**
- 3. Fotocopia DNI de Gerente General, Jerónimo Obregón Herrera.”**

16. Conforme se aprecia del punto anterior, el DEMANDANTE precisa que MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC cumplió con exteriorizar y comunicar a la DEMANDADA el acto societario denominado FUSIÓN POR ABSORCIÓN mediante el cual se arrogaba y asumía la titularidad y legitimidad sobre los derechos que antes correspondían a la CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL sobre el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL de fecha 20.10.2014 –Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL “Instalación del Canal de Riego Rangra-Gongopata-Pucajaca-Distrito de Molino Pachitea Huánuco”.

17. Asimismo, el DEMANDANTE alega que MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC cumplió con exteriorizar y comunicar a la DEMANDADA su domicilio, RUC, la identificación de su gerente general y cumplió con remitir los documentos sustentatorios pertinentes, entre ellos, la Escritura Pública de fecha 27.09.2016, mediante el cual se formalizó la fusión por absorción de las

empresas CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL y MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC, solicitando se le registre como titular de los derechos que antes pertenecían a la empresa absorbida.

18. De igual manera, sostiene que la relación jurídica contractual u obligacional primigenia fue entre la empresa CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL y AGRO RURAL; sin embargo y a razón de lo estipulado en el apartado IV NUMERAL 4.2. de la escritura pública de fecha 27.09.2016, que formaliza la fusión por absorción entre las empresas antes referidas, *“MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC asume a título universal y en bloque, todos los derechos, obligaciones y demás relaciones jurídicas que le corresponden a RDB, sin reserva ni limitación alguna. Como parte de la transferencia a título universal, MYD se convertirá en titular de los derechos, obligaciones y de las relaciones jurídicas que correspondan a RDB, tales como contratos, procesos judiciales, registros administrativos, entre otras.”*
19. Arguye también el DEMANDANTE que mediante **Carta Notarial N° 078-2016/MYD**, notificada a la DEMANDADA el **09.12.2016**, presentó su solicitud de arbitraje.
20. Señala además que mediante **Carta Notarial N° 079-2016/MYD** notificada el 13.12.2016 a la Procuraduría de la DEMANDADA, se le corrió traslado de la solicitud de arbitraje indicando que, en adelante, el titular de los derechos era la empresa MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC en razón de haber operado la fusión por absorción formalizada a través de la Escritura Pública de fecha 27.09.2016.
21. En respuesta a dicha comunicación, el DEMANDANTE señala que mediante **Carta N° 6665-2016-MINAGRI-PP** de fecha 26.12.2016 dirigido a un domicilio inexacto (Calle los Canarios N° 112, Of. 202, distrito de La Molina), la Procuraduría de la **DEMANDADA** aceptó el inicio del proceso arbitral, designando a su árbitro de parte pero indicando que no se cumplió con remitirles la escritura pública que formaliza la fusión por absorción; sin embargo, al ser dirigida dicha carta a una dirección distinta, no se remitió la Carta membretada N° 210-2016-MYD de fecha 05.12.2016 mediante la cual MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC cumplió con comunicar a la ENTIDAD el acto societario denominado fusión por absorción a través del cual asumía la titularidad y legitimidad sobre los derechos que antes correspondían a CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL y la escritura Pública de fecha 27.09.2016 mediante la cual se formalizó la fusión por absorción de las empresas en mención.
22. Aunado a lo expuesto, el DEMANDANTE señala que mediante **Carta N° 0027-2017-MINAGRI-PP** de fecha 06.03.2017, la Procuraduría de la ENTIDAD les remitió a su domicilio legal Car. Néstor Gambeta MZ E1 Lote 02-A- Zona

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Industrial, Asociación Pachacutec, Distrito de Ventanilla –Callao, la **Carta N° 6665-2016-MINAGRI-PP de fecha 26.12.2016**, indicando que el referido documento fue remitido al domicilio que se consigna en el contrato de obra; lo cual manifiesta no es correcto dado que la dirección señalada en el contrato es Av. Los quechuas 1337, 3er piso, Urbanización los Parques de Monterrico – Ate.

23. Con respecto a la resolución de contrato efectuada por la ENTIDAD, el DEMANDANTE señala que la misma no ha quedado consentida, tal como lo afirma la DEMANDADA, ya que con fecha 09.12.2016, se le notificó la Carta Notarial N° 078-2016/MYD donde se solicitaba el arbitraje.

24. Finalmente, sostiene que el **Acta de Conciliación Por Falta De Acuerdo N° 329-2016** de fecha 28.12.2016 ha sido suscrita por el representante legal de MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC, Sr. Jerónimo Obregón Herrera, siendo que la misma acta en su texto identificando a las partes, señala literalmente a la CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL como la solicitante que ha formalizado su fusión por absorción con la empresa MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

25. Luego de expuesto los argumentos de ambas partes, pasaremos a desarrollar si en el presente caso la parte demandante cuenta o no con legitimidad para obrar para iniciar el presente proceso arbitral, por lo que previo a dicho análisis, se debe mencionar que el Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje, normativa procesal aplicable al contrato, no regula de manera expresa dicho presupuesto procesal, en consecuencia de manera supletoria se aplicaría el numeral 6 del artículo 446° del Código Procesal Civil, cuyo contenido es el siguiente:

Artículo 446.- Excepciones proponibles

El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:

- 1.- *Incompetencia;*
- 2.- *Falta de capacidad de ejercicio del demandante o de su representante, de acuerdo al artículo 43 del Código Civil.*
- 3.- *Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado;*
- 4.- *Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda;*
- 5.- *Falta de agotamiento de la vía administrativa;*
- 6.- **Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado;**
- 7.- *Litispendencia;*
- 8.- *Cosa Juzgada;*
- 9.- *Desistimiento de la pretensión;*
- 10.- *Conclusión del proceso por conciliación o transacción;*
- 11.- *Caducidad;*
- 12.- *Prescripción extintiva; y,*

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

13.- *Convenio arbitral.*

14.- *Falta de representación legal o de apoyo por capacidad de ejercicio restringida del demandante o de su representante, de acuerdo al artículo 44 del Código Civil.*

26. De acuerdo al tenor del artículo 446° del Código Procesal Civil, resulta relevante remitirnos a lo que desarrolla la doctrina, respecto a la Legitimidad para obrar a través de diversos autores, tal como se manifiesta a continuación:

Monroy Gálvez sostiene que: “La legitimidad para obrar consiste precisamente en que las personas que tienen su lugar respectivo en la relación jurídica sustantiva, sean exactamente las mismas que ocupan su lugar respectivo en la relación jurídica procesal. Si él o los titulares en la relación jurídica sustantiva no son los mismos en la relación jurídica procesal, no hay legitimidad para obrar. Exactamente lo mismo ocurrirá, por ejemplo, si los titulares de la primera relación son tres, y sólo forma parte de la relación procesal uno ...” “... su incorporación como excepción tiene por fin evitar la prosecución de un proceso en el que la relación jurídica procesal es extraña a la relación sustantiva que le sirve de instrumento. Así mismo, permite que el Juez obste la prosecución de un proceso que no comprende a los realmente afectados y comprometidos en su decisión, por ser titulares de la relación sustantiva (...)”

“En los procesos contenciosos, la Legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o de mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante”.²

27. Asimismo, autores como MONTERO AROCA definen la legitimidad como:

“La capacidad para ser parte se encuentra en la aptitud para ser titular de los derechos, cargas y obligaciones que se derivan de la relación jurídica que es el proceso y es el correlativo en el campo procesal de la capacidad jurídica civil, mientras que la capacidad para comparecer en juicio lo es de la capacidad de obrar y atendiendo a la posibilidad de realizar con eficacia los actos procesales. La primera se tiene o no se tiene, mientras que la segunda en el caso de no tenerse se suple por medio de la representación en sus diversas manifestaciones (...)” .En tal sentido, se puede decir que la legitimatio ad causam o legitimidad para obrar constituye un requisito fundamental para el ejercicio del derecho de acción, pues la falta de éste implica la imposibilidad de que exista un pronunciamiento válido sobre el fondo por no haber coincidencia o identidad entre las partes que conforman la relación jurídica sustantiva y las que integran la relación jurídica procesal.

28. Que, de acuerdo a lo expuesto, se puede observar que la legitimidad para obrar implica que el proceso se debe llevar a cabo entre los mismos sujetos que integran la relación jurídica material. Por tanto, si el o los titulares en la relación jurídica sustantiva no son los mismos en la relación jurídica procesal no hay legitimidad para obrar.

29. Ahora bien, la demandada centra sus argumentos señalando que el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-RURAL-AGRO RURAL y la adenda al referido contrato

² DEVIS ECHANDIA Hernando. En: “Teoría General del Proceso” Tomo I, Ed. Universidad Buenos Aires 1984, p 297.

fueron suscritas por la empresa CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL; sin embargo, la SOLICITUD DE ARBITRAJE presentada ante la Procuraduría de la Entidad mediante la Carta Notarial N° 079-2016/MYD de fecha 05.12.2016 fue presentada por la empresa MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC, cuyo representante no dijo nada ni adjuntó la escritura pública de la fusión por absorción señalada en la solicitud de arbitraje, a través de la cual la empresa CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL fue absorbida por la empresa MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC, ni tampoco copia de la carta con la que habría comunicado formalmente a AGRO RURAL la referida fusión por absorción, en tal sentido, considera que la empresa absorbente no tiene legitimidad al no ser la titular del derecho.

30. Al respecto, este Colegiado considera necesario hacer una relación de los siguientes hechos:

- 90
- a) Con fecha **20.10.2014**, se suscribió el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRORURAL entre la empresa CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB E.I.R.L representada por su representante legal Daniel Rufino Obregón Flores y el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL – AGRO RURAL.
 - b) Con fecha **28.01.2015**, se suscribió una adenda al Contrato entre las mismas partes aludidas en el literal anterior.
 - c) Con fecha **27.09.2016** se generó la Escritura Pública mediante la cual se acredita la fusión por absorción de la empresa CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB E.I.R.L por la empresa MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC, convirtiéndose esta última en la titular de todos los derechos y obligaciones derivadas del contrato suscrito con la AGRO RURAL.
 - d) Con fecha **23.11.2016**, el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL – AGRO RURAL notifica a la empresa CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB E.I.R.L la **Carta Notarial N° 074-2016-MINAGHRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE** de fecha 23.11.2016, mediante la cual, la Entidad resuelve el CONTRATO.
 - e) Mediante **Carta N° 210-2016/C.O.** de fecha 05.12.2016, recibida por la Entidad el **07.12.2016**, la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC comunica y adjunta la escritura pública de fecha 27.09.2016 a través de la cual se formaliza la fusión por absorción de las empresas CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL y MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC y solicita a la Entidad que se registre a la empresa MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC

como titular de los derechos que corresponden al Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL de fecha 20.10.2014.

- f) Con fecha **13.12.2016**, el Gerente General de la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC, Jerónimo Obregón Herrera notifica a la Procuraduría de la Entidad, la **Carta Notarial N° 079-2016/MYD** de fecha 05.12.2016 a través de la cual solicita el inicio de un arbitraje respecto a la resolución de contrato efectuada mediante la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGHRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE de fecha 23.11.2016, indicando en el pie de página de la referida solicitud de arbitraje que mediante Escritura Pública de fecha 27.09.2016, se formalizó la fusión por absorción de las empresas CONSTRUCTORA OBREGÓN RDB EIRL y MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC, siendo la primera empresa absorbida por la última. Asimismo, señala las pretensiones que considera deben ser resueltas mediante el arbitraje y designa su árbitro de parte.
- g) Con fecha **26.12.2016**, la Entidad contesta la solicitud de arbitraje mediante la **Carta N° 6665-2016-MINAGRI-PP** de fecha 26.12.2016, indicando que la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC no cumplió con adjuntar copia de la mencionada escritura pública de fecha 27.09.2016, ni de la carta con la que habría comunicado formalmente a AGRO RURAL sobre la mencionada fusión por absorción, por la cual se colige que el arbitraje estaría siendo iniciado por una persona que carece de legitimidad y se deduciría también que la resolución contractual ha quedado consentida. De igual manera, cumple con designar a su árbitro de parte, precisa el convenio arbitral contenido en el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO-RURAL de fecha 20.10.2014 (suscrito con la empresa CONSTRUCTORA OBREGÓN EDB EIRL) y acepta la invitación a un arbitraje de derecho ad hoc a efectos de que las controversias suscitadas entre las partes sean resueltas por un Tribunal Arbitral.
- h) Mediante **Carta N° 025-2017/MYD** de fecha 03.02.2017, notificada a la Entidad el **06.02.2017**, la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC solicita arbitraje a la Procuraduría de la Entidad mediante la acumulación de nuevas pretensiones.
- i) A través de la **Carta N° 013-2017-MINAGRI-PP** de fecha **28.02.2017**, notificada a la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC en la misma fecha, la Entidad otorga respuesta a la solicitud de acumulación de pretensiones manifestando que la acumulación de pretensiones se deberá presentar al Tribunal Arbitral una vez que se instale y confirma la designación de su árbitro de parte efectuada mediante Carta N° 6665-2016-MINAGRI-PP de fecha 26.12.2016.

31. Tal como se puede observar de los hechos expuestos en el considerando 30 y de los medios probatorios que obran en autos, que si bien es cierto que con fecha **13.12.2016**, la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC solicitó arbitraje ante la Procuraduría de la Entidad indicando que mediante escritura pública de fecha 27.09.2016 se llevó a cabo la fusión por absorción de las empresas CONSTRUCTORA OBREGÓN EDB EIRL y MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC, no acompañando copia de la referida escritura pública ni tampoco copia de la carta mediante la cual comunica formalmente a la demandada AGRO RURAL sobre dicha fusión por absorción; sin embargo, se encuentra acreditado que con fecha **07.12.2016**, es decir con anterioridad a la solicitud de arbitraje, mediante la **Carta N° 210-2016/C.O.**, el demandante comunicó a la demandada AGRORURAL, la fusión por absorción adjuntando la escritura pública de fecha **27.09.2016** que formaliza dicho acto jurídico, por tanto, en dicha fecha, la empresa CONSTRUCTORA OBREGÓN EDB EIRL dejó de ser el titular de los derechos y obligaciones que emanaban de la relación jurídica contractual con la demandada, siendo el nuevo titular la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC, la cual tal como se puede apreciar de los documentos que obran en autos, cuenta con la facultad y la legitimidad para, vía derecho de acción, solicitar el arbitraje mediante la Carta Notarial N° 079-2016/MYD, en tal sentido, para este Colegiado no existe sustento lógico y legal en los argumentos de la Procuraduría de la Entidad, pues si bien dicha información solicitada por la Procuraduría, sirve para acreditar si la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC forma parte de la relación jurídica con AGRORURAL y por ende tiene legitimidad para solicitar arbitraje, dicha documentación carecía de objeto de ser requerida pues fue presentada a la propia Entidad y en el presente proceso arbitral mediante la demanda arbitral, sin perjuicio de señalar que al ser la Procuraduría quien ejercerá la representación y defensa jurídica en el proceso arbitral iniciado por el demandante, es la ENTIDAD quien tiene la obligación de remitir toda la información a la Procuraduría relacionada a la ejecución contractual, entre ellas la Escritura Pública de fecha 27.09.2016 presentada mediante la Carta N° 210-2016/C.O. de fecha 05.12.2016, sin perjuicio de señalar que dicho documento ha sido presentado en el presente proceso arbitral con lo cual queda acreditada la legitimidad para obrar de la empresa que absorbió al titular primigenio de la parte demandante

32. Asimismo, resulta evidente la contradicción existente por parte de la Procuraduría al señalar en su contestación a la solicitud de arbitraje (Carta N° 6665-2016-MIANGRI-PP) que la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC carece de legitimidad al no haber adjuntado copia de la Escritura Pública de fecha 27.09.2016 que acredita la fusión por absorción de las empresas CONSTRUCTORA OBREGÓN EDB EIRL y MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC, cuando en el mismo documento, acepta el inicio del arbitraje, designa a su árbitro de parte y hace referencia al

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

convenio arbitral que se encuentra contenido en el Contrato suscrito entre la empresa CONSTRUCTORA OBREGÓN EDB EIRL y el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL - AGRO RURAL, lo cual no se condice con el principio de buena fe contractual que rige en la Contratación Pública, resultando inadmisibles la postura de la Procuraduría al no existir coherencia en lo expresado en su contestación en la solicitud de arbitraje y lo argumentado en su excepción de falta de legitimidad para obrar, motivo por el cual corresponde aplicar la Doctrina de los Actos Propios.

33. En efecto, la denominada teoría o doctrina de los Actos Propios nace del latín “venire contra factum proprium nulli conceditur”, de allí la expresión “venir contra” sus actos supone la autocontradicción del individuo con un obrar anterior.

La frase “venire contra factum proprium nulli conceditur” es una regla orientada a impedir “una falta de probidad (improbitas) y un resultado objetivamente injusto, que consiste en la pretensión de una persona de alterar su propia posición y contradecirse consigo misma en perjuicio de otra”.

La teoría de los actos propios “es en el lenguaje usual del Derecho, la responsabilidad de todas las consecuencias jurídicas, es decir, cada uno es responsable de sus propios actos y de los efectos que estos se producen, salvo excepciones legales”³

Consiste en una norma de justicia general la cual precisa que “a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres, la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe”⁴.

34. En base a lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que la relación jurídica sustantiva entre la empresa MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC (empresa que absorbe a CONSTRUCTORA OBREGÓN EDB EIRL mediante escritura pública de fecha 27.09.2016) y el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL – AGRO RURAL es la misma que la relación jurídica procesal existente en este proceso arbitral, por lo tanto, la excepción de falta de legitimidad para obrar debe ser declarada **INFUNDADA**.

35. De otro lado, la demandada señala que la resolución contractual efectuada mediante Carta Notarial N° 074-2016-MINAGHRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE de fecha 23.11.2016 ha quedado consentida al no haber sido impugnada por la

³ Diccionario Jurídico OMEBA, Tomo I, Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, 1976, pág. 440

⁴ Enneccerus, Ludwig y Nipperdey, Hans. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Barcelona, Bosch, Tomo I, Volumen 2, 1950, p.495;

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

parte legitimada dentro del plazo establecido en el artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.

36. Al respecto, el Tribunal ha determinado que el demandante MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC si tiene legitimidad para obrar en el presente proceso arbitral, pues cumplió con acreditar ante la Entidad la transferencia de derechos y obligaciones del Contrato por parte de la empresa absorbida CONSTRUCTORA OBREGÓN EDB EIRL (persona jurídica que suscribe el Contrato con la Entidad) la misma que quedó extinguida mediante el acto jurídico de fusión por absorción contenida en la Escritura Pública de fecha 27.09.2016, en ese sentido, corresponde analizar si existe caducidad en el plazo que tenía el demandante para solicitar arbitraje respecto a la resolución de contrato realizada por la Entidad demandada.

37. De acuerdo a los medios probatorios presentados por las partes, se verifica que mediante Carta Notarial N° 074-2016-MINAGHRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE de fecha **23.11.2016**, notificada al Contratista el mismo día, la Entidad comunica su decisión de resolver el contrato, por lo que, de acuerdo al artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante D.S 184-2008-EF, el plazo que tenía el Contratista para solicitar arbitraje era de 15 días hábiles, esto es, hasta el **15.12.2016** y teniendo en cuenta que dicha solicitud arbitral fue presentada a la Procuraduría de la Entidad el **13.12.2016**, es decir, dentro del plazo de caducidad, la resolución de contrato no ha quedado consentida al no haberse producido la caducidad del derecho del demandante, en consecuencia, corresponde también declarar **INFUNDADA** la excepción de caducidad deducida por la demandada.

8. **ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA, ACUMULACION Y RECONVENCIÓN:**

Análisis y resolución de los puntos controvertidos relacionados con la resolución de contrato y la validez del Acta de Recepción de obra de fecha 15.06.2016

- 1) ***Determinar si corresponde o no declarar la Nulidad de la decisión contenida en la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL – DE de fecha 23 de noviembre del 2016, mediante el cual el Programa De Desarrollo Productivo Agrario Rural – Agro Rural, resuelve el Contrato N° 205-2014-MINAGRI- RURAL-AGRO RURAL – Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la Ejecución de la obra***

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

denominada “Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongopata - Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huánuco”.

- 6) **Determinar si corresponde o no declarar válida y eficaz la Resolución Total del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL de fecha 20 de octubre del 2014, efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE del 23 de noviembre del 2016.**
- 7) **Determinar si corresponde o no declarar la validez del Acta de Recepción de Obra de fecha 15 de junio del 2016; y, por consiguiente, Nula la decisión contenida en la Carta Notarial 074-2016-MINAGRI-DVDIAR AGRO RURAL de fecha 23 de noviembre del 2016, mediante el cual el Programa De Desarrollo Productivo Agrario Rural – Agro Rural, resuelve el Contrato N° 205-2014-MINAGRI- AGRO RURAL – Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de la obra “Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongopata – Pucaja – Distrito de Molino Pachitea Huánuco.”**

POSICION DEL CONTRATISTA RESPECTO AL PUNTO CONTROVERTIDO 1) SOBRE LA NULIDAD DE LA RESOLUCION DE CONTRATO

38. A través del **escrito de fecha 05.12.2017** mediante el cual se modifica la primera pretensión principal de la demanda de fecha 23.05.2017, el CONTRATISTA señala que mediante **Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE** de fecha 01.06.2016, recepcionada con fecha **02.06.2016**, la ENTIDAD lo exhorta a efectuar el levantamiento de observaciones, otorgándole el plazo de 15 días (calendario)⁵ para su verificación.
39. Asimismo, señala que el Contratista y los miembros del Comité de Recepción de Obra, se constituyeron oportunamente a la locación de la obra y con fecha **15.06.2016** celebraron y suscribieron el **Acta de Recepción de Obra** de fecha **15.06.2016**, el cual, señala textualmente, lo siguiente:

“Al término de la verificación de las obras ejecutadas por el contratista, empresa CONSTRUCTORA OBREGON RBD EIRL, el comité de recepción ha constatado la misma, verificando que la misma cumple con los lineamientos del expediente técnico y metas contratadas, motivo por lo que determinan que la obra “Instalación del Canal de Riego Rangra- Gongopata- Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huanuco” debe ser recepcionada.

⁵ Plazo (calendario) que contraviene lo dispuesto por el Art. 169 del Reglamento de la ley de Contrataciones.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Entonces, siendo las 17.00 horas del 15.06.2016 se dio por concluido el acto, y se procedió a la suscripción del ACTA DE RECEPCION DE OBRA, en cinco originales de igual valor”

40. De igual manera, asevera que habiendo sido debidamente recepcionada la obra mediante la celebración del Acta de Recepción de fecha 15.06.2016; es que dicho acto jurídico desplegó todos sus efectos jurídicos para las partes y al no existir disposición alguna que anule o revoque dicho acto Jurídico, el mismo queda firme para todos sus efectos⁶. El Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016, dispone que, realizada la verificación de las obras ejecutadas por el contratista, empresa CONSTRUCTORA OBREGON RBD EIRL, el Comité de Recepción ha constatado la misma, verificando que la misma cumple con los lineamientos del expediente técnico y metas contratadas, motivo por lo que determinan que la obra “Instalación del Canal de Riego Rangra- Gongopata- Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huanuco” debe ser recepcionada; por tanto, a consideración del CONTRATISTA, cualquier apercibimiento previo, que haya requerido la ENTIDAD con la intención de pretender resolver el contrato, queda sin efecto legal alguno o ineficaz *ipso iure*, así como NULO y sin efecto legal alguno, todo acto administrativo posterior que se derive de dicho apercibimiento.

41. En ese sentido, el DEMANDANTE alega que habiendo sido legalmente recepcionada la obra el 15.06.2016, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, remitieron dentro del Plazo de Ley y mediante **Carta N° 075-2016-DROF/GG-CON-RDB EIRL de fecha 12.08.2016**, su **liquidación de obra**, debidamente sustentada, a fin que la ENTIDAD proceda de acuerdo a Ley, conforme se verifica en la Opinión N° 190-2017/DTN:

*2.1.2 En la línea de lo antes señalado, el primer párrafo del artículo 211 del anterior Reglamento establecía que “El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, **contado desde el día siguiente de la recepción de la obra** (...)” (El subrayado y resaltado son agregados).*

Como se aprecia, la anterior normativa de contrataciones del Estado regulaba el procedimiento de liquidación de obra, indicando que el plazo para elaborar y presentar la liquidación se computaba desde el día siguiente de efectuada la recepción de obra; esto último se debía a que un presupuesto para iniciar la liquidación de la obra era que la misma

⁶ TUO de la Ley N° 27444

Artículo 211.- Nulidad de oficio

En caso de declaración de nulidad de oficio de **un acto administrativo favorable al administrado**, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

hubiera sido debidamente ejecutada, es decir, conforme a lo previsto en los planos y especificaciones técnicas.

En ese sentido, puede concluirse que a efectos de iniciar el procedimiento de liquidación de la obra era necesario que, previamente, la Entidad hubiera efectuado la recepción de la misma.

42. Agrega también que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, la ENTIDAD tenía 60 días para observar la liquidación o de considerarlo pertinente elaborar otra; sin embargo, la ENTIDAD no observó la liquidación y menos elaboró otra, quedando legalmente consentida su liquidación de contrato.
43. Igualmente, señala que, de acuerdo a la OPINIÓN N° 104-2013/DTN, la ENTIDAD no se encuentra habilitada para calificar o declarar “improcedente” la liquidación presentada oportunamente por el CONTRATISTA, siendo que solo puede observarla o elaborar otra; en tal sentido al no haberse pronunciado LA ENTIDAD dentro del plazo de ley, según lo dispone la parte pertinente del art. 211 del Reglamento de la Ley De Contrataciones, la liquidación ha quedado legalmente consentida y válida para todos sus efectos.
44. Reitera el DEMANDANTE que mediante la remisión de la Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 01.06.2016, recepcionada con fecha 02.06.2016, la ENTIDAD los exhortó y apercibió a efectuar el levantamiento de observaciones, otorgándole el plazo de 15 días (calendario) para efectuar el levantamiento de observaciones y recepcionar la obra, por lo que se procedió a realizar las subsanaciones pertinentes comunicando oportunamente a la ENTIDAD, el levantamiento de las observaciones antes advertidas; y en dicho sentido es que el comité de recepción se constituyó, celebros y suscribió el Acta de Recepción de Obra con fecha 15.06.2016, recepcionandose debidamente la obra y quedando en poder de la ENTIDAD; sin embargo, en un hecho arbitrario, nulo, invalido e inejecutable, la ENTIDAD, decide resolver el contrato de ejecución de obra mediante la remisión de la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016, por la presunta negada causal de no haber subsanado las observaciones advertidas en el proceso de recepción de obra, acto jurídico contraveniente del debido proceso y por tanto NULO IPSO IURE.
45. Manifiesta también el DEMANDANTE que a razón de lo discernido por la Dirección Técnica Normativa del OSCE en la **OPINIÓN N° 038-2013/DTN**, es preciso reseñar que, *“En relación con lo anterior, cabe precisar cuando la Entidad otorgue un plazo para la subsanación de observaciones, no procederá la aplicación de penalidades durante dicho período; en la medida que la Entidad optó por brindar dicho plazo al contratista con la finalidad que cumpliera debidamente*

con las prestaciones a su cargo"; en tal sentido, cualquier motivación conducente a fomentar una aplicación de penalidades por vencimiento de plazo, queda sin efecto y estando a que mediante acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016, subsanaron debidamente las observaciones antes advertidas y se recepcionó debidamente la obra, deviene en improcedente e insubsistente cualquier penalidad al respecto.

46. De igual forma, sostiene que mediante Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 01.06.2016, recepcionada con fecha 02.06.2016, se les otorgó un plazo de 15 días para subsanar las observaciones, es de inferir que dicho plazo y por tanto el apercibimiento quedó desnaturalizado, condonado, conmutado, relevado, y sin efecto legal; por cuanto vencieron los 15 días y luego, vencieron cinco meses, sin que la ENTIDAD se pronunciara sobre los efectos de dicho apercibimiento; máxime si como han manifestado, con fecha 15.06.2016, se extendió por parte del comité de recepción, el acta de recepción de obra.
47. Agrega que estando a que el acto sustancial de apercibimiento previo quedo conmutado, condonado y sin efecto legal, se infiere que cualquier referencia a pretender resolver el contrato de ejecución de obra, trastoca el debido procedimiento y por tanto es nulo. Respecto a la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016, mediante la cual la ENTIDAD remite su decisión de Resolver el CONTRATO N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, el DEMANDANTE señala que dicho acto administrativo deviene en NULO IPSO IURE; ya que con fecha 15.06.2016 se extendió el acta de recepción de obra, quedando dicho acto jurídico firme, al no haber sido anulado o revocado por parte de la ENTIDAD, por tanto, la obra ha sido recepcionada legalmente.
48. Arguye además que el acto administrativo contenido en la Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 01.06.2016, recepcionada con fecha 02.06.2016 quedo sin efecto legal al transcurrir más de 5 meses desde su notificación.
49. Finalmente, respecto a la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016, donde la ENTIDAD comunica su decisión de resolver el Contrato, por la presunta negada causal de no haber subsanado las observaciones advertidas en el proceso de recepción de obra; sin embargo, para el DEMANDANTE, dicho acto jurídico se encuentra viciado de nulidad, se presenta ineficaz e inejecutable, por cuanto, el acto administrativo no tendría existencia si no fuese emitido por autoridad competente, si no se precisase su objeto, si su finalidad no fuese pública, **si no estuviera motivado y si no se hubiera expedido conforme al procedimiento regular**, requisitos esenciales, elementos constitutivos o requisitos de validez de acto administrativos referenciados taxativamente en el Artículo 3º de la Ley N° 27444, Ley del

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Procedimiento Administrativo General, en ese orden de ideas, considera que al no haberse dictado dicho acto jurídico conforme al ordenamiento jurídico; este será pasible de nulidad declarada por acto administrativo posterior, al haberse configurado la causal número 2, contenida en el artículo 10º de Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁷.

POSICION DE LA ENTIDAD RESPECTO AL PUNTO CONTROVERTIDO 1) SOBRE LA NULIDAD DE LA RESOLUCION DE CONTRATO

50. Mediante el **escrito de fecha 25.01.2018**, la ENTIDAD argumenta que el Ing. Marcos A. Salazar Celestino, en su calidad de Presidente del Comité de Recepción de Obra, informa que, en el proceso de recepción de la citada obra, se han realizado los siguientes eventos:

- **Primera visita:** Realizada el 16.03.2016, en la que se verificó que la obra no se podía recibir, suscribiéndose un Acta o Pliego de Observaciones, y otorgándole al Contratista el plazo de 46 días calendario para subsanar las observaciones, cumpliéndose el plazo otorgado el **01.05.2016**.
- **Segunda visita:** Realizada el 12.05.2016, el Comité de Recepción de Obra se constituyó nuevamente en la obra a fin de verificar la subsanación de observaciones del Acta de fecha 16.03.2016; verificando que éstas aún no se habían concluido, por lo que se suscribe una **Segunda Acta de verificación**, detallando las observaciones que no fueron subsanadas, informando a la Entidad lo actuado mediante Carta N° 004-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA –MSC en fecha 18.05.2016, sustentando que las observaciones aún no habían sido subsanadas por el Contratista, por lo que hasta esa fecha el Contratista había incumplido con sus obligaciones contractuales, en retraso injustificado para la culminación y la entrega respectiva de la obra.

51. En razón a ello, la ENTIDAD indica que se notificó al CONTRATISTA mediante Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE sobre el cumplimiento de sus prestaciones para la culminación de la subsanación de Observaciones en fecha 02.06.2016.

⁷ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

52. En respuesta a la Carta Notarial cursada, el CONTRATISTA comunicó mediante Carta N° 042-2016/C.O de fecha 30.05.2016 (fuera del plazo establecido) tener por absueltas totalmente las observaciones advertidas mediante Acta de Observaciones en el proceso de Recepción de Obra de fecha 12.05.2016 y como acto consecuente solicita se expida la conformidad respectiva y la recepción de la obra pertinente.
53. Asimismo, señala que mediante Carta N° 120-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE solicitó al Comité de Recepción de Obra en fecha 08.06.2016, a fin de que cumplan con verificar la subsanación de observaciones, en atención a la comunicación del contratista.
54. En atención a lo solicitado el 06.09.2016, el Ing. Marcos Salazar Celestino, Presidente del Comité de Recepción de Obra, informa a la Dirección Ejecutiva mediante Carta N° 007-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA que en atención a la Carta N° 210-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE, se realizó una tercera visita de verificación de la Obra; encontrando que las observaciones **no han sido subsanadas** encontrándose la obra en situación de "**OBSERVADA**"; adjuntando como medio probatorio la Tercera Acta de Observaciones en el proceso de Recepción de Obra suscrita por el Ing. Marcos Salazar Celestino y el Ing. Julio César Custodio Alvarado, con lo que queda demostrado que el CONTRATISTA no había dado cumplimiento a sus obligaciones verificadas durante el Proceso de recepción de Obra en los plazos establecidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones, las cuales están listas en la Primera, Segunda y Tercera Acta de Observaciones en el proceso de Recepción de Obra.
55. En tal sentido, la ENTIDAD alega que la obra continúa con observaciones que no han sido subsanadas por el Contratista, por lo que se acredita el incumplimiento de condiciones contractuales del Contratista pese a que se le requirió que sean subsanadas, a lo cual el Contratista ha hecho caso omiso incumpliendo así el contrato de ejecución de obra y siendo causal de resolución de contrato de acuerdo a la Cláusula Decima Sexta: Resolución Del Contrato.
56. Señala además que, se ha cumplido con el procedimiento establecido indicado en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, presentando al CONTRATISTA la Carta Notarial N° 068-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 08.11.2016, requiriéndole el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, evidenciándose que el contratista no cumple con dichas obligaciones habiendo además alcanzado la penalidad máxima.
57. Por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 210 del RLCE, señala que: "*Todo retraso en la subsanación de las observaciones que*

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrán dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento (...)” (el subrayado es nuestro).

58. Por lo expuesto anteriormente, la Entidad sostiene que se debe ratificar la validez de la Resolución de Contrato contenida en la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016, siendo que la primera pretensión del Contratista no tiene sustento técnico ni legal, al haber incumplido a sus obligaciones contractuales estipuladas en el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL; declarando infundada la primera pretensión de la demanda.

POSICION DE LA ENTIDAD RESPECTO AL PUNTO CONTROVERTIDO 6) SOBRE LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LA RESOLUCION DE CONTRATO

59. A través del **escrito de fecha 04.08.2017, mediante el cual subsana el escrito de reconvenición de fecha 18.07.2017**, la ENTIDAD sostiene que con fecha 16.03.2016, se suscribe la primera acta de observaciones en el proceso de recepción de obra; documento en el que se consignaron las observaciones encontradas en la obra al término de la verificación de las obras ejecutadas por el CONTRATISTA.

60. Asimismo, señala que con fecha 12.05.2016, se suscribe la segunda acta de observaciones en el proceso de recepción de obra, como resultado de una segunda verificación de las obras ejecutadas por el CONTRATISTA.

61. De igual modo, con Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRORURAL-DE en fecha 02.06.2016 se realiza requerimiento de cumplimiento al contratista, indicando en dicha misiva lo siguiente:

“(...) Se está produciendo demora injustificada en el levantamiento de observaciones durante el proceso de recepción de obra.

Así mismo en concordancia con lo estipulado en el RLCE ”5. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considera como demora para efectos de las penalidades que corresponda y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a las que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en el la Ley, el Reglamento o el Contrato, según corresponda”.

(...) cumpla con culminar con la subsanación de observaciones en un plazo de (15) días calendarios, contados desde el día siguiente de recibida la

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

comunicación, bajo apercibimiento de resolver el contrato por incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales”.

62. En ese sentido, mediante Carta N° 042-2016/C.O de fecha 30.05.2016, el CONTRATISTA manifiesta que “(...) *en estricta atención de las observaciones señaladas por el Comité de Recepción de Obra mediante Cata de Observaciones den el proceso de fecha 12.05.2016 cumpro con remitir nuestro informe técnico con la documentación pertinente y sustento fehaciente que absuelve y levanta totalmente las observaciones contenidas en el acta de observaciones citadas precedentemente debiendo tener en consideración lo regulado en el segundo párrafo del numeral 2 del artículo 210 del reglamento, el cual señala taxativamente que la comprobación que realizará se sujetara a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el acta o pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones.*

Que, atendiendo lo resuelto en la Resolución Directoral N° 275-2015-DVDIAR-AGR RURAL/OAL de fecha 13 de noviembre del 2015, respecto a la aprobación del Presupuesto Adicional N° 01 y la aprobación del Presupuesto Deductivo Vinculante de obra N° 01, la absolución pertinente de observaciones, el sustento técnico legal que lo motiva y el sustento documentario que acompaña; solicito que en el plazo más próximo se expida la conformidad traducida en la recepción formal de la obra.

(...) solicito tener por absueltas totalmente las observaciones advertidas mediante ACTA DE OBSERVACIONES EN EL PROCESO DE RECEPCIÓN DE OBRA de fecha 12 de mayo del 2016 y como acto consecuente expida la conformidad respectiva y recepción de obra pertinente”.

63. Con Carta N° 210-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL del 08 de julio del 2016 se hace llegar al presidente del Comité de Recepción de Obra la documentación presentada por el Contratista mediante Carta N° 042-2016/C.O en 312 folios, referente a la subsanación de observaciones, con la finalidad que proceda, juntamente con los demás miembros del Comité de Recepción, con la verificación de la subsanación de observaciones para recepción final de la obra, en concordancia con lo establecido en la artículo 120 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

64. Mediante Informe Técnico N° 35-2016-AGRORURAL/DIAR-PMSA de fecha 02 de setiembre del 2016, se comunican las observaciones al expediente de liquidación del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, presentada por el Contratista el 12 de agosto del 2016; precisándose, entre otros, la existencia de un acta de recepción de obra, suscrita en fecha 15 de junio del 2016 por el Comité de Recepción y el CONTRATISTA; siendo que dicha acta de recepción de obra no se encuentra firmada por el Presidente del Comité, razón por la cual se solicita el

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

pronunciamiento respectivo por la no suscripción del Acta por parte del Presidente del Comité.

65. Mediante Informe Técnico N° 168-2016-MSC de fecha 06 de setiembre del 2016 se indica lo siguiente:

“Como presidente del Comité de Recepción de la Obra (...) hemos procedido conforme al artículo 120 del RLCE, en ese sentido declaro válido y detallo los actuados por el comité presidido por mi persona:

Ítem	Acto	Fecha	Pronunciamiento
1	Designación del Comité de recepción de obra	02.03.2016	-
2	Primera Acta de observaciones en la recepción de obra	16.03.2016	Obra observada
3	Segunda Acta de observaciones en la recepción de obra	12.05.2016	Obra observada
4	Informe del Comité de Recepción de Obra. Carta N° 004-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA-MCS	18.05.2016	Obra observada
5	Tercera Acta de observaciones en la recepción de obra	25.08.2016	Obra observada

Manifestando (...) que no le corresponde emitir pronunciamiento con respecto a documentos que no fueron convocado (s) ni suscrito (s) bajo su presidencia”.

66. Mediante Carta N° 007-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA-MSC de fecha 06.09.2016, se remite a la ENTIDAD la tercera acta de observaciones en el proceso de recepción de obra, suscrita en fecha 25.08.2016 por los ingenieros Marcos Salazar Celestino y Julio Cesar Custodio Alvarado, indicando además que, no asistió al Acto de verificación el representante del Contratista.

67. Asimismo, se informó que el Comité de Recepción de Obra se constituyó en la obra para verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el acta de fecha 12.05.2016, dejándose constancia que “... las observaciones no se han corregido en su totalidad, por tanto, el Comité de recepción se pronunció indicando que la obra se encuentra observado”.

68. Mediante correo electrónico de fecha 09.09.2016, el consultor de la ENTIDAD encargado de la revisión de la liquidación del contrato manifestó lo siguiente: “(...) LA PRESENTE ES PARA COMUNICAR QUE CON FECHA 07/09/2016 SE HA REMITIDO EL INFORME N° 168-2016-MSC, ACERCA DE LA NO SUSCRIPCIÓN

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

DEL ACTA DE RECEPCIÓN POR EL PRESIDENTE DEL COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA; LA CUAL FUE PREENTADA POR EL CONTRATISTA EN LA OLIQUIDACIÓN DEL CONTRATO (...) U QUE SI ESTA LA FORMA DE LOS OTROS 2 MIEMBROS DE DICHO COMITÉ DONDE RECHAZA Y MANIFIESTA QUE NO CORRESPONDE EMITIR PRONUNCIAMIENTO DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ DE REEPCION CON RESPECTO A DOCUMENTOS QUE NO FUERON CONVOCADOS NI SUSCRITOS BAJO SU PRESIDENCIA (ARTÍCULO 210 NUMERAL 1 ULTIMO PARRAFO "El acta de recepción deberá ser suscrita por los miembros del comité de recepción y el contratista.

Así mismo se ha efectuado una tercera visita convocada por el presidente del comité de recepción emitiendo la tercera acta con 08 observaciones el 25.08.2016. En tal sentido, solicitamos en el más breve plazo el pronunciamiento de los 02 miembros que conforman el comité de recepción que efectuaron la suscripción de dicha acta, a fin de proseguir con tal evaluación de la liquidación en concordancia con el artículo 211 del RLCE".

69. Mediante Informe Legal N° 639-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL de fecha 16.09.2016 se concluye que "no corresponde continuar con el procedimiento de liquidación de obra hasta que no exista un documento (Acta) con el que se acredite formalmente que existe una recepción de obra sin observaciones, y que este documento se encuentre suscrito por todos los miembros designados del Comité de Recepción de Obra (...) solo se podrá tener por válida aquella presentada por el Presidente del Comité de Recepción de Obra de fecha 25.08.2016, en la que aparece que aún existen observaciones".
70. De lo anterior, cabe indicar cuales fueron los incumplimientos contractuales requeridos con Carta Notarial N° 027-2016-MIANGRI-DVDIAR- AGRO RURAL de fecha 02.06.2016 y que, ante su falta de subsanación, determinó la resolución del contrato.
71. En efecto, el 16.03.2016 se produjo una primera verificación de la obra, en la que se evidenció que la obra no se podía recepcionar y se suscribió una acta o pliego de observaciones, la cual debó ser subsanadas por el contratista en el plazo de 46 días calendarios, es decir, hasta el 01.05.2016.
72. Con fecha 12.05.2016, el Comité de Recepción de Obra se constituyó nuevamente en la obra a fin de verificar la subsanación de observaciones del Acta del 16.03.2016; verificando que estas aún no se habían levantado, razón por la cual se suscribió una segunda acta de verificación, detallando las observaciones que persistían; informándose a la ENTIDAD lo actuado mediante Carta N| 004-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA-MCS del 18.05.2016, sustentando las observaciones que aún no habrían sido subsanadas.

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

73. En ese sentido, con fecha 02.06.2016 se notificó al CONTRATISTA mediante la Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE sobre el cumplimiento de sus prestaciones durante el proceso de recepción de obra para la culminación de la subsanación de observaciones.
74. El CONTRATISTA comunicó mediante Carta N° 042-2016/C.O de fecha 30.05.2016 que culminó con la subsanación de observaciones hechas a la obra, alegando tenerlas por absueltas totalmente mediante Acta de Observaciones en el proceso de selección de fecha 12.05.2016
75. Por tal razón, con fecha 08.06.2016, se solicitó al Comité de Recepción de Obra cumplir con verificar la subsanación de observaciones, en atención a lo alegado por el contratista en su Carta N° 042-2016/C.O.
76. Con fecha 01.09.2016, se informó sobre las observaciones encontradas al expediente de liquidación presentada por el CONTRATISTA; documento al que se adjuntó copia legalizadas del Acta de Recepción Final de Obra suscrita el 15.06.2016 por el Ing. Julio Cesar Custodio Alvarado, miembro del Comité de Recepción, por el Ing. Jesús Hidalgo Noreña, miembro del COMITÉ E Inspector de la obra y por el representante legal del CONTRATISTA; documento que no contaba con la firma del Presidente del Comité de Recepción de Obra.
77. Mediante Informe Técnico N° 168-2016-MSC del 06.09.2016 se validó una tercera acta de observaciones suscrita el 25.08.2016.
78. Del mismo modo, con Carta N° 007-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA se dejó constancia que la obra seguía en situación de “observada”, como consta en la tercera acta de observaciones suscrita el 25.08.2016, con lo que queda demostrado que el CONTRATISTA no dio cumplimiento a sus obligaciones contractuales, que en presente caso, es la subsanación de las observaciones verificada durante el proceso de recepción de obra en los plazos establecidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones, los cuales están listadas en la primera, segunda y tercera acta de observaciones en el proceso de recepción de obra.
79. Por lo tanto, se concluye que el Comité de Recepción de Obra verificó la no subsanación de observaciones del acta o pliego de observaciones suscrito en fecha 16.03.2016, en concordancia con lo establecido en el artículo 210 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, suscribiendo una tercera acta de observaciones en el proceso de recepción de obra de fecha 25.08.2016.
80. Por lo expuesto, la resolución del contrato se efectuó en atención a los incumplimientos contractuales incurridos por el contratista en la fase de recepción de obra y de conformidad con la normativa de contrataciones, verificándose que la ENTIDAD no ha incumplido sus obligaciones contractuales.

POSICION DEL CONTRATISTA RESPECTO AL PUNTO CONTROVERTIDO 6) SOBRE LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LA RESOLUCION DE CONTRATO

81. El CONTRATISTA mediante **escrito de fecha 06.09.2017**, señala que la ENTIDAD no ha precisado fundamentación de hechos, fundamentación jurídica y medios probatorios que avalen sus pretensiones y por tanto estos carecen de sustento factico y jurídico y prueba alguna que las apoye; razón por la cual solicita que se desestime su pretensión; sin embargo, el Tribunal mediante la Resolución N° 05 de fecha 08.07.2017 admitió a trámite la reconvencción interpuesta por la ENTIDAD mediante escritos de fecha 18 de julio y 04 de agosto del 2017, corriéndose traslado de la misma al CONTRATISTA para que cumpla con absolverla, conforme consta en los cargos de notificación que obran en autos.

POSICION DEL CONTRATISTA RESPECTO AL PUNTO CONTROVERTIDO 7) SOBRE LA VALIDEZ DEL ACTA DE RECEPCIÓN DE OBRA

82. Mediante **escrito de fecha 05.12.2017**, el Contratista manifiesta que mediante **Acta de Observaciones** en el proceso de recepción de obras de fecha **12.05.2016**, debidamente suscritas por el comité de recepción, se advirtieron ciertas observaciones para ser subsanadas oportunamente por la contratista.

83. Asimismo, asevera que la ENTIDAD con el objeto de recepcionar debidamente la obra, remitió con fecha 01.06.2016 la **Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE**, mediante el cual le requerían el levantamiento de observaciones para la debida recepción de obras, otorgándosele 15 días calendario para dicho efecto.

84. Atendiendo al acta de observaciones en el proceso de recepción de obras de fecha 12.05.2016 y la comunicación citada precedentemente, el CONTRATISTA remitió la **Carta N° 042-2016/CO de fecha 30.05.2016**, mediante el cual remitió su Informe Legal con documentación sustentatoria, absolviendo totalmente las observaciones advertidas en el acta citada precedentemente, con el objeto que el comité de recepción efectuó la debida recepción de obra.

85. De igual manera, argumenta que mediante **Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016**, suscrita y avalada en mayoría por sus miembros debidamente designados para tal efecto, se recepcionó debidamente las obras ejecutadas en el marco del CONTRATO N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL - Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P. N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de la obra denominada "*Instalación del Canal de Riego Rangra-Gongopata- Pucajaca-Distrito de Molino Pachitea Huánuco*", luego

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

de efectuadas las verificaciones de las obras ejecutadas y así disponerlo taxativamente el Comité de Recepción.

86. De igual modo, el CONTRATISTA indica que el Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016, señala textualmente, lo siguiente:

“Al término de la verificación de las obras ejecutadas por el contratista, empresa CONSTRUCTORA OBREGON RBD EIRL, el comité de recepción ha constatado la misma, verificando que la misma cumple con los lineamientos del expediente técnico y metas contratadas, motivo por lo que determinan que la obra “Instalación del Canal de Riego Rangra-Gongopata- Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huánuco” debe ser recepcionada.

Entonces, siendo las 17.00 horas del 15.06.2016 se dio por concluido el acto, y se procedió a la suscripción del ACTA DE RECEPCION DE OBRA, en cinco originales de igual valor”.

87. Al respecto, el CONTRATISTA precisa que la recepción de obra se realizó en razón que CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL (ahora M y D CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC), mediante Carta N° 042-2016/CO de fecha 30 de mayo 2016 remitió su Informe Legal con documentación sustentatoria absolviendo totalmente las observaciones advertidas mediante el acta de observaciones de fecha 12.05.2016⁸, razón por la cual dicho acto administrativo se ha emitido en conformidad con el debido procedimiento y se presenta válido para todos sus efectos⁹. Dicho procedimiento se encuentra avalado en lo dispuesto por el segundo párrafo del numeral 2 del Artículo 210 del Reglamento del Dec. Leg. 1017, el cual señala taxativamente que *“La comprobación que realizará se sujetara a verificar la subsanación de las*

⁸CARTA N° 042-2016/CO de fecha 30 de mayo 2016

Las metas que fueron materia de observación por parte del comité de recepción y advertidas mediante “ACTA DE OBSERVACIONES EN EL PROCESO DE RECEPCION DE OBRA” de fecha 12 de mayo del 2016; fueron pertinentemente absueltas y levantadas en forma fehaciente:

1. Bocatoma.
2. Desarenador-Aliviadero canal de limpia.
3. Muro defensa ribereña (mampostería).
4. Canal de sección de concreto.
5. Tomas Laterales en canal de concreto.
6. Caídas verticales.
7. Transición tipo I, canal concreto a canal tubería.
8. Transición tipo II, canal de concreto a canal tubería.
9. Pase aéreo en sección de tubería.
10. Rápidas poza dissipadora.
11. Plan de manejo ambiental
12. Educación ambiental

⁹TUO DE LA LEY N° 27444- LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 1.- Concepto de acto administrativo

- 1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

observaciones formuladas en el Acta o Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones”.

88. Asimismo, el CONTRATISTA hace referencia al artículo 9 de TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual dispone ubicuamente que *“Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda”*; razón por la cual el acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016, resulta válida para todos sus efectos y por tanto despliega todos sus efectos jurídicos para continuar con el debido procedimiento de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 211 del reglamento de la Ley de Contrataciones¹⁰.

89. De otro lado, sostiene que en el segundo párrafo del artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones (modificado por el D.S. N° 138-2012-EF) se establece que *“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, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. Al respecto, el CONTRATISTA aclara que la ENTIDAD mediante Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 01.06.2016, recepcionada con fecha 02.06.2016, los exhorta a efectuar el levantamiento de observaciones apercibiéndolo de resolver el contrato en el plazo de 15 días; sin embargo, mediante acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016 se culminó con los trabajos de obra y estos fueron debidamente recepcionados por el Comité de Recepción; por tanto cualquier apercibimiento previo a resolver el contrato queda sin efecto ipso iure, así como nulo y sin efecto legal alguno todo acto administrativo posterior que se derive de dicho apercibimiento, tal como lo señala el artículo 13 de la Ley 27444 – Ley del procedimiento Administrativo General:*

TUO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 13.- Alcances de la nulidad

13.1 La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él.

90. Agrega también que el artículo 46 de la derogada Ley de Contrataciones del Estado (Dec. Leg. N° 1017) aplicable al presente contrato, señala que los miembros del comité especial son responsables del cumplimiento de la presente

¹⁰ **Artículo 211°.- Liquidación del Contrato de Obra**

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

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

norma, en este sentido, el CONTRATISTA considera precisar que el procedimiento y plazos perentorios para efectuar la recepción de obra y el proceso para la liquidación del contrato se encuentran contenidos en los artículos 210 y 211 del Reglamento de la Ley de la derogada Ley del Contrataciones, debiendo las partes contratantes ceñirse al mismo en virtud de los principios de legalidad, debido procedimiento, eficacia y predictibilidad que regula la Ley del Procedimiento Administrativo General; razón por la cual mediante acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016, debidamente legalizado por Notario Público de Lima, se recepcionó la obra, señalando el comité de recepción en dicha acta, lo siguiente:

“Al término de la verificación de las obras ejecutadas por el contratista, empresa CONSTRUCTORA OBREGON RBD EIRL, el comité de recepción ha constatado la misma, verificando que la misma cumple con los lineamientos del expediente técnico y metas contratadas, motivo por lo que determinan que la obra “Instalación del Canal de Riego Rangra-Gongopata- Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huanuco” debe ser recepcionada.

Entonces, siendo las 17.00 horas del 15.06.2016 se dio por concluido el acto, y se procedió a la suscripción del ACTA DE RECEPCION DE OBRA, en cinco originales de igual valor”

91. Como consecuencia de la recepción de la obra y de conformidad al artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el CONTRATISTA manifiesta que remitió su liquidación de obra, debidamente sustentada mediante **Carta N° 075-2016-DROF/GG-CON-RDB EIRL de fecha 12 de agosto 2016**, a fin que la ENTIDAD proceda de acuerdo a Ley.
92. Señala también que la ENTIDAD tenía 60 días para observar la liquidación o de considerarlo pertinente elaborar otra; sin embargo, la ENTIDAD no observó la liquidación y menos elaboró otra, quedando legalmente consentida dicha liquidación de contrato, por lo que corresponde pagar el saldo a favor del CONTRATISTA.
93. Finalmente, indica que el artículo 9 de TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que *“Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda”*; en tal sentido, el CONTRATISTA infiere que el acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016, suscrita en mayoría por los miembros del comité de recepción oportunamente designados, resulta válida para todos sus efectos y por tanto despliega todos sus efectos jurídicos para continuar con el debido procedimiento de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 211 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; siendo que cualquier intento de desconocerla o invalidarla deviene en infructuosa e improcedente; máxime si este acto administrativo no ha sido sujeto

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

de procedimiento de nulidad alguno, siendo esto así, resulta inválido cualquier intento o pretensión de realizar un acto posterior conducido a una imaginario acto de levantamiento de observaciones, el cual devendría en antojadizo, ilegal, arbitrario y nulo *ipso iure*.

POSICION DE LA ENTIDAD RESPECTO AL PUNTO CONTROVERTIDO 7) SOBRE LA VALIDEZ DEL ACTA DE RECEPCIÓN DE OBRA

94. Mediante **escrito de fecha 25.01.2018**, la ENTIDAD absuelve la pretensión acumulada, señalando que el CONTRATISTA ha incumplido con el **artículo 210° – Recepción de la Obra y plazos**, al no haber subsanado las observaciones del Comité de Recepción de Obra por lo cual no sería válida el Acta de Recepción que el CONTRATISTA ha elaborado y presentado al Tribunal Arbitral, ya que la obra se encuentra inconclusa generando malestar entre los beneficiarios y pérdidas económicas a los beneficiarios y a la ENTIDAD.

95. Asimismo, manifiesta que con Informe Técnico N° 168-2016-MSC en fecha 06.09.2016, el Ing. Marcos Salazar Celestino remite al Director de Infraestructura Agraria y Riego el pronunciamiento solicitado, indicando lo siguiente:

“Como presidente del Comité de Recepción de la Obra (...) hemos procedido conforme al Art. 210 del RLCE, en ese sentido declaro válido y detallo los actuados por el comité presidido por mi persona (...) Manifestando (...) que no le corresponde emitir pronunciamiento con respecto a documentos que no fueron convocado(s) ni suscrito(s) bajo su presidencia.

96. Además, arguye que con Informe Técnico N° 432-2016-MINAGRI-AGRO RURAL-DA/DZHco.IR del Ing. Julio Custodio Alvarado, miembro del Comité de Recepción, dicho profesional informa que desconoce la existencia del Acta de Recepción de Obra de fecha 15 de junio de 2016, conforme se ha detallado anteriormente.

97. De igual manera, el Inspector de la obra, miembro del Comité de Recepción con Informe N° 006-2016-INSPECTOR/JHN, de fecha 28 de noviembre de 2016, informa que desconoce de la existencia del Acta de Recepción de Obra de fecha 15 de junio de 2016.

98. Por lo mencionado, la ENTIDAD considera que es IMPROCEDENTE la pretensión del contratista que el Tribunal Arbitral declare la validez del ACTA DE RECEPCIÓN DE OBRA de fecha 15 de junio de 2016, y por consiguiente NULA la decisión contenida en la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

POSICION DEL TRIBUNAL

99. Teniendo en cuenta los hechos expuestos por el Contratista y la Entidad, se evidencia que la controversia se encuentra relacionada con la resolución de contrato efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016; en ese sentido, el Tribunal Arbitral, estima conveniente analizar primero las cuestiones de forma, para luego pasar a analizar las cuestiones de fondo que han generado llegar a esta situación de ruptura de la relación contractual, en cuyo análisis también se incluirá la validez del Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016.
100. Al respecto, el artículo 40 del DL 1017 - Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley), otorga la facultad a la Entidad para que, en caso de incumplimiento del Contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido observada previamente por la Entidad, se ponga fin al contrato suscrito ya sea de manera total o parcial, condicionado a que la Entidad haya emplazado al Contratista por la vía Notarial del documento en el que se manifieste dicha decisión y el motivo que la justifica, conforme se aprecia a continuación:

Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento. (Subrayado nuestro)

101. Asimismo, es menester precisar que para que proceda la resolución de contrato efectuada por la Entidad, debe haberse configurado determinada causal y cumplido con el procedimiento de resolución de contrato, que se encuentran regulados en los artículos 168 y 169 del Reglamento de Contrataciones del Estado (en adelante el Reglamento) respectivamente, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° 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 podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169°. (Subrayado nuestro)

Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga 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, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento. (Subrayado nuestro)

102. De igual manera, la Entidad tendrá la facultad de resolver el contrato cuando exista demora por parte del Contratista en subsanar las observaciones que exceda el plazo otorgado en el proceso de recepción de obra, tal como así lo indica el numeral 5 del artículo 210 del Reglamento cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 210.- Recepción de la Obra y plazos

1. En la fecha de la culminación de la obra, el residente anotará tal hecho en el cuaderno de obras y solicitará la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, lo informará a la Entidad, ratificando o no lo indicado por el residente.

En caso que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la Entidad procederá a designar un comité de recepción dentro de los siete (7) días siguientes a la recepción de la comunicación del inspector o supervisor. Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.

En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos.

Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista.

El Acta de Recepción deberá ser suscrita por los miembros del comité y el contratista.

2. De existir observaciones, éstas se consignarán en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna.

Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el cuaderno de obras, lo cual será verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación. El comité de recepción junto con el contratista se constituirán en la obra dentro de los siete (7) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realizará se sujetará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Acta o Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones.

De haberse subsanado las observaciones a conformidad del comité de recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra.

3. En caso que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. El comité de recepción elevará al Titular de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.

4. Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación, la Entidad comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, dará por vencido dicho plazo, ésta intervendrá y subsanará las observaciones con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o de acuerdo al procedimiento establecido en la directiva que se apruebe conforme a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 206°.

5. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda.

6. Está permitida la recepción parcial de secciones terminadas de las obras, cuando ello se hubiera previsto expresamente en las Bases, en el

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

contrato o las partes expresamente lo convengan. La recepción parcial no exime al contratista del cumplimiento del plazo de ejecución; en caso contrario, se le aplicarán las penalidades correspondientes.

7. Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora. 8. Si en el proceso de verificación de la subsanación de las observaciones, el comité de recepción constata la existencia de vicios o defectos distintas a las observaciones antes formuladas, sin perjuicio de suscribir el Acta de Recepción de Obra, informará a la Entidad para que ésta solicite por escrito al contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos. (Subrayado del Tribunal)

103. De las disposiciones citadas, este Colegiado considera que para determinar la validez o no de la resolución de contrato practicada por la Entidad, se debe analizar tanto el procedimiento, como los fundamentos por las cuales dicha parte resolvió el contrato.
104. En ese sentido, con fecha **28.01.2015**, la empresa Constructora Obregón RDB E.I.R.L (empresa absorbida por MYD Constructores y Promotores SAC) y el Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural - Agro Rural suscribieron el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL para la Ejecución de la Obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongopata - Pucajaga, distrito de Molino – Pachitea - Huánuco".
105. Finalizada la culminación de la obra, el Contratista solicitó la recepción de la obra, por lo que la Entidad mediante Resolución N° 001-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL de fecha 27.01.2016 corregida mediante la R.D N° 006-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DIAR de fecha 12.02.2016 **se designó a los miembros del Comité de Recepción de Obra** cuyos integrantes fueron el Ingeniero Marco Antonio Salazar Celestino¹¹ (Presidente), Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado¹² y el Ingeniero Jesús Hidalgo Noreña¹³.
106. Posteriormente, con fecha **16.03.2016**, el Comité de Recepción de Obra, conformado por el **Ingeniero Marco Antonio Salazar Celestino (Presidente), Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado y el Ingeniero Jesús Hidalgo Noreña** conjuntamente con el representante del Contratista CONSTRUTORA OBREGON RDB EIRL (empresa absorbida por MYD CONTRATISTAS Y

¹¹ Funcionario de la Dirección de Infraestructura Agraria y Riego

¹² Funcionario de la Dirección Zonal Huánuco

¹³ Inspector de Obra designado por la Entidad

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

PROMOTORES SAC) se apersonaron a la obra a efectos de verificar el funcionamiento de la misma y como consecuencia de ello, sea entregada a la Entidad, sin embargo, se suscribe la **Primera Acta de Observaciones** en el proceso de recepción de obra, formulándose **23 observaciones** a la obra ejecutada por el Contratista, y por lo cual, se le otorgó a dicha parte un plazo de **46 días calendarios** para subsanar las observaciones conforme a lo indicado en el **numeral 2 del artículo 210 del Reglamento**, venciéndose dicho plazo el **01.05.2016**.

107. Asimismo, con fecha **12.05.2016**, el Comité de Recepción de Obra, conformado por el **Ingeniero Marco Antonio Salazar Celestino (Presidente)**, **Julio Cesar Custodio Alvarado** y el **Ingeniero Jesús Hidalgo Noreña** conjuntamente con el representante del Contratista CONSTRUTORA OBREGON RDB EIRL (empresa absorbida por MYD CONTRATISTAS Y PROMOTORES SAC), suscribieron una **Segunda Acta de Observaciones** en el proceso de recepción de obra, indicándose que las observaciones realizadas en la primera visita no se han corregido en su totalidad, permaneciendo **13 observaciones** pendientes de subsanar, con lo cual, se procederá conforme a lo indicado en **el numeral 3 del artículo 210 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**.
108. Tomando en cuenta el incumplimiento de subsanación de la observaciones, mediante **Carta N° 042-2016/C.O** de fecha 25.05.2016, recibida por la Entidad el **30.05.2016**, el Contratista remite a la Entidad su Informe Técnico - Legal con la documentación correspondiente, mediante el cual manifiesta absolver y levantar las observaciones efectuadas en la segunda acta de observaciones de fecha 12.05.2016, por lo que solicita la recepción de la obra.
109. Sin embargo, a través de la **Carta Notarial N°027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE** de fecha 01.06.2016, recibido por el Contratista **02.06.2016**, la Entidad requiere al Contratista, para que en un plazo de 15 días cumpla con culminar con subsanar las observaciones efectuadas a la obra, bajo apercibimiento de resolver el contrato por incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, conforme se aprecia a continuación:

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Ministerio de Agricultura y Riego
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación del mar de Grau"

01 JUN. 2016

73

RECIBIDO
Lima

CARTA NOTARIAL N° 027 - 2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE

Señor
DANIEL RUFINO OBREGON FLORES
CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L.
Av. Los Quechuas N° 1337, Dpto. 3B, Urb. Los Parques de Monterrico
Ate -

Asunto : Requerimiento de Cumplimiento

Referencia : a) Carta N° 004-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA-MSC
b) Informe Técnico N° 054-2016/KZG
c) Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL

De mi consideración

Me dirijo a usted en relación al asunto y documento de la referencia a), b) y c) para comunicarle los incumplimientos contractuales que su representada viene realizando durante el proceso de recepción de la obra: "INSTALACION DEL CANAL DE RIEGO RANGRA-GONGAPATA, DISTRITO DE MOLINO, PACHITEA-HUANUCO"

En efecto su representada, ha incurrido en las siguientes causales de incumplimiento Contractual, Legal y Reglamentario especificada en el artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por DS 138-2012-EF.

"Demora injustificada en el levantamiento de Observaciones durante el proceso de recepción de obra"

Artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado
(...)
5. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el Contrato por incumplimiento. Las penalidades a las que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda

En tal sentido, en aplicación de lo dispuesto en el art. 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se requiere a vuestra representada cumpla con sus obligaciones antes indicadas, esto es: cumpla con culminar con la subsanación de observaciones en un plazo de (15) días calendario, contados desde el día siguiente de recibida la presente, bajo apercibimiento de resolver el contrato por incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales.

Atentamente,

PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO
AGRO RURAL - ACUICULTURAL

Econ. MARCO ANTONIO VINELLI RUIZ
DIRECTOR EJECUTIVO

CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L.
RECIBIDO
12.06.16

CUT. 162138 - 2014

110. Con Carta N° 210-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 08.06.2016, la Dirección Ejecutiva de la Entidad le hace llegar al Ingeniero Marco Antonio Salazar Celestino, Presidente del Comité de Recepción de Obra, la documentación presentada por el Contratista mediante la Carta N° 042-2016/C.O

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

a fin de que el Comité de Recepción verifique la subsanación de observaciones para la recepción final de la obra.

111. Con fecha **15.06.2016**, el Comité de Recepción de Obra en Mayoría, conformado por el **Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado** y el **Ingeniero Jesús Hidalgo Noreña** conjuntamente con el representante del Contratista, suscribieron el **Acta de Recepción de Obra** al haber verificado dichos funcionarios del Comité de Recepción de Obra de la Entidad, que la obra cumpliría con los lineamientos del expediente técnico y metas contratadas.
112. No obstante, con fecha **25.08.2016**, el Comité de Recepción de Obra en Mayoría, conformado por el Presidente del Comité de Recepción de Obra, **Ing. Marcos Salazar Celestino** y el **Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado** suscribieron la **Tercera Acta de Observaciones de Obra** indicando que las observaciones efectuadas en la segunda acta de observaciones de fecha 12.05.2016, no se han corregido en su totalidad.
113. A través del **Informe Técnico N° 035-2016-AGROIRURAL/DIAR-PMSA** de fecha **02.09.2016**, el Consultor de la Dirección de Infraestructura Agraria y Riego comunica las observaciones al expediente de Liquidación de Obra presentada por el Contratista el **12.08.2016**, indicando que existía un Acta de Recepción de Obra suscrita en fecha 15.06.2016 por el Comité de Recepción y el Contratista, precisándose que en la referida acta no se encontraba la firma del Presidente del Comité de Recepción de obra.
114. Asimismo, mediante **Informe Técnico N° 168-2016-MSA de fecha 06.09.2016**, el Ing. Marcos Salazar Celestino (Presidente del Comité de Recepción de Obra) comunica al Director de Infraestructura Agraria y Riego que como Presidente del Comité de Recepción de Obra han procedido conforme al artículo 210 del Reglamento, por lo que declara valido los siguientes actuados presidido por su persona:

Item	Acto	Fecha	Pronunciamiento
1	Designación del Comité de Recepción de Obra	02.03.2016	-
2	Primera Acta de Observaciones en la recepción de la obra	16.03.2016	Obra observada
3	Segunda Acta de Observaciones en la recepción de la obra	12.05.2016	Obra observada
4	Informe del Comité de Recepción de Obra. Carta N° 004-2016-COMITÉ DE RECEPCION DE OBRA-MSA	18.05.2016	Obra observada
5	Tercera Acta de Observaciones en la recepción de la obra	25.08.2016	Obra observada

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Sin embargo, manifiesta que no le corresponde emitir pronunciamiento con respecto a documentos que no fueron convocados ni suscritos bajo su presidencia.

115. Mediante **Carta N° 007-216-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA** de fecha **06.09.2016**, el Presidente del Comité de Recepción de Obra Ing. Marcos Salazar Celestino remite a la Entidad la Tercera Acta de Observaciones de fecha 25.08.2016 suscrita por su persona y el Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado.
116. Finalmente, a través de la **Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE** de fecha **23.11.2016**, la Entidad manifiesta que ante el incumplimiento de las obligaciones del Contratista señaladas en la Carta Notarial N°027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE, que configuran la causal establecida en el numeral 1 del artículo 168 del reglamento al no haberse subsanado las observaciones dentro del plazo otorgado, comunica su decisión de resolver el contrato, tal como se aprecia a continuación:



Lauda Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

213

PERU Ministerio de Agricultura y Riego Vice Ministerio de Desarrollo e Infraestructura Agraria y Riego

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación del Mor de Grau"

23 NOV 2016

CARTA NOTARIAL N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE

Señor
DANIEL RUFINO OBREGON FLORES
CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL
Los Canarios N° 112 - Oficina N° 202 - La Molina
Frente al Centro de Convenciones ESENCIA - LA MOLINA

Presente -

Asunto: Resolución de Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra - Gongapata - Pucayaga, distrito de Molino - Pachitea - Huánuco".

Ref: a) Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRI-DVDIAR - AGRO RURAL- DE
b) Informe Técnico N° 101-2016/KZG.
c) Informe Legal N° 700-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL/DAL

De mi consideración:

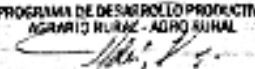
Es grato dirigirme a usted, a fin para comunicarle que mediante documentos de la referencia a), se pone en conocimiento de su representada, el incumplimiento de levantamiento de las observaciones durante el proceso de recepción de obra en el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, correspondiente a la ejecución de obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra - Gongapata - Pucayaga, distrito de Molino - Pachitea - Huánuco", otorgándole un plazo de quince (15) días calendario para que cumpla con la subsanación de observaciones, bajo apercibimiento de resolver el referido contrato.

En ese sentido, ante el incumplimiento de sus obligaciones claramente definidas en la Carta Notarial de la referencia a), lo mismas que configuran la causal prescrita en el numeral 1 del artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, al no haberse subsanado las observaciones dentro del plazo otorgado, la Ley de Contrataciones del Estado faculta a la Entidad a resolver el contrato, de conformidad a lo establecido en el artículo 169 del mismo cuerpo normativo.

Por lo expuesto, en atención a los documentos b) y c) de la referencia, y de conformidad con lo previsto en el artículo 169 del Reglamento citado en el párrafo precedente, se **RESUELVE EL CONTRATO N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL**, para la ejecución de obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra - Gongapata - Pucayaga, distrito de Molino - Pachitea - Huánuco", por haber incumplido sus obligaciones contractuales. En ese sentido, se llevará a cabo el acto de Constatación física e inventario de la obra, y como punto de inicio, la progresiva 0+00 del proyecto Bocatoma, el día viernes 25 de noviembre de 2016 a las 10:00 horas, de conformidad con el artículo 209 del Reglamento.

Sin otro particular quedo de usted.

Atentamente,

PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO
AGRARIO RURAL - AGRO RURAL

LIC. JORGE RODRIGUEZ LAVA
DIRECTOR EJECUTIVO RM

Se adjunta copia de: a) Informe Técnico N° 101-2016/KZG.
b) Informe Legal N° 700-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL/DAL

JAR/UG/080

* Inciso 1 artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL - AGRO RURAL
AV. SALAVERRY N° 1388 - JESUS MARIA
CENTRAL TELEFÓNICA 205-8030
WWW.2016rural.gob.pe

REDACTADO EN ESTA NOTARIA

NOTARIA ALZAMORA

ANA MARIA ALZAMORA TORRES
Jr. Garcilaso de la Vega 1595, Lince
1-5332

42.15.6

NOTARIA ALZAMORA
Jr. Garcilaso de la Vega 1595, Lince
Email: alzamorainfo@notariasalzamura.com

23 NOV. 2016

Telf: 474-0000 - 474-0002

RECIBIDO

Hora: 5:57 pm

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

117. Al respecto, este Colegiado advierte que la carta de apercibimiento de resolución de contrato (**Carta Notarial N°027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE**), fue notificada por conducto notarial al Contratista por la Entidad; sin embargo, no cumplió con indicar de manera expresa, cuáles fueron las observaciones que el Contratista no habría cumplido con subsanar, pues solo hace referencia a informes que sustentan la decisión contenida en dicho documento.
118. Asimismo, se aprecia que la Entidad cumplió con notificar al Contratista la carta resolutoria del contrato (**Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE**), por la vía notarial, también cumplió con citar al Contratista a la Constatación física e inventario indicando la fecha y hora de dicha diligencia, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 209 del Reglamento; sin embargo, no cumplió con indicar de manera expresa y detallada las observaciones que considera que el Contratista no habría cumplido con subsanar, tal como ocurre en la carta de apercibimiento de resolución de contrato, en tal sentido, este Colegiado considera que la Entidad no cumplió válidamente con el procedimiento de resolución de Contrato, establecido en el artículo 169 del Reglamento; por lo que corresponde ahora efectuar el análisis de fondo y establecer si el Contratista incurrió en incumplimiento injustificado respecto al levantamiento de las observaciones realizadas a la recepción de obra.
119. Pues bien, de los argumentos expuestos precedentemente, los cuales motivaron la resolución de contrato de la Entidad mediante la **Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE**, este Colegiado verifica que con fecha **16.03.2016**, el Comité de Recepción de obra integrado por el Ingeniero Marco Antonio Salazar Celestino (Presidente), el Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado y el Ingeniero Jesús Hidalgo Noreña, conjuntamente con el representante del Contratista suscribieron una **primera acta de observaciones** al no haber cumplido el Contratista con los establecido en los planos y las especificaciones técnicas, otorgándose al Contratista un plazo de 46 días hábiles, para que subsane las 23 observaciones encontradas por el Comité de Recepción de Obra, de conformidad a lo señalado en el numeral 2 del artículo 210 del Reglamento.
120. Asimismo, y luego de vencido el plazo otorgado, el Contratista solicitó nuevamente la recepción de la obra, motivo por el cual, el Comité de Recepción de Obra se constituyó nuevamente en la obra a fin de verificar la subsanación de las observaciones formuladas en la primera acta de observaciones, no pudiéndose formular nuevas observaciones, sin embargo, el Contratista no cumplió con subsanar el total de las observaciones consignadas en la primera acta permaneciendo pendiente de subsanar 13 observaciones, razón por la cual, tanto los miembros del Comité y el Contratista suscribieron una **segunda acta de observaciones** de fecha **12.05.2016**, dejando constancia dicho Comité, que procederían conforme al numeral 3 del artículo 210 del Reglamento.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

121. Al respecto, el numeral 3 del artículo 210 indica lo siguiente: *“En caso que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. El comité de recepción elevará al Titular de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.”*
122. Tal como se desprende del citado párrafo del artículo 210 del Reglamento, en caso que el Comité de Recepción de obra no estuviese conforme con la subsanación a las observaciones, se anotará dicha discrepancia en el acta respectiva, seguidamente el Comité elaborará y remitirá un informe al Titular de la Entidad respecto a las observaciones a la obra en un plazo máximo de cinco días, para luego, en el mismo plazo la Entidad se pronuncie, y de persistir dicha discrepancia, la misma será sometida a conciliación arbitraje dentro de los quince días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.
123. Al respecto, se aprecia en autos que mediante **Carta N° 004-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA –MSC** de fecha **18.05.2016**, el Presidente del Comité de Recepción de Obra cumplió con remitir a la Entidad su informe sobre las observaciones encontradas en la primera acta de observaciones señalando que al comprobar que dichas observaciones no fueron levantadas en su totalidad, se suscribió una segunda acta de observaciones.
124. Ante lo informado por el Presidente del Comité, la Dirección de Infraestructura y Riego de la Entidad emitió el **Informe Técnico N° 054-2016/KGZ** de fecha **26.05.2016**, donde concluye que existe retraso en la culminación del levantamiento de las observaciones por parte del Contratista por lo que solicita que se requiera al Contratista a fin de que culmine con el levantamiento de las observaciones, bajo apercibimiento de Resolución de Contrato por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, tal como así lo establece el numeral 5 del artículo 210 del reglamento: *“Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda”*.
125. Es así que, en base a lo expresado en la Carta N° 004-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA –MSC y el Informe Técnico N° 054-2016/KGZ, con fecha **02.06.2016**, la Entidad, amparada en el numeral 5 del artículo 210 del Reglamento, notifica al Contratista la **Carta Notarial N°027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE** de fecha 01.06.2016 donde se le requiere al

Contratista para que, en un plazo de 15 días, cumpla con culminar con la subsanación de las observaciones, bajo apercibimiento de resolver de contrato.

126. Sin embargo, previo a dicho apercibimiento de resolución del contrato, con fecha **30.05.2016**, el Contratista había remitido a la Entidad la **Carta N° 042-2016/C.O** adjuntando su Informe Técnico - Legal a través del cual manifiesta haber cumplido con absolver y levantar las observaciones efectuadas en la segunda acta de observaciones de fecha **12.05.2016**, por lo que solicita la recepción de la obra. Dicho informe técnico fue remitido al Presidente del Comité de Recepción mediante **Carta N° 210-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE** de fecha **08.06.2016** con el fin de que el Comité verifique la subsanación de las observaciones para que se proceda con la recepción de la obra, debiéndose precisar que existía un requerimiento de resolución de contrato.

127. Tomando en cuenta lo anterior, con fecha **15.06.2016**, el Comité de Recepción de Obra, conformado por el **Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado y el Ingeniero Jesús Hidalgo Noreña** conjuntamente con el representante del Contratista, suscribieron el **Acta de Recepción de Obra** al haber verificado dichos miembros del Comité de Recepción de Obra de la Entidad, que la obra cumpliría con los lineamientos del expediente técnico y metas contratadas, por lo que, con fecha **12.08.2016**, mediante Carta N° 075-2016-DROF/GG-CO-RDB E.I.R.L., y dentro del plazo otorgado en el artículo 211 del Reglamento, el Contratista remitió a la Entidad su liquidación final de obra, sin embargo, la Entidad no continuó con el procedimiento de liquidación de obra, esto es, observar la liquidación o elaborar una nueva, en base a los siguientes documentos y argumentos presentados en el proceso arbitral:

- 1) Con fecha **25.08.2016**, el Comité de Recepción de Obra, conformado por el Presidente del Comité de Recepción de Obra, **Ing. Marcos Salazar Celestino** y el **Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado (miembro del colegiado que también suscribió el acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016)** se apersonó nuevamente a obra para verificar si el Contratista había cumplido con levantar las observaciones, requerimiento que había sido notificado al Contratista bajo apercibimiento de resolver el contrato mediante la Carta Notarial N°027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE, suscribiéndose una **Tercera Acta de Observaciones de Obra** en la cual se señala que las observaciones efectuadas en la segunda acta de observaciones de fecha 12.05.2016, no se corrigieron en su totalidad.
- 2) A través del **Informe Técnico N° 035-2016-AGROIRURAL/DIAR-PMSA** de fecha **02.09.2016**, el Consultor de la Dirección de Infraestructura Agraria y Riego comunica las observaciones al expediente de Liquidación de Obra presentada por el Contratista el **12.08.2016**, indicando que existía un Acta de Recepción de Obra suscrita en fecha 15.06.2016 por el Comité de Recepción

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

y el Contratista, precisándose que en la referida acta no se encontraba la firma del Presidente del Comité de Recepción de obra.

- 3) Asimismo, mediante **Informe Técnico N° 168-2016-MSC de fecha 06.09.2016**, el Ing. Marcos Salazar Celestino (Presidente del Comité de Recepción de Obra) comunica al Director de Infraestructura Agraria y Riego que como Presidente del Comité de Recepción de Obra han procedido conforme al artículo 210 del Reglamento, por lo que declara valido los siguientes actuados presidido por su persona:

Item	Acto	Fecha	Pronunciamiento
1	Designación del Comité de Recepción de Obra	02.03.2016	-
2	Primera Acta de Observaciones en la recepción de la obra	16.03.2016	Obra observada
3	Segunda Acta de Observaciones en la recepción de la obra	12.05.2016	Obra observada
4	Informe del Comité de Recepción de Obra. Carta N° 004-2016-COMITÉ DE RECEPCION DE OBRA-MSC	18.05.2016	Obra observada
5	Tercera Acta de Observaciones en la recepción de la obra	25.08.2016	Obra observada

Sin embargo, manifiesta que no le corresponde emitir pronunciamiento con respecto a documentos que no fueron convocados ni suscritos bajo su presidencia.

- 4) De igual manera, indica que mediante **Carta N° 007-216-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA** de fecha **06.09.2016**, el Presidente del Comité de Recepción de Obra Ing. Marcos Salazar Celestino remite a la Entidad la Tercera Acta de Observaciones de fecha 25.08.2016 suscrita por su persona y el Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado.
- 5) También señala que el Comité de Recepción de obra actúa como un órgano colegiado, esto es, que los acuerdos que se adopten en relación a la existencia de observaciones o a la pertinencia de proceder a la recepción de obra sin observaciones, deben ser adoptadas por todos los miembros.
- 6) Adicionalmente, sostiene que, si existe una copia del Acta de Recepción de obra ejecutada, ésta no puede ser considerada que la obra se encuentra recepcionada; ya que, resulta contradictoria con la tercera acta de observaciones, no se cuenta con la firma del Presidente del Comité de Recepción y, finalmente porque no se ha acreditado que el Contratista ha cumplido con levantar las observaciones formuladas.

- 7) También señala que existen indicios de falsedad en el Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016 y que deberá acreditarse dicha falsedad mediante peritaje que la Entidad ofrecerá como prueba de parte.
- 8) Finalmente, señala que al no haber cumplido el Contratista con el levantamiento de las observaciones dentro del plazo otorgado en la Carta Notarial N°027-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL, la Entidad, a través de la **Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE** de fecha **23.11.2016**, comunica al Contratista su decisión de resolver el contrato.
128. De acuerdo a lo manifestado en el punto 1) al 8) del considerando 127, la Entidad cuestiona el Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016, ya que no ha sido suscrita por el Presidente del Comité de Recepción de Obra, teniendo en cuenta que las decisiones del Comité deben ser adoptadas por todos sus miembros que la conforman, resulta contradictoria con la tercera acta de observaciones de fecha 25.08.2016, no se ha acreditado que el Contratista haya subsanado las observaciones formuladas en la tercera acta y que existen indicios de falsedad en el acta de recepción de obra documento que debe ser sometido a peritaje, medio probatorio ofrecido por la Entidad.
129. Al respecto, este Colegiado considera que los argumentos de la Entidad no generan convicción en el Tribunal, debido a que el Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016 si bien fue suscrito por dos miembros del Comité de Recepción, el Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado y el Ingeniero Jesús Hidalgo Noreña y no por el Presidente del Comité Ingeniero Marcos Salazar Celestino, las partes no puede desconocer dicho acto jurídico, ya que mediante **Carta N° 210-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE** de fecha **08.06.2016**, la Entidad remitió al Presidente del Comité de Recepción de obra, el Informe Técnico presentado por el Contratista el 30.05.2016, mediante la **Carta N° 042-2016/C.O**, donde manifiesta haber cumplido con absolver y levantar las observaciones efectuadas en la segunda acta de observaciones de fecha **12.05.2016**, en ese sentido, al conocer de manera directa el Presidente del Comité de Recepción de Obra, que el Contratista habría cumplido con levantar las observaciones a la obra (Acta de Levantamiento de Observaciones de fecha 16.03.2016), de manera diligente, se debió convocar a los otros miembros del Comité para la verificación in situ y corroborar la subsanación de las observaciones, situación que se presenta en este caso, pues dos de los miembros del Comité conjuntamente con el representante del Contratista a excepción del Presidente, y dentro de un plazo razonable y de manera diligente (tomando en cuenta que el Comité no tiene un plazo indefinido para recepcionar la obra), se apersonaron a la obra y suscribieron con fecha 15.06.2016 el Acta de Recepción de Obra, no existiendo en dicho documento justificación de ausencia del Presidente, ya sea expresado por el mismo mediante un documento o por los miembros del Comité, en ese sentido, al

no existir dicha justificación, no se puede analizar si la inclusión del presidente es importante o no porque dicho funcionario debió estar atento a las comunicaciones realizadas por el contratista a fin de subsanar las observaciones cuando existía un requerimiento de cumplimiento de observaciones bajo apercibimiento de resolver el contrato.

130. Con relación a las decisiones del Comité de Recepción de Obra, las cuales deben ser tomadas de manera conjunta conforme lo indica la norma, resulta contradictorio dicho argumento porque se cuestiona el acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016 por no haber sido suscrito por el Presidente (fue suscrito por el Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado y el Ingeniero Jesús Hidalgo Noreña) cuando el Acta de Observaciones de fecha 25.08.2016 (documento emitido posteriormente al acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016) fue suscrito por el Presidente Ingeniero Marcos Salazar Celestino y el Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado (miembro del Comité que también suscribió el acta de recepción de obra), es decir, no fue suscrito de manera colegiada tal como lo indica la Entidad amparado en lo que establece la norma, sin embargo, en el acta de recepción de obra existía conocimiento del Presidente del Comité del levantamiento de observaciones del Contratista, por lo que su ausencia es responsabilidad estricta de dicho profesional, resultando válido el levantamiento del acta de recepción con dos de los miembros el Comité de Recepción de Obra, mas no de la tercera acta de observaciones pues el Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado suscribe el acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016 manifestando el levantamiento de observaciones pero posteriormente, el 25.08.2016, manifiesta lo contrario, siendo irregular su actuación como miembro del Comité de Recepción de Obra.

131. Respecto a que el Acta de Recepción de Obra es contradictoria con el Acta de observaciones de fecha 25.08.2016, este Tribunal considera que no existe contradicción puesto que, tal como se ha desarrollado en los considerandos 129 y 130, existe un acto de recepción de obra plasmado en el Acta de fecha 15.06.2016 donde se deja constancia que la obra cumple con los lineamientos del expediente técnico y metas contratadas, esto es, que se ha cumplido con levantar las observaciones formuladas por el Comité mediante Acta de observaciones de fecha 16.03.2016, en tal sentido, la tercera acta de observaciones es inválida, no solo por existir un acta de recepción de obra, sino porque fue emitida más de dos meses y medio después de ser alcanzado al Presidente del Comité de Recepción de Obra, el informe técnico del contratista presentado con la Carta N° 210-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE, por el cual solicita la recepción de la obra al haberse levantado las observaciones, contribuyendo con dicha demora a que se contravengan los Principios de la Contratación Pública, sin perjuicio de señalar que la tercera acta de observaciones de fecha 25.08.2016, fue emitida dentro del procedimiento de liquidación final de obra, pues dicho procedimiento inició el 12.08.2016 con la presentación de la liquidación del Contratista y por el Comité de Recepción de Obra cuando correspondía que el

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

titular de la Entidad cumpla con observar la liquidación del contratista o elaborar una nueva liquidación.

132. Con respecto a que no se ha acreditado que el Contratista haya subsanado las observaciones formuladas en la tercera acta de observaciones de fecha 25.08.2016, este Colegiado considera que no es correcto lo manifestado por la Entidad, ya que mediante el acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016 se encuentra acreditado el levantamiento de las observaciones formuladas mediante el acta de observaciones de fecha 16.03.2016, debiéndose precisar además que la tercera acta de observaciones es inválido para el Tribunal conforme a lo expresado en el considerando precedente.
133. En relación a los indicios de falsedad alegado por la Entidad, no se encuentra acreditado en autos, que el Ingeniero Julio Cesar Custodio Alvarado, miembro del comité que no reconoce el contenido del Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016, haya presentado alguna denuncia respecto a la falsificación de su firma en la referida acta, ni que la Entidad haya formulado alguna tacha en el proceso contra dicho documento al sostener que tiene indicios de falsedad, tampoco que en el proceso se haya formulado alguna pretensión que cuestione la validez del acta de recepción, ni por último que la Entidad haya cumplido con presentar un peritaje para cuestionar la veracidad del medio probatorio en mención. En consecuencia la ENTIDAD, no ha cumplido con utilizar las herramientas jurídicas que la ley le brinda, con el objeto de sustentar y fundamentar sus afirmaciones. Debe tenerse en cuenta que la carga de la prueba, la tiene quien trata de demostrar lo que considera correcto. Sin embargo, la ENTIDAD, tiene expedito el derecho de recurrir a la institución de vicios ocultos si persistiera en su afirmación de que la Obra tiene observaciones por subsanar y que tal como lo afirma habrían causado perjuicio a los usuarios. Pero los funcionarios que no cumplieron a cabalidad con el encargo de recepcionar la Obra en los plazos establecidos en la Ley de contrataciones y su Reglamento, no pueden pretender que se paralice el proceso de culminación del contrato, sabiendo que luego de recepcionada la Obra lo que continua es la Liquidación económica final de la Obra y las consecuencias que se generan al no cumplir con el procedimiento establecido.
134. En base a lo expuesto, el Tribunal ha determinado que el Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016 es válido, por tanto, el Contratista si cumplió con levantar las observaciones de la obra tal como se deja constancia en la referida acta que la obra cumple con los lineamientos del expediente técnico y metas contratadas, en ese sentido, al no existir incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del Contratista, no se configura la causal contenida en el numeral 1 del artículo 168 del Reglamento de Contrataciones del Estado, causal de resolución de contrato invocada por la Entidad para resolver el contrato mediante la **Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE** de fecha **23.11.2016**, en consecuencia, la resolución de contrato tiene vicios de

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

nulidad por lo que corresponde declararla nula al no haberse cumplido con las disposiciones normativas contenidas en el artículo 168, 169 y 210 del Reglamento.

135. Por lo expuesto, corresponde desestimar la primera pretensión principal de la primera reconvenición de fecha 18.07.2017 referida a la validez y eficacia de la resolución de contrato declarándola **INFUNDADA**, asimismo, se determina amparar la primera pretensión principal de la demanda modificada mediante escrito de fecha 05.12.2017 y la pretensión acumulada referidas a la nulidad de la resolución de contrato y la validez del acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016 respectivamente, declarándolas **FUNDADAS**.

8.1 PUNTO CONTROVERTIDO 2) DEL ACTA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS DE FECHA 13 DE JUNIO DEL 2018, RELACIONADO CON LA TERCERA PRETENSION DE LA DEMANDA

- 2) *Determinar si corresponde o no declarar consentida la Liquidación del Contrato de Obra presentada por el Contratista y en consecuencia ordenar a la Entidad el pago del saldo a favor del Contratista por el importe de S/. 470,841.49 soles, más intereses.*

POSICION DEL CONTRATISTA

136. A través del **escrito de fecha 05.12.2017** mediante el cual se modifica la tercera pretensión principal de la demanda de fecha 23.05.2017, el CONTRATISTA señala que con acta de recepción de obra de fecha 15.06.2016, se recepcionó debidamente la obra, señalando el comité de recepción en dicha acta, lo siguiente:

“Al término de la verificación de las obras ejecutadas por el contratista, empresa CONSTRUCTORA OBREGON RBD EIRL, el comité de recepción ha constatado la misma, verificando que la misma cumple con los lineamientos del expediente técnico y metas contratadas, motivo por lo que determinan que la obra “Instalación del Canal de Riego Rangra-Gongopata- Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huanuco” debe ser recepcionada.

Entonces, siendo las 17.00 horas del 15.06.2016 se dio por concluido el acto, y se procedió a la suscripción del ACTA DE RECEPCION DE OBRA, en cinco originales de igual valor”

137. Asimismo, señala que habiendo sido recepcionada legalmente la obra (Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, se remitió su liquidación

de obra mediante **Carta N° 075-2016-DROF/GG-CON-RDB EIRL de fecha 12.08.2016**, debidamente sustentada, a fin que la ENTIDAD proceda de acuerdo a Ley.

138. Agrega que, de acuerdo al procedimiento de liquidación final de obra, establecido en el citado artículo 211, la entidad tenía 60 días para observar la liquidación o de considerarlo pertinente elaborar otra; sin embargo, la ENTIDAD no observó la liquidación y menos elaboró otra, quedando legalmente consentida dicha liquidación de contrato, razón por la cual se erige de pleno derecho la declaración de consentimiento de la liquidación y el pago del saldo a su favor.
139. Hace referencia el CONTRATISTA a la **OPINIÓN N° 104-2013/DTN**, mediante la cual se indica que la ENTIDAD no se encuentra habilitada para calificar o declarar “improcedente” la liquidación presentada oportunamente por este, siendo que solo puede observarla o elaborar otra.
140. Asimismo, indica que en la citada opinión del OSCE, se señala que *“la Entidad tiene un plazo máximo de sesenta (60) días, contados desde la mencionada presentación, para emitir su pronunciamiento –ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra– y notificarlo al contratista para que este se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes”*. Al respecto, debe indicarse que **“el hecho que una liquidación de obra quede consentida genera efectos jurídicos y económicos. Los primeros, implican que la liquidación del contrato de obra quede firme y, en ese sentido, no pueda ser cuestionada por las partes posteriormente, en tanto se presume que su no observación dentro del plazo establecido implica su aceptación. Los segundos efectos, consecuencia directa de los primeros, implican que, al determinarse el costo total de la obra y el saldo económico a favor de alguna de las partes, se origine el derecho al pago del saldo a favor del contratista o de la Entidad, según corresponda”**. De acuerdo a lo expuesto, el Contratista considera que los efectos jurídicos del consentimiento de la liquidación de obra implican que esta quede firme; es decir, no pueda ser cuestionada por las partes posteriormente, en tanto se presume que su no observación dentro del plazo establecido presupone su aceptación; asimismo, se genera el derecho al pago del saldo económico a favor de alguna de las partes, de corresponder.
141. En ese sentido, afirma el Contratista que estando a que la Entidad no se ha pronunciado dentro del plazo de ley, según lo dispone la parte pertinente del art. 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, la liquidación ha quedado legalmente consentida y válida para todos sus efectos, generándose el derecho de pago a su favor el importe de S/. 470,841.49 (cuatrocientos setenta mil ochocientos cuarenta uno y 49/100 soles), más intereses.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

142. Finalmente, el Contratista alega que por el Principio de Preclusión Procesal, el proceso administrativo se va desarrollando por etapas, de modo que si se supera una etapa o fase procesal, se pasa a la siguiente y no existe posibilidad de retroceder, por lo que habiendo quedado firme la recepción de obra, es que procedió a presentar su liquidación de contrato, quedando consentida al vencer el plazo de Ley, sin que la ENTIDAD se haya pronunciado de acuerdo a Ley y lo dispuesto en la normatividad aplicable.

POSICION DE LA ENTIDAD

143. Mediante el **escrito de fecha 25.01.2018**, la ENTIDAD manifiesta que con Informe Técnico N° 35-2016-AGRORURAL/DIAR-PMSA de fecha 02.09.2016, el Consultor de la Dirección de Infraestructura Agraria y Riego comunica las observaciones al Expediente de Liquidación del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL para la ejecución de la Obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra –Gongapata, Distrito de Molino, Pachitea –Huánuco", presentada por la CONSTRUCTORA OBREGON RDB EIRL de fecha 12.08.2016 indicando, entre otros; la existencia de un "**Acta de recepción de Obra**", suscrita en fecha 15.06.2016, por el Comité de Recepción y el CONTRATISTA; precisando que dicha acta de recepción de obra no se encuentra firmada por el Presidente del Comité, por lo que solicita el pronunciamiento respectivo por la NO suscripción del Acta por parte del Presidente del Comité.

144. Asimismo, señala que mediante Informe Técnico N° 168-2016-MSA en fecha 06.09.2016, el Ing. Marcos Salazar Celestino remite al Director de Infraestructura Agraria y Riego el pronunciamiento solicitado, manifestando lo siguiente:

"Como presidente del Comité de Recepción de Obra (...) hemos procedido conforme al Art. 210 del RLCE, en ese sentido declaro válido y detallo los actuados por el comité presidido por mi persona: Manifestando (...) que no le corresponde emitir pronunciamiento con respecto a documentos que no fueron convocado(s) ni suscrito(s) bajo su presidencia.

145. Igualmente, indica la ENTIDAD que con Carta N° 007-2016-COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA-MSA de fecha 06.09.2016, el Ing. Marcos Salazar Celestino, Presidente del Comité de Recepción de Obra remite a la Dirección Ejecutiva, la Tercera Acta de Observaciones en el proceso de recepción de obra suscrita en fecha 25.08.2016 por los Ingenieros Marco Salazar Celestino y Julio Cesar Custodio Alvarado, indicando además que, no asistieron al acto de verificación el Ing. Jesús Hidalgo Noreña, miembro del comité y el representante de la Constructora Obregón RBD EIRL.

146. De igual manera, señala que el Ing. Marcos Salazar Celestino informa que el Comité de recepción de Obra, se constituyó en la obra para verificar la

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

subsanación de las observaciones formuladas en el Acta de fecha 12.05.2016, indicando que la obra se encuentra “observada”.

147. En tal sentido, la ENTIDAD indica que debe tenerse en consideración que el Comité de Recepción de obra actúa como un órgano colegiado, esto es, que los acuerdos que se adopten en relación a la existencia de observaciones o a la pertinencia de proceder a la recepción de obra sin observaciones, deben ser adoptadas por todos los miembros, dejando constancia de tales acuerdos o posibles discrepancias en la respectiva acta, la misma que por ser el documento que recoge el sentido de la decisión adoptada por cada uno de los miembros del comité de Recepción de Obra, deben constituir una sola y única Acta del referido comité.
148. Agrega que, atendiendo a esta misma condición de órgano colegiado, le corresponde al presidente del comité asegurar la regularidad de las deliberaciones o reuniones que se sostengan en el ejercicio del encargo efectuado, levantar el Acta de acuerdos adoptados y encargarse de ejecutar tales acuerdos, para lo cual el presidente puede hacerse cargo de preparar la agenda, llevar y actualizar las actas.
149. De esta manera habiendo quedado acreditada la existencia de observaciones respecto de la Obra ejecutada, al haber validado el Presidente el Acta de Observaciones de fecha 25.08.2016, no procede continuar con el proceso de liquidación hasta que se cuente con un Acta firmada por todos sus integrantes y se deje constancia que no existen observaciones pendientes de subsanar. En caso contrario, no existe un acto formal de recepción de obra.
150. Precisa además que, si obra una copia del Acta de Recepción de obra ejecutada, ésta no puede ser tomada en consideración para efectos de cualquier pretensión del Contratista de afirmar que la obra se encuentra recepcionada; en primer lugar, porque resulta contradictoria con el Acta de Recepción de Obra con Observaciones a las que se ha referido anteriormente, lo cual constituye un procedimiento por decir lo menos irregular.
151. En segundo lugar, porque no se cuenta con la firma del Presidente del Comité de Recepción y, finalmente porque no se ha acreditado que el Contratista ha cumplido con levantar las observaciones formuladas; por el contrario, a razón de lo manifestado por el presidente refiere este la existencia de observaciones que se encontrarían pendientes de ser levantadas.
152. En base a ello, la ENTIDAD considera que no corresponde continuar con el procedimiento de Liquidación de Obra hasta que no exista un documento (Acta) con el que se pueda acreditar, formalmente que existe una recepción de obra sin observaciones, y este documento se encuentre suscrito por todos los miembros designados del comité de Recepción de Obra; por lo que ante la consulta

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

planteada en relación a la validez de las actas que existen en el Expediente de Liquidación de Obra, solo se podrá tener por válida aquella presentada por el Presidente del Comité de Recepción de Obra de fecha **25.08.2016**, en la que aparece que aún existen observaciones.

153. Además, asegura que con Nota Informativa N° 323-2016-MINAGRI-AGRO RURAL-DA/DZHco., de fecha 21.09.2016, la Dirección Zonal Huánuco, remite el Informe Técnico N° 432-2016-MINAGRI-AGRO RURAL-DA/DZHco.IR del Ing. Julio Custodio Alvarado, miembro del Comité de Recepción, en el que manifiesta lo siguiente respecto a la firma del Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016:

- *Que todas las coordinaciones en relación a la Recepción de Obra (...), se han realizado con el presidente del Comité de Recepción, designado con Resolución N° 006-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DIAR de fecha 12 de febrero de 2016.*
- *Las comunicaciones han sido realizadas a través del correo institucional, siendo la primera, en la fecha del 09 de marzo de 2016, con la finalidad de proceder a la recepción de la Obra para la fecha del 16 de marzo de 2016. El suscrito participó de este proceso en la misma fecha convocada según autorización de salida N° 003055 de fecha 15 de marzo de 2016 suscribiéndose el Acta del 16 de marzo de 2016 (...).*
- *La segunda notificación también comunicada a través del correo institucional, en la fecha del 02 de mayo de 2016, con la finalidad de realizar la segunda visita y verificar el levantamiento de observaciones en el proceso de Recepción de la Obra para la fecha 12 de mayo de 2016. El suscrito participó de este proceso en la fecha convocada según autorización de salida N° 003132 del 09 de mayo de 2016, suscribiéndose la segunda Acta de observaciones (...)*
- *La tercera notificación también fue comunicada a través del correo institucional en la fecha 18 de agosto de 2016 y reiteradas en las fechas del 19 y 23 de agosto, con la finalidad de realizar la tercera visita y verificar el levantamiento de observaciones (...) para el 25 de agosto de 2016. El suscrito participó de este proceso, en la misma fecha convocada, según autorización de salida N° 003349 de fecha 24 de agosto de 2016, suscribiéndose la Tercera Acta de Observaciones en el proceso de recepción de obra con la asistencia de Ing. Marco Salazar Celestino y el suscrito.*
- *Concluyendo que el suscrito solo se ha desplazado a la Obra en las tres visitas de verificación a solicitud del Ing. Marcos Salazar Celestino, como presidente del Comité de Recepción de Obra y con las autorizaciones de salida respectivas.*
- *Desconoce su asistencia a la Obra en la fecha 15 de junio de 2016 y cualquier documento que se haya generado en esa fecha respecto a la Recepción de obra.*

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

154. De otro lado, asevera la ENTIDAD que el CONTRATISTA no puede sustentar su liquidación de obra en un documento no generado por el Comité de Recepción, el cual tiene indicios de *falsedad*, sobre cuya base no se puede sustentar legalmente un acto jurídico lícito, en cuyo sentido el Tribunal Arbitral deberá compulsar esta situación, lo cual deberá acreditarse a través del peritaje que se ofrecerá como prueba de parte.
155. Por todo lo manifestado, la ENTIDAD solicita que la tercera pretensión principal del CONTRATISTA, debe ser declarado IMPROCEDENTE por no tener sustento técnico ni legal y debido a que, existiendo una resolución de contrato amparada por la normativa en contrataciones, y de acuerdo al artículo 211 del Reglamento, establece que NO se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.
156. Finalmente, respecto a la vía acumulativa originaria subordinada, mediante la cual el CONTRATISTA pide que se ordene el pago del saldo a favor del CONTRATISTA por el importe de S/. 470,841.49 soles, más intereses, la ENTIDAD considera que la misma resulta IMPROCEDENTE por no tener sustento técnico ni legal.

POSICION DEL TRIBUNAL

157. Con respecto al presente punto controvertido, el Tribunal estima necesario que previo a efectuar el análisis correspondiente a la tercera pretensión principal de la demanda modificada mediante escrito de fecha 05.12.2017, este Colegiado determine si es válido que proceda la liquidación del contrato a pesar de existir controversias pendientes de resolver (resolución de contrato).
158. Al respecto, el Tribunal considera pertinente hacer una relación de hechos narrados por las partes, los cuales se encuentran acreditados en el presente proceso arbitral, a efectos de determinar si existía controversias pendientes de resolver, esto es la resolución de contrato, al momento de la presentación de la liquidación final de obra por parte del Contratista, conforme se aprecia a continuación:

	FECHA	OBSERVACIONES
Acta de Recepción de Obra	Acta suscrita el 15.06.2016	Documento suscrito por la mayoría de los miembros del Comité de Recepción de Obra, la cual ha sido declarada valida en el presente proceso por el

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama*

		Tribunal.
Presentación de Liquidación del Contratista	Con fecha 12.08.2016 y dentro del plazo otorgado por el artículo 211, el Contratista presentó a la Entidad su Liquidación de Obra	La Entidad dentro del plazo de 60 días calendario debe presentar las observaciones a la liquidación o elaborar una nueva liquidación. Dicho plazo venció el 11.10.2016 .
Resolución de Contrato efectuada por la Entidad	Mediante Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE notificada al Contratista el 23.11.2016 , la Entidad resolvió el Contrato	En dicho documento se citó al Contratista para el día 25.11.2016 para efectuar la constatación física e Inventario.
Constatación Física e Inventario	No se tiene conocimiento si se llevó a cabo dicha diligencia de acuerdo a lo expresado en los argumentos y medios probatorios presentados por las partes	
Solicitud de Arbitraje presentada por el Contratista por resolución de Contrato	Con fecha 13.12.2016 el Contratista solicitó Arbitraje a la Entidad (Según Art. 209, el Contratista tenía plazo de 15 días hábiles para solicitar arbitraje. El plazo venció el 15.12.2016)	Según los datos obtenidos en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral. No obra en el expediente Solicitud de Arbitraje

159. Del acuerdo al cuadro anterior, se advierte que la resolución de contrato efectuada por la Entidad al Contratista fue el 23.11.2016, por lo que el Contratista, de acuerdo a los medios probatorios presentados por las partes, solicitó arbitraje a la Entidad el 13.12.2016, conforme se aprecia en el Acta de Instalación del Tribunal:

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama



Fecha de inicio del Arbitraje:	13 de diciembre de 2016	Expediente: 1121-2017
Partes:	M y D Constructores y Promotore S.A.C. ²	Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural
DNI / RUC:	20516365201	20477936882
Contrato:	Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de la obra: "Instalación del canal de riego Rangra - Gongopata - Pacajaga, distrito de Molino - Pachitea - Huánuco".	
Monto del Contrato S/:	1'916,074.93	
Cuantía de la Controversia S/:	Indeterminada	
Tipo de Proceso de Selección:	Adjudicación de Menor Cuantía	
N° Proceso de selección:	92-2014-MINAGRI-AGRO RURAL	
Valor Referencial S/:	2,128,972.14	
Fecha de convocatoria:	10/09/2014	
N° de la Convocatoria:	1	
N° de ítem:	1	
Preensiones, según solicitud de arbitraje:	Infundado e ineficaz resolución total del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL	

ACTA DE INSTALACIÓN DE TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC

En la ciudad de Lima, siendo las 15:00 horas del día 02 de Mayo de 2017, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, sito en Edificio El Regidor N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima; se reunieron los miembros del Tribunal Arbitral conformado por los señores Mario Manuel Silva López, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, Luis Eduardo Adrianzen de Lama, Árbitro y Aurelio Moncada Jiménez, Árbitro; conjuntamente con el abogado Karla Yessenia Madueño Hilarzo, representante de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral encargado de resolver el presente arbitraje.

PARTES³

Las partes que participan en la presente diligencia son:

(i) M y D Constructores y Promotore S.A.C. (en adelante **EL DEMANDANTE**), debidamente representado por el gerente general de la empresa, el señor Jerónimo Obregón Herrera, identificado con DNI N° 43151603, según vigencia de poder de fecha 10 de enero de 2017 que obra en el expediente.

En este acto los miembros del Tribunal Arbitral otorgan a la representante de la empresa M y D Constructores y Promotore S.A.C. un plazo de tres (03) días hábiles a efectos de que formalice su representación, mediante una vigencia de poder actualizada, la misma que no podrá tener una antigüedad mayor a 30 días.

(ii) Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural (en adelante **EL DEMANDADO**), debidamente representada por la abogada Karen Giuliana Loarte Flores, identificada con Registro del Colegio de Abogados de Lima N° 54840 y con DNI N° 42501141, según

¹ De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 218 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. 184-2008-EF, el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito, por lo que la fecha a consignarse en este rubro es la correspondiente a la fecha de entrega de la solicitud de arbitraje a la contraparte.

² Empresa que absorbió a la empresa Constructora Obregon RDB E.U.R.L.


³ Esta sección podrá ser adecuada al caso de consorcios, personas naturales o jurídicas extranjeras y otros, consignando la información que correspondiera.

160. En ese sentido, si bien es cierto que la solicitud de arbitraje (13.12.2016) refleja la existencia de controversias relacionadas con la resolución de contrato, es cierto también que dicha controversia se originó después de la presentación de la Liquidación de obra (12.08.2016), por lo tanto, este Tribunal considera que no existía controversias pendientes cuando el Contratista presentó su liquidación, por

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

lo que si procedía iniciar válidamente el procedimiento de liquidación regulado por el Artículo 211 del Reglamento¹⁴.

161. Ahora bien, una vez determinado por el Tribunal que no existían controversias pendientes de resolver, para el contratista proceda a la presentación de la liquidación de obra, corresponde efectuar el análisis de la tercera pretensión principal de la demanda modificada mediante escrito de fecha 05.12.2017 a efectos de saber si la liquidación final de obra presentada por el Contratista quedó o no consentida, para lo cual el Tribunal Arbitral considera pertinente hacer un recuento de los sucesos que habrían originado el consentimiento de la liquidación de obra presentada por el Contratista:

- 
- i. Que, con fecha 20.10.2014 el Contratista y la Entidad suscribieron el Contrato de Obra 205-2014-MINAGRI-AGRORURAL, para la Ejecución de Obra: “Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongopata – Pucaja, distrito de Molino – Pachitea - Huánuco”.
 - ii. Que, mediante Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016.
 - iii. Que, a través de la Carta N° 075-2016-DROF/GG-CO-RDB E.I.R.L, recepcionada por la Entidad el 12.08.2016 (según lo manifestado por la propia Entidad mediante Informe Técnico N° 35-2016-AGRORURAL/DIAR-PMSA), el Contratista alcanzó su Liquidación Final de obra con un saldo a favor del Contratista de **S/. 403,641.24** (Cuatrocientos tres mil seiscientos cuarenta y uno con 24/100 soles.

162. Pues bien, luego de hacer un recuento de los hechos que originaron la controversia respecto a la liquidación de obra presentada por el Consorcio, corresponde señalar en primer lugar, la definición de liquidación. Al respecto, ALVAREZ PEDROSA¹⁵ manifiesta que: *“la Liquidación es el ajuste formal de cuentas. Podemos decir que es el conjunto de operaciones realizadas para determinar lo pagado en relación con el contrato original, actualizado, Adicionales, Intereses, Gastos Generales, Utilidad, etc., y las cuentas en favor de la Entidad, tales como penalidades, amortizaciones, deducciones, etc. Estamos pues, ante un proceso de cálculo técnico, en función de las condiciones contractuales y de las disposiciones legales aplicables al tema, cuya finalidad principalmente, es el costo*

¹⁴ **Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra**

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

(...)

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

¹⁵ **ALVAREZ PEDROSA**, Alejandro. (2009). “Comentarios a la Nueva Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado”. Volumen II. Pacifico Editores. Pág. 1499.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

total de la obra y el saldo económico que puede ser en favor o en contra del contratista o de la Entidad; tiene como propósito verificar que las prestaciones se hayan llevado a cabo estrictamente con sujeción al contrato.”

163. Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, este Colegiado advierte que en las Cláusulas del Contrato, no se encuentra regulada la figura jurídica de la liquidación de obra, por lo que la norma legal aplicable a la presente controversia relacionada con la liquidación de obra es el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – D.S 184-2008-EF, cuyo artículo 211° regula el procedimiento de Liquidación de obra y bajo que supuesto, dicha liquidación quedará consentida, conforme se aprecia a continuación:

Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra

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

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

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

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

(...)

No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver. (Resaltado nuestro)

164. Ahora bien, de acuerdo con el tenor del artículo citado, los hechos manifestados por las partes durante el arbitraje y las pruebas presentadas por estas, este Tribunal concluye lo siguiente:

1.- Con fecha 15.06.2016 se suscribe el Acta de Recepción de Obra por la mayoría de sus miembros, la cual ha sido declarada válida por este Tribunal.

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

*2.- El Contratista mediante Carta N° 075-2016-DROF/GG-CO-RDB E.I.R.L, recepcionada por la Entidad el **12.08.2016** presentó su Liquidación Final de Obra, dentro del plazo de sesenta (60) días contados a partir de la recepción de obra. Dicho plazo venció el **15.08.2016**.*

*4.- La Entidad no cumplió con observar la liquidación de obra presentada por el Contratista o elaborar una nueva liquidación dentro del plazo de sesenta (60) días otorgado en el artículo 211° del Reglamento. Dicho plazo venció el **11.10.2016**.*

*5.- Finalmente, una vez vencido el plazo que tenía la Entidad para pronunciarse sobre la liquidación, el Contratista no se pronunció dentro de los quince (15) días otorgados en el Reglamento sobre las observaciones que debía, pero que no realizó la Entidad. Dicho plazo venció el **26.10.2016**.*

165. De lo expuesto, el Tribunal Arbitral advierte que la Entidad no cumplió con el procedimiento de liquidación final de obra contemplado en el artículo 211° del Reglamento, ya que luego de haber presentado el Contratista su liquidación final de obra mediante Carta N° 075-2016-DROF/GG-CO-RDB E.I.R.L, la Entidad debió formular observaciones a la liquidación del Contratista o luego de justificar su necesidad, elaborar una nueva liquidación; sin embargo, se observa que la Entidad cursó internamente documentos como el Informe Técnico N° 35-2016-AGRO RURAL/DIAR-PMSA, mediante el cual el Consultor de la Dirección de Infraestructura Agraria y Riego comunica las observaciones realizadas al expediente de liquidación final de obra presentada por el Contratista con fecha 12.08.2016, indicando la existencia de un Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016 cuyo documento no se encontraba suscrito por el Presidente del Comité de Recepción de Obra solicitando que el Presidente del Comité emita pronunciamiento respecto al mencionado documento, acto que no forma parte del procedimiento establecido por la Norma especializada de Contratación Pública, ya que las observaciones debieron ser formuladas por el Titular de la Entidad, sobre los montos económicos fijados en la liquidación del Contratista y comunicadas al representante legal del Contratista, que en este caso podría haber sido el descuento de las partidas que no habían sido efectuadas de acuerdo a las especificaciones técnicas, las mismas que son cuantificables y pasibles de ser consideradas en las observaciones de una liquidación, por tanto, queda claro para este Tribunal, que la Entidad incumplió con su obligación legal de observar la liquidación presentada por el contratista, contenida en el artículo 211 del Reglamento.

166. En ese orden de ideas, el Tribunal considera que existe incumplimiento de la Entidad de no formular observaciones a la liquidación de obra, por lo que no existiría incumplimiento del Contratista en pronunciarse sobre observaciones que nunca fueron formuladas por la Entidad a la liquidación de obra presentada por el Contratista, por tanto, siendo que el plazo máximo para que la Entidad formule

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

observaciones o presente una nueva liquidación válidamente es de sesenta (60) días naturales, el cual venció el 11.10.2016, y no habiendo cumplido con dicho requerimiento legal, resulta evidente que, ante dicho incumplimiento, el Tribunal concluya que la liquidación de obra presentada por el Contratista quedó consentida.

167. En efecto, al haber presentado el Contratista su liquidación del Contrato dentro del plazo legal y no existiendo observaciones de parte de la Entidad, de conformidad con el artículo 211° del Reglamento, corresponde declarar consentida la liquidación presentada por el Contratista mediante Carta N° 075-2016-DROF/GG-CO-RDB E.I.R.L, recepcionada por la Entidad el 12.08.2016, por el saldo a favor del Contratista de S/. 403,641.24 soles.
168. No obstante, el consentimiento surte efectos únicamente respecto de los montos consignados en la liquidación final de obra que ha quedado consentida y sobre aquellos conceptos que de acuerdo a Ley pueden estar incluidos en una liquidación, más no respecto de los conceptos que no se encuentren relacionados con la ejecución de la obra.
169. Así, debe observarse la Opinión N 020-2016/DTN a través de la cual la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado señala que:

“... la liquidación del contrato de obra debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra. Adicionalmente, también puede incorporarse otros conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes.

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

(...)

si bien la normativa de contrataciones del Estado permitía la inclusión de conceptos resarcitorios en la liquidación de obra, dicha inclusión estaba permitida únicamente para aquellos supuestos expresamente contemplados; en consecuencia, una Entidad no podía incluir en la liquidación de obra cualquier otro concepto resarcitorio que sea ajeno a los previstos expresamente por la normativa de contrataciones del Estado.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Este criterio respondía a que los conceptos resarcitorios que la normativa permite incluir en la liquidación eran fácilmente determinables, en atención a que establecer su cuantía no requería de un complejo trabajo probatorio.”

170. Esta opinión nos deja ver claramente que en una liquidación final del contrato de obra, únicamente pueden incorporarse aquellos conceptos que forman parte de la ejecución contractual y aquellos que no siendo parte de ésta, se encuentran expresamente permitidos por ley; en ese sentido, una liquidación consentida no puede generar derecho a procurarse un beneficio económico derivado de un concepto incluido en ésta que no forme parte del costo total de la obra o que no esté autorizado por Ley, tales como adicionales de obra (que requieren un procedimiento autónomo para su autorización y pago), indemnizaciones (distintas a las penalidades, utilidad prevista por resolución contractual imputable a la Entidad) que requieran una actuación probatoria específica y autónoma, entre otros conceptos; lo contrario implicaría incurrir en una contravención a lo dispuesto por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil que establece:

“Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.”

171. En ese sentido, este Colegiado debe velar porque en la Liquidación del Contrato de Obra no se incluyan conceptos que legalmente este Colegiado se encontraría impedido de amparar; en razón de ello, se procederá a verificar cada uno de los ítems que conforman el resultante de la Liquidación del Contrato de Obra practicada por el Contratista.
172. Así, tenemos que la controversia en cuanto al monto de la Liquidación Final de Obra se centraría en el hecho que el Contratista reclama en ella el pago de los siguientes conceptos:

- 1) Valorizaciones Contractuales y Valorizaciones del Adicional N° 01: S/. 145,434.23**
- 2) Reajuste de las valorizaciones del Contrato y del Adicional N° 01: S/. 137,134.59**
- 3) Amortización de Adelanto directo: - S/. 32,416.66**
- 4) Dedución del reajuste: - S/. 11,224.35**
- 5) Mayores Gastos Generales por ampliaciones de plazo: S/. 103,141.03**

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

173. En relación al **primer concepto**, este Tribunal Arbitral observa que, en la Liquidación Final de Obra presentada por el Contratista, éste solicita el pago por la suma de **S/. 145,434.23** soles por saldo adeudado por la ejecución del contrato y del adicional, el cual se obtiene del recalcu de las valorizaciones contractuales (S/.1'623,792.31), las valorizaciones del adicional N° 01 (S/. 628,125.20), el deductivo vinculante N° 01 (S/. 679,867.34) y la reducción N° 01 (S/. 20,138.03) cuya sumatoria asciende a S/. 1'551,912.14, menos el monto de las valorizaciones contractuales (S/. 883,658.11) y del adicional (S/. 522,819.80) pagadas, el cual asciende a S/.1' 406,477.91 soles.
174. Al respecto; este Colegiado advierte que el Contratista no ha cumplido con presentar en su liquidación final de obra, las valorizaciones contractuales y las valorizaciones del adicional 01 a efectos de que el Tribunal corrobore objetivamente lo que se encuentra valorizado a fin de establecer si el monto reclamado por el Contratista como saldo de valorización debe ser pagado por la Entidad, por lo que dicho concepto no debe ser incluido en la liquidación.
175. En relación al **segundo concepto**, este Tribunal Arbitral advierte que, en la Liquidación Final de Obra presentada por el Contratista, solicita el pago por la suma de S/. 137,134.59 soles por **reajuste de las valorizaciones contractuales y del adicional**, cuyo monto resultante se obtiene del cálculo efectuado por el Contratista y que ha sido presentado en su liquidación mediante los siguientes cuadros:

CALCULO DEL REAJUSTE DE LAS VALORIZACIONES DEL CONTRATO PRINCIPAL


Obra : "INSTALACIÓN DEL CANAL DE RIEGO RANGRA - GONGAPATA - PUCAIAGA, DISTRITO DE MOLINO - PACHITEA - HUÁNUCO"
Propietario : CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L.

VALORIZACION		AVANCE MENSUAL		COEF. DE REAJUSTE "K"	REAJUSTE	
Nº	PERIODO	REAL			REAL	
		MENSUAL	ACUMULADO		MENSUAL	ACUMULADO
VAL. N° 01	nov-14	10,653.62	10,653.62	1.058	617.91	617.91
VAL. N° 02	dic-14	168,735.06	179,388.68	1.062	10,461.57	11,079.48
VAL. N° 03	ene-15	67,491.66	246,880.34	1.076	5,129.37	16,208.85
VAL. N° 04	abr-15	257,127.47	504,007.81	1.086	22,112.96	38,321.81
VAL. N° 05	may-15	187,624.34	691,632.15	1.089	16,698.57	55,020.38
VAL. N° 06	jun-15	39,148.43	730,780.58	1.091	3,562.51	58,582.89
VAL. N° 07	dic-15	152,877.53	883,658.11	1.129	19,721.20	78,304.09
TOTAL		883,658.11	883,658.11		78,304.09	78,304.09

REAJUSTE A RECONOCER = S/ 78,304.09

TOTAL APAGAR POR REAJUSTE 78,304.09

CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L.


Saturno Raúl Mejía Pañán
Residente de Obra
CIP N° 41863

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

CALCULO DEL REAJUSTE DE LAS VALORIZACIONES DEL PRESUPUESTO ADICIONAL No. 01

VALORIZACION N°	PERIODO	AVANCE MENSUAL				COEF. DE REAJUSTE "K"	REAJUSTE			
		PROGRAMADO		REAL			PROGRAMADO		REAL	
		MENSUAL	ACUMULADO	MENSUAL	ACUMULADO		MENSUAL	ACUMULADO	MENSUAL	ACUMULADO
VAL. N° 01	nov-15	454,150.40	454,150.40	454,150.40	454,150.40	0.112	50,864.84	50,864.84	50,864.84	50,864.84
VAL. N° 02	dic-15	68,689.40	522,839.80	68,689.40	522,819.80	0.116	7,965.65	7,965.65	7,965.65	7,965.65
		522,839.80		522,839.80			58,830.50		58,830.50	
REAJUSTE ACUMULADO A RECONOCER =		S/. 58,830.50								

CONSTRUCTORA OMBREGH ROB S.R.L.

Esteban Raúl Matar Peña
Residente de Obra.

176. Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que al no haber sido objetado el reajuste de las valorizaciones contractuales y del adicional por el monto de S/. 137,134.59, ni en el procedimiento de liquidación de obra ni en el proceso arbitral, se dispone que dicho monto sea incluido en la Liquidación Final de Obra.
177. En relación al **tercer concepto**, este Tribunal Arbitral advierte que el Contratista en su Liquidación Final de Obra consigna como saldo a pagar a favor de la Entidad la suma de S/. 32,416.66 por amortización de adelanto directo, por lo que, al no existir cuestionamientos u observaciones por parte de la Entidad a dicho monto, este Tribunal considera que debe ser incluido en la liquidación.
178. Respecto al **cuarto concepto**, el Contratista consigna como saldo a pagar a la Entidad la suma de S/. 11,224.35 por deducción del reajuste que no corresponde por adelanto directo, en tal sentido al no existir observaciones a dicho monto por la Entidad, este Tribunal también considera que debe ser incluido en la liquidación.
179. En relación al **quinto concepto**, este Tribunal Arbitral observa que, en la Liquidación Final de Obra presentada por el Contratista, éste solicita el pago por la suma de S/. 103,141.03 soles por mayores gastos generales por las ampliaciones de plazo.
180. Al respecto, el Contratista para acreditar el monto reclamado presenta un cuadro de valorización de mayores gastos generales de 4 ampliaciones de plazo, cuyos montos fueron calculados en base a los días otorgados en las ampliaciones de plazo multiplicados por el gasto general variable diario, obteniéndose los siguientes montos:

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

- Ampliación de plazo N° 01: S/. 52,023.32
- Ampliación de plazo N° 02: S/. 17,027.99
- Ampliación de plazo N° 03: S/. 17,032.87
- Ampliación de plazo N° 04: S/. 17,056.86

181. Pues bien, de la documentación presentada por el Contratista en su liquidación de obra, se encuentran los siguientes documentos:

- a) Carta N° 531-2015-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha **29.05.2015** mediante la cual la Entidad otorga al Contratista la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por 92 días calendarios por **paralización** no atribuible al Contratista desde el 22.01.2015 al 23.04.2015 por lo que, siendo la fecha del término del plazo contractual el 20.05.2015, el mismo se postergó hasta el 20.08.2015.
- b) Carta N° 232-2015-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha **10.09.2015** mediante la cual la Entidad otorga al Contratista la Solicitud de Ampliación de Plazo parcial N° 02 por 30 días calendarios por **paralización** atribuible a la Entidad por falta de pronunciamiento de la elaboración del expediente técnico del adicional N° 01 y deductivo vinculante N° 01, por lo que, teniendo en cuenta que el plazo contractual vence el 20.08.2015, el mismo se postergó hasta el 19.09.2015.
- c) Carta N° 709-2015-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha **12.10.2015** mediante la cual la Entidad otorga al Contratista la Solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 03 por 30 días calendarios por **paralización** total de los trabajos atribuible a la Entidad por falta de pronunciamiento de la elaboración del expediente técnico del adicional N° 01 y deductivo vinculante N° 01 por lo que, siendo la fecha del término del plazo contractual el 19.09.2015, el mismo se postergó hasta el 19.10.2015.
- d) Carta N° 444-2015-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha **05.11.2015** mediante la cual la Entidad otorga al Contratista la Solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 04 por 30 días calendarios por **paralización** atribuible a la Entidad por falta de pronunciamiento de la elaboración del expediente técnico del adicional N° 01 y deductivo vinculante N° 01 por lo que, siendo la fecha del término del plazo contractual el 19.09.2015, el mismo se postergó hasta el 18.11.2015.

182. Como puede observarse de lo señalado en el párrafo anterior, las cuatro ampliaciones de plazo otorgadas al Contratista fueron por paralización de obra, en tal sentido, el pago de los mayores gastos generales debe encontrarse debidamente acreditados y no calculados conforme a la fórmula establecida para atrasos, tal como así lo establece artículo 202 del Reglamento, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 202º.- Efectos de la modificación del plazo contractual

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra.

Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.

(...)

183. En consecuencia, al no haber cumplido el Contratista con presentar documentación que acredite el monto reclamado por cada ampliación de plazo, no corresponde incluir en la liquidación la suma de S/. 103,141.03 soles por mayores gastos generales; sin perjuicio de ello, correspondería dejar a salvo el derecho de que el Contratista presente a la Entidad en vía de ejecución de laudo la documentación que acredite los mayores gastos generales generados por las ampliaciones de plazo 01, 02, 03 y 04, sin embargo, el Contratista presento su renuncia a los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo 01, 02 03 y 04 de la siguiente manera:

Notificación de la aprobación de ampliaciones de plazo	Renuncia de los mayores gastos generales
Con fecha 29.05.2015 , la Entidad notificó al Contratista la Carta N° 531-2015-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE mediante la cual la Entidad comunica al Contratista la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por 92 días calendarios.	Con fecha 11.09.2015 , el Contratista notificó a la Entidad mediante Carta N° 36-2015/C.O.RDB la renuncia voluntaria al cobro de los mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 01
Con fecha 10.09.2015 , la Entidad notificó al Contratista la Carta N° 232-2015-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE mediante la cual la Entidad comunica al Contratista la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo parcial N° 02 por 30 días calendarios.	Con fecha 11.09.2015 , el Contratista notificó a la Entidad mediante Carta N° 36-2015/C.O.RDB la renuncia voluntaria al cobro de los mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo parcial N° 02
Con fecha 12.10.2015 la Entidad notificó al Contratista la Carta N° 709-2015-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE mediante la cual la Entidad comunica al Contratista la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo parcial N° 03 por 30 días calendarios.	Con fecha 13.10.2015 , el Contratista notificó a la Entidad mediante Carta N° 087-2015-DROF/GG-CO. RDB E.I.R.L la renuncia voluntaria al cobro de los mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo parcial N° 03

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

Con fecha 05.11.2015 , la Entidad notificó al Contratista la Carta N° 444-2015-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE mediante la cual la Entidad comunica al Contratista la aprobación de la Solicitud de Ampliación de Plazo parcial N° 04 por 30 días calendarios.	Con fecha 13.11.2015 , el Contratista notificó a la Entidad mediante Carta N° 095-2015-DROF/GG-CO. RDB E.I.R.L la renuncia voluntaria al cobro de los mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo parcial N° 04.
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

184. Que, habiendo comunicado el Contratista a la Entidad la renuncia de los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo 01, 02, 03 y 04 de manera posterior al otorgamiento de las ampliaciones de plazo en mención, no corresponde que sean incluidas en la liquidación dichos montos reclamados por el Contratista de conformidad a lo establecido en la Opinión del OSCE N° 082-2014/DTN, cuyo tenor es el siguiente:

" (...)

2.2. Al respecto, debe indicarse que los párrafos primero y segundo del artículo 202 del Reglamento regulan los efectos económicos de la ampliación del plazo en los contratos de obra, conforme a lo siguiente:

(...)

Sin perjuicio de ello, toda vez que el derecho a cobrar los mayores gastos generales variables originado por la aprobación de una ampliación de plazo es un derecho de crédito del contratista (y, en consecuencia, de su libre disposición), este podría renunciar¹⁶ al mismo una vez aprobada la ampliación del plazo¹⁷; máxime si la normativa de contrataciones del Estado no ha prohibido tal renuncia¹⁸, ni se vulnera alguna norma imperativa o de orden público.

En esa medida, el contratista, libre y voluntariamente, sin que exista coerción¹⁹ o algún vicio al manifestar su voluntad²⁰, puede renunciar al pago de los mayores gastos generales variables derivados de la aprobación de una ampliación del plazo de ejecución de obra.

¹⁶ En este punto, debe señalarse que si bien **la renuncia** no está regulada expresamente en el Código Civil, la doctrina la define como "(...) un acto unilateral, ejercitado sólo por el acreedor de la relación obligacional, pues si contara con el asentimiento oportuno del deudor -sin dejar de encontrarnos dentro del campo de la renuncia- se trataría de una condonación." A su vez, de conformidad con el artículo 1295 del Código Civil, la doctrina también señala que "Condonar es perdonar una deuda o, en expresiones distintas, renunciar a un crédito, con la anuencia del deudor. Así, cuando el acreedor perdona una deuda y el deudor conviene en ello, se extingue la obligación a cargo de este último." (El subrayado es agregado). OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones, Vol. XVI, Tercera Parte, Tomo IX, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, Segunda Edición, págs. 263 y 245.

¹⁷ De conformidad con el criterio establecido en las Opiniones N° 014-2014/DTN y 012-2014/DTN.

¹⁸ Este criterio se sostiene en lo expresado en el literal a) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, que señala expresamente que "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe". (El resaltado es agregado).

¹⁹ Según el diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, "coerción", en su primera acepción, significa "Presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta". <http://lema.rae.es/drae/?val=coacci%C3%B3n>.

²⁰ De conformidad con los artículos 201 y siguientes del Código Civil.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

En este orden de ideas, aun cuando la Entidad está obligada a pagar al contratista los mayores gastos generales variables al aprobarse una ampliación del plazo de ejecución de una obra, el contratista podría renunciar a este derecho con posterioridad a la aprobación de la ampliación de plazo, pues constituye un derecho patrimonial de libre disposición.

b. Finalmente, es importante precisar que establecer que la renuncia a los mayores gastos generales variables debe realizarse con posterioridad a la aprobación de la ampliación del plazo tiene por finalidad: (i) permitir que el contratista calcule el monto de gastos generales que serán objeto de renuncia –pues los mismos solo pueden valorarse una vez aprobada la ampliación del plazo– y (ii) asegurarse que el contratista renuncie a los gastos generales de manera libre y voluntaria, sin la intervención de agentes externos que influyan en su decisión.

En consecuencia, no es posible que el contratista renuncie a los mayores gastos generales variables con anterioridad a la aprobación de la ampliación del plazo que los origina. (Subrayado nuestro)”

185. En base a lo desarrollado en el presente laudo, se tiene que la Liquidación elaborada por la Consorcio incluye cifras que no se ajustan a lo legalmente establecido, es por ello, que a continuación detallaremos los montos que sí deben ser considerados en la Liquidación de Obra:

Valorizaciones Contractuales y Valorizaciones del Adicional N° 01	0.00
Reajuste de las valorizaciones del Contrato y del Adicional N° 01	137,134.59
Amortización de Adelanto directo	- 32,416.66
Deducción del reajuste	- 11,224.35
Mayores Gastos Generales por ampliaciones de plazo	0.00
SUB TOTAL	93,493.58
IGV	16,828.84
SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA	S/. 110,322.42

186. Por estas consideraciones, este Colegiado concluye que al haber presentado el Contratista su liquidación del Contrato dentro del plazo legal y no existiendo observaciones de parte de la Entidad, de conformidad con el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, corresponde declarar

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

consentida la liquidación presentada por el Contratista mediante Carta N° 075-2016-DROF/GG-CO-RDB E.I.R.L, recepcionada por la Entidad el 12.08.2016, con un saldo a favor del Contratista ascendente a S/. 110,322.42, incluido IGV.

8.2 PUNTO CONTROVERTIDO 3) DEL ACTA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS DE FECHA 13 DE JUNIO DEL 2018, RELACIONADO CON LA CUARTA PRETENSION DE LA DEMANDA MODIFICADA MEDIANTE ESCRITO DE FECHA 05.12.2017

3) Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad, el pago del importe concerniente a los gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/. 19,517.00 soles, el cual será debidamente indexado y/o liquidado a la fecha efectiva de pago.

POSICION DEL CONTRATISTA

187. Mediante el **escrito de fecha 05.12.2017** a través del cual se modifica la cuarta pretensión principal de la demanda de fecha 23.05.2017, el CONTRATISTA asevera que el reconocimiento y pago por los gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra, se derivan de los actos perturbadores, negligentes y dilatorios de la ENTIDAD en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales; motivos que lo han obligado a tener que asumir los costos financieros no previstos inicialmente en el presupuesto de obra y mantenerlos vigentes hasta que se resuelva la controversia generada por la ENTIDAD; razón por la cual resulta procedente que la misma asuma el pago indemnizatorio por mayores gastos financieros generados por la prórroga de vigencia de las garantías ofrecidas, más allá del plazo contractual, por el importe de s/. 19,517.00 (diecinueve mil quinientos diecisiete y 00/100) más los intereses correspondientes, lo cual acredita con el estado de cuenta remitida por FOGAPI (entidad financiera afianzadora) y el boucher de pago efectuado por el importe de S/. 20,000.00 (veinte mil soles) a razón de las comisiones por las garantías otorgadas y vigentes.

188. De igual modo, el CONTRATISTA hace referencia a la doctrina nacional y extranjera, referida a los derechos y obligaciones de los contratantes y referida puntualmente a los contratos administrativos y contratos de ejecución con

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

prestaciones recíprocas, citando a *ROBERTO DROMI*²¹, respecto a **los derechos del contratista**, el cual señala lo siguiente:

“Los derechos del contratista que implican recíprocamente obligaciones para la Administración Pública comitente son los de percepción del precio, suspensión de la ejecución, recomposición del contrato, rescisión del contrato por culpa de la comitente, mantenimiento de la ecuación económica-financiera²² e invocación de las eximentes de responsabilidad por incumplimiento”.

Las relaciones contractuales administrativas se fundan en el Principio pacta sunt servanda, es decir, que el contrato administrativo obliga tanto al contratista como a la Administración Pública.

En su consecuencia, el contratista tiene el derecho de exigir de la administración el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato. Asimismo, la administración debe ejecutar sus prestaciones dentro de los plazos estipulados normativa o convencionalmente, o dentro del plazo razonable que corresponda a la naturaleza del contrato”.

En el caso que la administración no cumpla con las obligaciones emergentes del contrato, es posible que el contratista oponga la defensa de la exceptio non adimpleti contractus, o en su caso, exija judicialmente el pago de daños y perjuicios.”

189. De conformidad a lo señalado en el párrafo anterior, el CONTRATISTA afirma que uno de sus derechos, es el mantenimiento de la ecuación económica-financiera de los contratos. Al respecto, *ROBERTO DROMI*²³, señala lo siguiente:

²¹ ROBERTO DROMI, DERECHO ADMINISTRATIVO; VOL. I, 10° EDICION ACTUALIZADA. EDIT. CIUDAD DE ARGENTINA, 2004. Pag. 544,545

²² **PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES O EQUILIBRIO FINANCIERO DE LAS PRESTACIONES EN PERJUICIO DEL CONTRATISTA.**

Si la situación económica del contratista y el equilibrio financiero resultan afectados por causas imputables directamente al estado contratante - a razón de las modificaciones y el surgimiento de nuevas obligaciones o cargas - la Administración Pública tiene el deber jurídico de restablecer el sinalagma económico del contrato y el equilibrio financiero afectado por causas imputables directamente al estado contratante - en razón de las modificaciones que proponga- debiendo satisfacer los derechos del contratista afectado por los mayores costos. La administración tiene la obligación de indemnizar al contratista cuando dichas alteraciones produzcan la ruptura del equilibrio financiero y afecte la base económica que ha sido pactada al momento de la celebración del contrato, evitándose así un enriquecimiento sin causa de la Administración y el empobrecimiento correlativo del contratista.

²³ ROBERTO DROMI, DERECHO ADMINISTRATIVO; VOL. I, 10° EDICION ACTUALIZADA. CIUDAD DE ARGENTINA 2004, BUENOS AIRES-MADRID. Pag.558

“6.7 Consideración de la Ecuación Económica. Cuando el contratista estima su precio, lo hace teniendo en cuenta la situación económica existente en el momento de celebrar el contrato. Se trata de la ecuación que toma en cuenta el beneficio que va a obtener deducidos sus costos. Pero puede ocurrir que, si tal situación se vea alterada por causas imputables a la Administración o por causas ajenas a ella, causas que vienen a modificar el equilibrio económico originario, por lo cual el contratista tendrá derecho a que dicho equilibrio sea restablecido, manteniendo de esta manera la ecuación económica del contrato.

El fundamento jurídico de este derecho está en el principio de justicia conmutativa, que supone una igualdad o equilibrio entre derechos y obligaciones del particular, una equivalencia por la que no se podrá sacrificar el interés particular en aras del interés público sin que aquel haya sido previamente resarcido.

En este orden de ideas, la vigencia actualizada de la ecuación económica es la columna vertebral del contrato. Sin considerar esta ecuación, lo que queda son derechos para exigirla deberes para cumplirla.

6.8 Consideración de la Ecuación Financiera. Cuando se presenta en un procedimiento de selección un contratista del Estado, el oferente ya tiene en cuenta un presupuesto y determinadas previsiones, por una parte, para responder a los gastos e inversiones que requerirá el contrato por la otra.

Se tiene en cuenta la necesidad de que exista una imputación presupuestaria a tal fin (partidas), y que se debe obtener financiamiento (interno, propio, o externo). Todo ello está garantizado por las leyes de garantía de inversiones extranjeras, debiendo ser considerados las tasas de interés y los costos del dinero, y el déficit y el quebranto en que puede caer el contrato.”

190. Así también, el CONTRATISTA hace referencia al Principio de equivalencia de las prestaciones o equilibrio de las prestaciones, mediante la cual señala que “la administración tiene la obligación de indemnizar al contratista cuando las alteraciones produzcan la ruptura del equilibrio financiero y afecte la base económica que ha sido pactada al momento de la celebración del contrato, evitándose así un enriquecimiento sin causa de la Administración y el empobrecimiento correlativo del contratista”.
191. En base a lo expuesto, el CONTRATISTA asevera que tiene su derecho expedito para exigir a la ENTIDAD el resarcimiento por los actos que meritúan responsabilidad funcional indemnizatoria a razón del resquebrajamiento de la ecuación económica-financiera del contrato y la fractura del equilibrio de las prestaciones; y en tal sentido, solicita al Tribunal que se ordene a la ENTIDAD, el pago por el concepto de gastos financieros exógenos incurridos y concernientes a

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

los gastos asumidos y posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/ 19,517.00 (diecinueve mil quinientos diecisiete y 00/100) soles, más intereses a la fecha efectiva de pago.

192. De otro lado, el CONTRATISTA afirma que en razón de la resolución arbitraria e indebida del contrato, se le viene causando ingente daño financiero concerniente a los gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/ 19,517.00 (Diecinueve mil quinientos diecisiete y 00/100) soles, más intereses a la fecha efectiva de pago; por cuanto ha tenido que seguir asumiendo los costos que genera la vigencia de la carta fianza de fiel cumplimiento, a pesar que la obra se encontraba concluida, con acta de recepción de obra y liquidación legalmente consentida.
193. Finalmente, argumenta que, si se desea establecer una línea de separación entre el "daño actual" y el "daño futuro", es importante determinar en qué momento nos debemos colocar para apreciar los daños y merituarlos. Para ello, señala, es importante destacar que todos los daños son una consecuencia o efecto del hecho generador que los ha causado; la lógica pone de manifiesto que el daño va a ser posterior en el tiempo al hecho generador, de manera que por veloz que sea el efecto, a punto tal que parezca "instantáneo", se produce siempre en un momento futuro, con relación a la causa generadora. Pero no siempre el daño se produce de manera instantánea, sino que -con mucha frecuencia- las consecuencias dañosas se proyectan a lo largo del tiempo, a veces durante períodos bastante extensos, como sucede en los casos de invalidez permanente. En el particular, indica el CONTRATISTA, los daños se presentan en el momento que la entidad contratante realiza los actos boicoteadores conducidos a efectuar la ruptura de vínculo contractual y las consecuencias y daños patrimoniales futuros se reflejan en los actos de desprendimiento patrimonial que deba efectuar el contratista para asumir los costos financieros más allá de lo previsto inicialmente en su presupuesto.

POSICION DE LA ENTIDAD

194. A través del **escrito de fecha 25.01.2018**, la ENTIDAD sostiene que la obra se inició el 22.11.2014, con un plazo de ejecución de 180 días calendario, debiendo culminarse el 21.05.2015, postergándose la ejecución de la obra al 31.12.2015, por efecto de ampliaciones de plazo a consecuencia del trámite de adicionales de obra, formulación del mencionado adicional que estuvo a cargo del mismo contratista, demorándose en la formulación, por lo que para lograr la aprobación del mencionado adicional se necesitó 225 días calendario.
195. Precisa además que el CONTRATISTA debió culminar la obra, incluidas las prestaciones adicionales de obra, el 31.12.2015, sin embargo, para el 16.03.2016,

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

la obra se encontraba observada e inconclusa, fecha en la que realiza el Comité de Recepción la primera visita a la obra.

196. Tomando en cuenta que para el 12.05.2016, la obra aún se encontraba observada e inconclusa, la ENTIDAD señala que el Comité de Recepción visitó la obra por tercera vez el 25.08.2016, fecha en la cual constatan que las observaciones seguían pendientes de ser subsanadas hasta la actualidad, generando malestar entre los beneficiarios y perjuicios a los agricultores o beneficiarios del canal, contribuyendo de esta forma el CONTRATISTA a que su obra tenga una vida útil muy corta.
197. Por lo expuesto, la ENTIDAD considera que la pretensión referida al pago del importe concerniente los gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/. 19,517.00 soles, más intereses a la fecha efectiva de pago, resulta IMPROCEDENTE debido a que, toda la demora en la ejecución, culminación y recepción de la citada obra ha sido atribuible al CONTRATISTA.



POSICIÓN DEL TRIBUNAL

198. Respecto a los argumentos expuestos por el Contratista, se aprecia que dicha parte mezcla conceptos de indemnización y pago de gastos financieros en su pretensión, generándose una confusión de lo que peticiona al Tribunal; sin embargo, del medio probatorio presentado en su escrito de subsanación de demanda de fecha 12.06.2017 (copia simple de un correo electrónico mediante cual la Entidad Financiera FOGAPI, documento que no ha sido cuestionado por la Entidad), y de acuerdo a los argumentos expresados en su escrito de demanda, se entiende que lo que el Contratista peticiona es el pago por concepto de gastos financieros exógenos incurridos y concernientes a los gastos asumidos y posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/ 19,517.00 (diecinueve mil quinientos diecisiete y 00/100) soles de su carta fianza de fiel cumplimiento (tal como se aprecia de la cláusula séptima del Contrato), más intereses a la fecha efectiva de pago.
199. De acuerdo a lo resuelto en el presente laudo, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que el Acta de Recepción de obra se llevó a cabo el 15.06.2016 y que el procedimiento de liquidación de obra se inició con la presentación de la liquidación el 12.08.2016, dentro de los 60 días computados desde la recepción de la obra, teniendo el mismo plazo la Entidad para observar la liquidación, venciendo el mismo el 11.10.2016 y para finalmente el Contratista pronunciarse sobre las observaciones dentro de los 15 días siguientes, esto es, hasta el 26.10.2016; sin embargo, la Entidad resolvió el contrato lo cual trajo como consecuencia que llevara a cabo el presente arbitraje, mediante el cual se determinó la nulidad de la resolución del contrato, por lo que correspondería que

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

los gastos financieros de las cartas fianzas afianzadas por el Contratista sean cancelados por la Entidad al Contratista desde el consentimiento de la liquidación de la obra (26.10.2016) hasta la emisión del presente laudo; sin embargo, en la copia simple del correo electrónico mediante cual la Entidad Financiera FOGAPI le requiere el pago por las comisiones vencidas de la garantía de fiel cumplimiento por la suma de S/. 19,790.00; se evidencian que las comisiones cobradas al Contratista son desde el 23.12.2015 al 10.10.2016, por lo que al haber quedado consentida la liquidación recién el 26.10.2016, no corresponde otorgar el pago de las renovaciones de la carta fianza ya que son de obligatorio cumplimiento de mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación.

200. En base a lo expuesto, este Colegiado concluye que la cuarta pretensión principal de la demanda modificada mediante escrito de fecha 05.12.2017 debe ser declarada **IMPROCEDENTE**.

8.3 PUNTO CONTROVERTIDO 4) DEL ACTA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS DE FECHA 13 DE JUNIO DEL 2018, RELACIONADO CON LA PRETENSION 5.1 DE LA DEMANDA

- 4) *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad, el pago por el concepto de indemnización de daños y perjuicios, cuyo importe asciende a S/. 423,000.00 soles.*

POSICION DEL CONTRATISTA

201. A través del **escrito de demanda de fecha 23.05.2017** subsanado mediante **escrito de fecha 12.06.2017**, el CONTRATISTA manifiesta que el artículo 1985 del Código Civil, *“La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño...debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre hecho y el daño producido”*, el cual es complementario con lo dispuesto en el artículo 1321 del mismo cuerpo legal sustantivo, cuyo segundo párrafo establece que *“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusables 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...”*.
202. A razón de las referencias legales citadas precedentemente, el CONTRATISTA señala que se puede aseverar con categoría que la pretensión conducida a obtener el resarcimiento por los daños y perjuicios causados por la ENTIDAD, se encuentran plenamente identificados por los actos dolosos/culposos conducidos a soslayar sus obligaciones contractuales injustificadamente (resolución nula de

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

contrato) y que trajeron como consecuencia el empobrecimiento de esta, existiendo una relación de causalidad entre los hechos acaecidos y los daños causados y factor de atribución en la actitud dolosa de los funcionarios de la ENTIDAD.

203. Respecto al **factor de atribución**, el CONTRATISTA señala que existe culpa objetiva y responsabilidad por parte de los funcionarios de la ENTIDAD, por cuanto y concedores de la normativa que regula las contrataciones, sus obligaciones contractuales y obligaciones funcionales a razón del CONTRATO N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL - Adjudicación de Menor Cuantía N° 92-2014-MINAGRI derivada de la L.P. N° 02-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, para la ejecución de la obra denominada *“Instalación del Canal de Riego Rangra-Gongopata- Pucajaca–Distrito de Molino Pachitea Huánuco*, se esmeraron en realizar actos culposos/dolosos conducidos a soslayar y obviar sus obligaciones contractuales, que causaron primordialmente que se tenga que adeudarse financieramente a razón de contratos de mutuo suscritos con terceros ajenos a la relación contractual para invertir en la ejecución de los trabajos y sostener la dilación prolongada causada por la ENTIDAD y asimismo seguir honrando los contratos indefinidos del residente de obra y el contador público.
204. Con relación a la **vinculación, nexos causal o relación de causalidad**, el CONTRATISTA indica que se encuentra plenamente identificada en la suscripción del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL y en la indebida, ilegal y arbitraria resolución del contrato efectuada mediante la remisión de la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016.
205. Asimismo, indica que el reconocimiento y pago a su favor por el concepto de indemnización de daños y perjuicios, se encuentra debidamente sustentado y se fundan primordialmente a razón de los actos perturbadores, negligentes y dilatorios de la ENTIDAD en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, los cuales obligaron a que asuman de su propio peculio o patrimonio personal, prestamos financieros y contratos de mutuo para mantener los costos y asumir los gastos de obra y del personal profesional contratado para dicho fin.
206. Respecto a los contratos aludidos y suscritos por el CONTRATISTA, hace referencia a los siguientes:
- Contrato de Préstamo de Efectivo de fecha 02.11.2015, suscrito por CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L con el Financista AGUSTINA MARILU PINTADO, por el importe de S/. 100.00.00 (cien mil soles) cuyo objeto y finalidad fue para ser utilizado en la culminación de la obra producto de la Licitación Pública N° 02-2014- MINAGRI-AGRO RURAL; “Contrato de ejecución de la Obra: Instalación del Canal de Riego Rangra – Gongapata - Pucajaga, Distrito de Molino-Pachitea-Huánuco”, a falta de pago de las

valorizaciones de parte de la ENTIDAD, cuyo préstamo devengaría como interés la tasa efectiva mensual en soles establecida en diez por ciento (10 %) mensual, por lo que de acuerdo al CONTRATISTA, la pretensión indemnizatoria se fija en el importe de s/. 290,000.00 (doscientos noventa mil soles y 00/100) a razón de 100,000.00 por el contrato de préstamo realizado y s/. 190,000.00 (ciento noventa mil y 00/100 soles) por los intereses generados y asumidos por este desde el mes diciembre 2015 al mes de junio 2017.

- Contrato de trabajo temporal por necesidad del mercado de fecha **20.10.2014**, de carácter indefinido, suscrito por CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L y el Ingeniero SATURNINO RAUL MELGAR PAITAN, quien desempeñaba el cargo de RESIDENTE DE LA OBRA, en la ejecución del contrato *“Adjudicación de menor cuantía N° 92-2014-MINAGRI-AGRO RURAL derivada de la licitación Pública N° 02-2014- MINAGRI-AGRO RURAL; “ Contrato de ejecución de la Obra: Instalación del Canal de Riego Rangra-Gongapata-Pucajaga, Distrito de Molino-Pachitea-Huánuco, por el importe de S/. 5,000.00 (Cinco mil 00/100 Soles) neto mensual, por lo que al haber asumido los honorarios del residente de obra desde que la ENTIDAD se encuentra renuente al cumplimiento de obligaciones que derivaron en la resolución de contrato, asegura han tenido que asumir los honorarios del residente de obra (fuera del presupuesto de obra) en razón del contrato suscrito desde el mes de noviembre 2015 hasta el mes de junio 2017, a razón de s/. 5,000.00 soles mensuales; razón por la cual solicitan el pago por el importe de s/. 95,000.00 (noventa y cinco mil soles).*
- Contrato de locación de servicios de fecha 20.10.2014, de carácter indefinido, suscrito por CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L y doña ROCIO DEL PILAR PINTADO CRUZ para prestar los servicios de asesoría contable, financiera, tributaria y laboral autorizada por el Colegio de Contadores de Lima con certificación de contador por el importe de S/. 2,000.00 (dos mil 00/100 soles) neto mensual, por lo que teniendo en consideración que la contratista viene asumiendo los honorarios de la contadora pública desde que la ENTIDAD se encuentra renuente al cumplimiento de obligaciones que derivaron en una abyecta resolución de contrato, el CONTRATISTA ha tenido que asumir los honorarios de la contadora pública (fuera del presupuesto de obra) en razón del contrato suscrito desde el mes de noviembre 2015 hasta el mes de junio 2017, por el monto de S/. 2,000.00 soles mensuales, razón por la cual solicitan el pago por el importe de s/. 38,000.00 (treinta y ocho mil soles).

207. Finalmente, el CONTRATISTA hace referencia al principio de equivalencia de las prestaciones, por el cual “la administración tiene la obligación de indemnizar al contratista cuando las alteraciones produzcan la ruptura del equilibrio financiero y afecte la base económica que ha sido pactada al momento de la celebración del

contrato, evitándose así un enriquecimiento sin causa de la administración y el empobrecimiento correlativo del contratista”, en ese sentido, sostiene que tiene el derecho de exigir a la ENTIDAD el reconocimiento y pago del importe concerniente a los daños indemnizatorios por los conceptos de daño emergente y lucro cesante.

POSICION DE LA ENTIDAD

208. La ENTIDAD mediante escrito de **contestación de demanda de fecha 18.07.2017**, señala que el Tribunal deberá tener en cuenta que la responsabilidad contractual es la que proviene de la violación de un contrato y consiste en la obligación de indemnizar al acreedor, el perjuicio que le causa el incumplimiento de contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto.
209. Asimismo, alega que la responsabilidad contractual supone una obligación anterior, es decir, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente. En la responsabilidad contractual, la obligación de indemnizar es la sanción impuesta por la ley, al incumplimiento de una obligación anterior, lo que constituye uno de los efectos de que la ley atribuye a la fuerza obligatoria de los contratos.
210. La doctrina moderna señala que básicamente existen elementos comunes a la responsabilidad civil contractual y extracontractual; y que de consecuencia conviene abandonar las distinciones arbitrarias. Así por ejemplo, Santos Briz señala como elementos comunes:
- a) La antijuridicidad
 - b) La producción de un daño
 - c) La culpa del agente (factor de atribución).
 - d) Relación causal entre la acción u omisión y el daño.
211. Resalta que la ausencia de uno de los elementos antes mencionados evita que se configure el supuesto de responsabilidad civil contractual y por ende desaparece la obligación de indemnizar.
212. Respecto a la antijuridicidad, la ENTIDAD indica que es aceptada en el ámbito de la responsabilidad contractual y extracontractual, porque incluye las conductas típicas y atípicas. Nace la obligación de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante un comportamiento no amparado en el derecho, por contravenir una norma de carácter imperativo, por contravenir los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres. Resulta evidente que siempre es necesaria una conducta antijurídica o ilegítima para poder dar nacimiento a la obligación de indemnizar.

213. Se entiende, entonces, que la antijuridicidad es toda manifestación, actitud o hecho que contraría los principios básicos del derecho, por lo cual el autor del daño no será responsable si la conducta realizada se efectuó dentro de los límites de lo lícito. Ahora bien, en el presente caso la resolución del contrato efectuada por mi representada fue realizada respetando el ordenamiento jurídico vigente, es decir, lo dispuesto en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
214. No obstante, lo antes expuesto y en el supuesto negado que se considere que, con la resolución del contrato se ha causado daño alguno al demandante; resulta necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones.
215. El daño es todo menoscabo que experimenta una persona, sea en ella misma, sea en su patrimonio, y que no necesariamente se refiera a un menoscabo por la pérdida de un derecho. En términos generales la ENTIDAD define el daño o perjuicio como la disminución o detrimento del patrimonio o los detrimentos morales sufridos por una persona.
216. El daño, según ha definido el distinguido autor alemán Karl Larenz *“es la alteración desfavorable de las circunstancias que a consecuencia de un hecho determinado se produce contra la voluntad de una persona, y que afecta a los bienes jurídicos que le pertenecen, sean estos respecto de su personalidad, libertad, honor o patrimonio”*.
217. En este sentido, tradicionalmente se ha clasificado el daño en dos tipos: el daño emergente, que comprende la pérdida o disminución patrimonial sufrida por la víctima como consecuencia de un hecho ilícito (implica siempre un empobrecimiento) y comprende tanto los daños inmediatos como los daños futuros, pues no siempre las consecuencias van a ser inmediatas. Es, en consecuencia, la disminución de la esfera patrimonial; mientras que el llamado lucro cesante está constituido por todos aquellos montos que dejaron de ingresar en su patrimonio por efectos del evento dañoso; sin embargo, no debe perderse de vista que todo daño a efectos de ser indemnizado debe ser cierto, lo cual implica que quien alegué haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia, tal como lo exige además nuestra legislación.
218. Agrega la ENTIDAD que, como cualquier pretensión económica, la indemnización por daños y perjuicios debe ser debidamente acreditada, conforme a lo prescrito en el artículo 1331° del Código Civil: *“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”*.
219. Sobre este último punto afirma que, a nivel jurisprudencial, se ha determinado que *“para que haya daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación*

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

y que el incumplimiento sea imputable al deudor, sino que éste produzca un perjuicio a quien lo alega²⁴.

220. En base a lo expuesto y conforme puede observarse, asevera la ENTIDAD que el CONTRATISTA no ha acreditado documentalmente haber sufrido pérdida o disminución patrimonial alguna por efectos del supuesto evento dañoso, no siendo oponibles las copias del Contrato de Préstamo de Efectivo de fecha 02.11.2015, del contrato de trabajo temporal por necesidad del mercado de fecha 20.10.2014 y del contrato de locación de servicios de fecha 20.10.2014 por no tener la calidad de documentos públicos de fecha cierta por no haberse acompañado dichos documentos en copia legalizada por notario.
221. Por todo lo expuesto y siendo evidente la falta de acreditación probatoria de su pretensión, la ENTIDAD solicita que sea declarada INFUNDADA.



POSICION DEL TRIBUNAL

222. Con relación a esta pretensión, nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad civil de naturaleza contractual, debiendo por ello aplicárseles las normas relativas a la inejecución de obligaciones previstas en nuestro Código Civil, a fin de determinar cuáles son los daños que deben ser indemnizados.
223. Al respecto, el artículo 1321° del mencionado cuerpo legal señala lo siguiente:
- "Artículo 1321.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable***
(...) 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.
(...) "
224. De acuerdo a la norma legal antes citada, el responsable debe indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero únicamente si son una consecuencia directa o indirecta de su inejecución.
225. Que, para que se configure un supuesto de responsabilidad civil, es necesario que concurren conjuntamente algunos elementos (Antijuricidad, Daño, Relación de Causalidad y Factor de Atribución); en caso de los referidos elementos no coexistan simultáneamente, no se configuraría un supuesto de responsabilidad civil y por lo tanto no será atendible lo solicitado por el Contratista.

²⁴ Expediente N° 1026-95-Lima. Véase: El Código Civil en su Jurisprudencia. Gaceta Jurídica S.A. Lima.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

226. Al respecto, el Contratista considera que la Entidad debe indemnizarlo por los supuestos daños y perjuicios que le habría ocasionado por un monto de S/. 423,000.00 soles debido a se encuentra debidamente sustentado primordialmente en razón a los actos perturbadores, negligentes y dilatorios de la ENTIDAD en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (resolución de contrato), y que trajeron como consecuencia el empobrecimiento de esta al asumir de su propio peculio o patrimonio personal, prestamos financieros y contratos de mutuo para mantener los costos y asumir los gastos de obra y del personal profesional contratado para dicho fin, entre estos, el Contrato de Préstamo de Efectivo de fecha 02.11.2015, suscrito por CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L con el Financista AGUSTINA MARILU PINTADO, por el importe de S/. 100.00.00, el Contrato de trabajo temporal por necesidad del mercado de fecha 20.10.2014, de carácter indefinido, suscrito por CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L y el Ingeniero SATURNINO RAUL MELGAR PAITAN por el monto de S/. 5,000.00 y el Contrato de trabajo temporal por necesidad del mercado de fecha 20.10.2014, de carácter indefinido, suscrito por CONSTRUCTORA OBREGON RDB E.I.R.L y el Ingeniero SATURNINO RAUL MELGAR PAITAN por el monto de S/. 2,000.00; sin embargo, si bien este Colegiado, de conformidad a lo desarrollado en el presente laudo, ha declarado la nulidad de la resolución de contrato efectuada por la Entidad, el Contratista no ha cumplido con acreditar que la resolución de contrato le causó daño, más aun cuando los medios probatorios presentados son documentos simples y no de fecha cierta, ni tampoco ha demostrado que el daño patrimonial que solicita asciende a S/. 423,000.00 soles, correspondiéndole demostrar dicho perjuicio al Contratista, tal como lo establece el artículo 1331° del Código Civil:

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

227. Con lo antes transcrito, queda claro que quien tiene la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponden al perjudicado, por lo que al no haberse acreditado la existencia de los daños y teniendo en consideración lo desarrollado por este Tribunal, debe desestimarse la presente pretensión.

228. En base a los fundamentos expuestos, el Tribunal Arbitral considera que la pretensión 5.1 de la quinta pretensión principal de la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE**, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho del Contratista de recurrir a la vía que corresponda.

8.4 PUNTO CONTROVERTIDO 8) DEL ACTA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS DE FECHA 13 DE JUNIO DEL 2018, RELACIONADO CON LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN DE FECHA 25.01.2018

8) Determinar si corresponde o no ordenar el pago de la indemnización por daños y perjuicios de índole social y económica por el incumplimiento por parte del Contratista en la Ejecución del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL.

POSICION DE LA ENTIDAD

229. La ENTIDAD mediante su **escrito de fecha 25.01.2018**, formula (segunda) reconvencción, manifestando que el CONTRATISTA no cumplió con subsanar las observaciones planteadas en el procedimiento de recepción de obra, requiriéndoles oportunamente a través de la Carta Notarial N° 027-2016-MINAGRIDVDIAR-AGRO RURAL/DE, de fecha 02.06.2016 para el levantamiento de las mismas, tal como, con Carta Notarial N° 068-2016MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 08.11.2016, por lo que, de conformidad con los artículos 168 y 169 del Reglamento procedió a resolver el Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL, mediante Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016.
230. Asimismo, señala que se ha generado un perjuicio social y económico a los beneficiarios de la obra, puesto que no podrán dar uso de la misma para efectuar el riego a sus sembríos, y en el supuesto que lo utilicen podría perjudicar la vida útil de la obra.
231. Sin embargo, en esta etapa no es posible cuantificar el monto exacto, siendo recomendable que se solicite una pericia a fin de cuantificar los daños y perjuicios que ha ocasionado el Contratista , por lo que solicita al Tribunal se realice un peritaje a la obra a fin de determinar realmente los daños y perjuicios que el CONTRATISTA ha generado a la ENTIDAD al no haber culminado la obra de acuerdo a los planos y especificaciones técnicas del expediente contractual de la obra y se genere una liquidación que refleja el estado real de la obra por lo que cualquier monto señalado referente a la liquidación de la obra debe ser cuantificado previo un peritaje de la obra.
232. De otro lado, mediante **escrito de alegatos de fecha 03.07.2019**, la ENTIDAD señala que la pretensión indemnizatoria se encuentra desarrollada y acreditada a través del Informe N° 019-2018/JVC de fecha 21.09.2018, documento técnico que ha determinado que el perjuicio asciende a S/. 1'123,940.46 soles.

POSICION DEL CONTRATISTA

233. Mediante el **escrito de contestación a la reconvencción de fecha 20.04.2018**, el CONTRATISTA advierte que el artículo 1985 del Código Civil establece que *“la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión*

generadora del daño ... debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre hecho y el daño producido”, complementando dicha posición con lo dispuesto en el artículo 1321 del mismo cuerpo legal, el cual indica que “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...”.

234. De acuerdo a lo dispuesto en las referencias legales citadas, el CONTRATISTA asevera que a razón de la relación contractual entre los actores y de los hechos que fundamentan su demanda, se evidencia la existencia de actos culposos/dolosos por parte de los funcionarios de la ENTIDAD, los cuales denotan el factor de atribución y nexo vinculante; por cuanto y debido a la actuación negligente y de carácter doloso del comité de recepción de obra, para recepcionar debida y oportunamente la obra ejecutada, causaron entre otros daños, la ejecución arbitraria de las garantías y la afrontación de ingentes daños y gastos no previstos primigeniamente, cuando se suscribió el contrato de obra, ni considerandos en el presupuesto de obra primigenio.
235. Existe culpa objetiva por parte de los funcionarios de la ENTIDAD por cuanto concedores de sus obligaciones funcionales, soslayaron y obviaron dichas obligaciones negligentemente y en perjuicio del CONTRATISTA ocasionando la generación de controversias de carácter técnico, los cuales derivaron en la iniciación de un proceso arbitral y como acto consecuente la ampliación en la renovación de la garantía de fiel cumplimiento.
236. Identificados plenamente los autores o responsables mediatos o inmediatos e identificados los hechos materiales causantes del daño económicamente resarcibles, es de inferir que la determinación del daño se encontrará oportuna y debidamente cuantificado, como asimismo oportunamente serán documentados, reservándose el derecho de fundamentarla fáctica y jurídicamente con las observaciones a las pericias practicadas y la cuantificación que se realice, de la pretensión reconventional.
237. El CONTRATISTA señala que se concluyó con los trabajos de obra inicialmente contratados y estos fueron oportunamente concluidos y debidamente recepcionados por la ENTIDAD, estando en pleno funcionamiento para los beneficiarios de la obra; por tanto, la aseveración que la realiza la ENTIDAD en el numeral 3 de sus fundamentos, “se ha generado un perjuicio social y económico a los beneficiarios de la obra”, resulta ser tendenciosa y falaz.
238. Finalmente, indica que la obra fue entregada oportunamente a sus beneficiarios para su uso y por tanto a la fecha existiría un desgaste natural y dependiendo del uso diligente o negligente de las instalaciones.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

POSICION DEL TRIBUNAL

239. Con relación a la pretensión indemnizatoria, se observa que el daño aludido por la Entidad se habría originado en el incumplimiento del contratista de no haber culminado la obra de acuerdo a los planos y especificaciones técnicas del expediente contractual de la obra; generando un perjuicio social y económico a los beneficiarios de la obra, puesto que no podrán dar uso de la misma para efectuar el riego a sus sembríos, y en el supuesto que lo utilicen podría perjudicar la vida útil de la obra; sin embargo, este Colegiado ha determinado que en el presente laudo, la resolución de contrato efectuada por la Entidad es nula al existir un Acta de Recepción de Obra por parte del Comité de Recepción de obra que ha sido declarado válido por el Tribunal con lo cual el Contratista habría cumplido con subsanar las observaciones realizadas mediante Acta de fecha 12.05.2016.
240. Asimismo, este Colegiado advierte que el cálculo efectuado por la Entidad para obtener el monto indemnizatorio, ha sido en base a un Informe Técnico de la propia Entidad que a consideración de este Colegiado no resulta suficiente para acreditar el daño y quantum indemnizatorio solicitado por la Entidad.
241. Por estas consideraciones, el Tribunal considera que la primera pretensión principal de la segunda reconvenición debe ser declarada **IMPROCEDENTE**, dejándose expedito el derecho de la Entidad de recurrir a la vía que corresponda.

8.5 PUNTOS CONTROVERTIDOS 5) y 9) DEL ACTA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS DE FECHA 13 DE JUNIO DEL 2018, RELACIONADOS CON EL PAGO DE COSTOS Y COSTAS ARBITRALES

- 5) *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad, el pago en vía de devolución por los gastos incurridos y concernientes a los honorarios del Tribunal Arbitral, secretaria arbitral, gastos de cobranza, honorarios de asesores técnico-legales y peritos, más el pago de intereses indexados a la fecha efectiva de pago.***
- 9) *Determinar si corresponde o no ordenar al Contratista asumir el pago de los costos y costas arbitrales que genere la tramitación del presente proceso arbitral.***

POSICION DEL CONTRATISTA

242. El CONTRATISTA mediante **escrito de fecha 12.06.2017, el cual subsana el escrito de demanda de fecha 23.05.2017**, señala que dado que la resolución de

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Mario Manuel Silva López

Dr. Aurelio Moncada Jiménez

Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

contrato efectuada por la ENTIDAD mediante la Carta Notarial N° 074-2016-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016 es inválida al no contar con todos los requisitos de validez del acto administrativo regulado por el artículo 3 de la Ley 27444 -Ley del Procedimiento Administrativo General en ese sentido, considera que dicho acto se encuentra viciado de nulidad por acto negligente de la ENTIDAD debiendo asumir dicha parte los costos y costas del proceso referido al pago de honorarios del tribunal arbitral, secretaría arbitral, gastos de cobranza, honorarios de asesores técnico-legales y peritos.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

243. La ENTIDAD mediante **escrito de fecha 04.08.2017 que subsana el escrito de reconvencción de fecha 18.07.2017**, manifiesta que el artículo 73 del DL N° 1071 prescribe que “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. (...)”
244. En ese sentido, considerando que las pretensiones planteadas por el CONTRATISTA carecen de fundamentos de hecho y de derecho que las respalden, en aplicación del citado artículo 73 del Decreto Legislativo que norma el arbitraje, solicitamos que los gastos arbitrales generados por este proceso sean cancelados por el CONTRATISTA.

POSICION DEL TRIBUNAL

245. Corresponde en este punto que el Tribunal Arbitral se pronuncie acerca de los gastos del presente arbitraje, a fin de determinar si alguna de las partes debe asumirlos en su totalidad, o si, por el contrario, cada parte deberá asumir sus propios gastos y los que sean comunes en partes iguales.
246. Conforme a lo establecido por el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, los costos del arbitraje comprenden:
- (i) los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral;*
 - (ii) los honorarios y gastos del secretario;*
 - (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral;*
 - (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral;*
 - (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; y,*
 - (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.*
247. En relación con dichos costos del arbitraje, los artículos 69° y 73° de la Ley de Arbitraje señalan lo siguiente:

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

“Artículo 69°. - Libertad para determinar costos.

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.”

“Artículo 73°. - Asunción o distribución de costos.

*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.
(...)”*

248. Como puede apreciarse, las normas citadas disponen que el Tribunal Arbitral tenga en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes.
249. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
250. Atendiendo a que, en el presente caso, no existe acuerdo alguno relacionado con los costos del arbitraje, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establezca cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas.
251. En este sentido, tomando en cuenta el resultado del arbitraje, pero que además una de las partes representa al Estado, el Tribunal Arbitral es de la opinión que cada parte cubra sus propios gastos, por un lado, y por otro, que los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral) sean asumidos por el CONTRATISTA y por la ENTIDAD en partes exactamente iguales.
252. En el presente caso, los árbitros cobraron los siguientes honorarios netos:

HONORARIOS ARBITRALES		
Mario Manuel Silva López	Aurelio Moncada Jiménez	Luis Eduardo Adrianzen de Lama
S/. 28,061.60	S/. 28,061.60	S/. 28,061.60

253. Asimismo, los honorarios netos de la secretaría arbitral ad hoc ascienden a la suma total S/. 22,314.48, correspondiendo a cada parte pagar la suma de S/. 11,157.24.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

254. De una revisión del expediente arbitral, se verifica que la DEMANDADA cumplió con efectuar el pago del 50% de los honorarios arbitrales de los árbitros y de la secretaría arbitral correspondiente a la reliquidación de honorarios efectuada mediante la Resolución N° 26 correspondiente a su cargo, esto es, la suma total de S/. 25,134.50; sin embargo, al no haber cumplido el DEMANDANTE con el pago del 50% que le correspondía efectuar, la DEMANDADA tuvo que pagar los honorarios arbitrales y de secretaría en vía de subrogación.
255. Siendo esto así, el DEMANDANTE deberá pagar a la DEMANDADA la suma de: S/. 25,134.50 más el IGV, por concepto de devolución de honorarios.
256. En tal sentido, la pretensión 5.2 de la quinta pretensión principal de la demanda y la segunda pretensión principal de la reconvención deben ser declaradas **INFUNDADAS**.

Por las razones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071, el Tribunal Arbitral, dentro del plazo correspondiente **LAUDA EN DERECHO**:

PRIMERO: DECLARAR **INFUNDADAS** las excepciones de falta de legitimidad para obrar y caducidad presentadas por la Entidad respecto de la primera pretensión principal de la demanda, conforme quedo establecido en los considerandos del presente laudo arbitral.

SEGUNDO: DECLARAR **FUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda **modificada mediante escrito de fecha 05.12.2017**, en consecuencia, corresponde declarar la nulidad de la resolución del Contrato N° 2015-2014-MINAGRI- AGRO RURAL para la ejecución de la obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra-Gongopata- Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huánuco", practicado por la Entidad con Carta Notarial N° 074-2016-MIANGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016.

TERCERO: DECLARAR **INFUNDADA** la primera pretensión principal de la primera reconvención, en consecuencia, no corresponde declarar la validez y eficacia de la Resolución de Contrato del Contrato N° 2015-2014-MINAGRI- AGRO RURAL para la ejecución de la obra: "Instalación del Canal de Riego Rangra- Gongopata- Pucajaca – Distrito de Molino Pachitea Huánuco" comunicada por la Entidad al Contratista mediante Carta Notarial N° 074-2016-MIANGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE de fecha 23.11.2016.

CUARTO: DECLARAR **FUNDADA** la pretensión principal de la acumulación de la demanda, en consecuencia, corresponde declarar la validez del Acta de Recepción de Obra de fecha 15.06.2016.

QUINTO: DECLARAR **FUNDADA EN PARTE** la tercera pretensión principal de la demanda **modificada mediante escrito de fecha 05.12.2017**, en consecuencia, si corresponde declarar el Consentimiento de la Liquidación Final de Obra presentada

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama

por MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC mediante Carta N° 075-2016-DROF/GG-CON-RDB EIRL el 12.08.2016, al amparo del artículo 211 del D.S. N° 184-2008-EF del Reglamento, al no haber controversias pendientes de resolver, correspondiendo a la Entidad pagar la suma de S/. 110,322.42, incluido IGV a favor del Contratista.

SEXTO: DECLARAR **INFUNDADA** la cuarta pretensión principal de la demanda **modificada mediante escrito de fecha 05.12.2017**, en consecuencia, no corresponde ordenar a la Entidad el pago de gastos financieros exógenos o posteriores al plazo de ejecución de obra por el importe de S/. 19,517.00, más intereses legales a favor del Contratista, de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa del presente laudo.

SEPTIMO: DECLARAR **IMPROCEDENTE** la pretensión 5.1 de la quinta pretensión principal de la demanda, en consecuencia, no corresponde ordenar a la Entidad, el pago por el concepto de indemnización de daños y perjuicios por la suma de S/. 423,000.00 soles a favor del Contratista, conforme a los términos expresados en la parte considerativa del presente laudo.

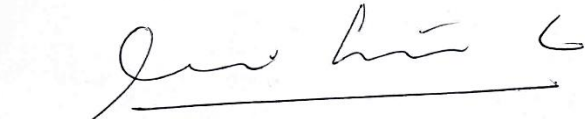
OCTAVO: DECLARAR **IMPROCEDENTE** la primera pretensión principal de la segunda reconvenición, en consecuencia, no corresponde ordenar el pago de la indemnización por daños y perjuicios por la suma de S/. 1'123,940.46 soles por el incumplimiento por parte del Contratista en la Ejecución del Contrato N° 205-2014-MINAGRI-AGRO RURAL.

NOVENO: **DISPONER** que la empresa MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC y el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL asuman cada una de ellas y directamente, los gastos arbitrales que les correspondía sufragar (50% a cargo de cada una de ellas) y, habiendo pagado la Entidad en vía de subrogación los honorarios arbitrales reliquidados mediante la Resolución N° 26 que le correspondía pagar al Contratista por la suma de S/. 25,134.50; el Contratista deberá pagar a la Entidad dicho monto más el IGV, por concepto de devolución de honorarios.

DECIMO: El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, una vez notificado, consentido o ejecutoriado, debe ser cumplido con arreglo a lo dispuesto por las normas legales pertinentes.

Notifíquese a las partes. -


Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Dr. Mario Manuel Silva López
Dr. Aurelio Moncada Jiménez
Dr. Luis Eduardo Adrianzen de Lama




MARIO MANUEL SILVA LOPEZ
PRESIDENTE



AURELIO MONCADA JÍMENEZ
ÁRBITRO



LUIS EDUARDO ADRIANZEN DE
LAMA
ÁRBITRO



MAYCKOL ERNESTO BETETA DÍAZ
SECRETARIO ARBITRAL

EXP. N° 049-2020-CCL
Proceso arbitral seguido entre la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. y la AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Arbitraje seguido entre

TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

Y

**AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA
(REPRESENTADA POR LA PROCURADURÍA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE
AGRICULTURA Y RIEGO)**

LAUDO

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Secretaría Arbitral

Giuliana Temoche Salinas
Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Orden Procesal N° 3

Lima, 27 de abril de 2021

En Lima, a los veintisiete días del mes de abril del año dos mil veintiuno, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las reglas pactadas por las partes, escuchado los argumentos esgrimidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el laudo siguiente para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

VISTOS:

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL. -

Con fecha 24 de julio de 2017, la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., y la AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA, suscribieron el Contrato N° 27-2017-ANA-OA para la CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE SOLUCION INTEGRADA DE COMUNICACIONES DE DATOS (RED MPLS) Y SALIDA A INTERNET PARA LA AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA (SEDE CENTRAL Y ORGANOS DESCONCENTRADOS), en adelante el CONTRATO.

De acuerdo con la Cláusula Décimo Séptima del CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

“CLÁUSULA DÉCIMO SÉTIMA: 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

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Estado. El arbitraje será de tipo Institucional.

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 al 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 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 45.9 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.”

De acuerdo con lo anterior, queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., y la AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA.

II. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL. -

Los árbitros inicialmente designados por las partes, abogado Billy Franco Arias y el abogado Juan Alberto Quintana Sánchez, nombraron tercer árbitro y presidente del Tribunal Arbitral al abogado Hugo Sologuren Calmet, quien aceptó el cargo encomendado, quedando constituido el Tribunal Arbitral.

En ese sentido, los profesionales del Derecho declaran que han sido debidamente designados de acuerdo con la Ley y el convenio arbitral celebrado entre las partes, manifestando no tener ninguna incompatibilidad, ni compromiso alguno con los mismos. Asimismo, se obligan a desempeñar con justicia, imparcialidad y probidad la labor encomendada.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

III. TIPO DE ARBITRAJE. -

De conformidad con la Orden Procesal N° 1 de fecha 18 de noviembre de 2020, se estableció que, en virtud de lo pactado en la Cláusula Décimo Séptima del CONTRATO, el arbitraje sería Nacional y de Derecho.

IV. REGLAS APLICABLES AL PRESENTE ARBITRAJE. -

Del mismo modo, de conformidad con el Convenio Arbitral suscrito entre las partes, contenido en la Cláusula Décimo Séptima del CONTRATO, el Tribunal Arbitral estableció que la ley aplicable al fondo de la controversia sería la ley peruana.

Finalmente, el Tribunal Arbitral otorgó a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., un plazo de veinte (20) días hábiles para la presentación de su demanda arbitral.

V. ALEGACIONES DE LAS PARTES. -

Mediante escrito presentado el 18 de diciembre de 2020, la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., formuló las siguientes pretensiones:

5.1. Pretensiones formuladas en la Demanda presentada por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.:

Las pretensiones planteadas por la DEMANDANTE se transcriben a continuación:

***Primera Pretensión Principal:** Solicitamos que se declare que las interrupciones al servicio de cinco (5) sedes de la ANA derivadas de la pérdida del satélite IS-29-e, ocurridas entre el 7 de abril y el 24 de abril de 2019, constituyen eventos calificables como caso fortuito o fuerza mayor (en adelante, "fuerza mayor").*

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal: Al declararse fundada la Primera Pretensión Principal, solicitamos que se declare que Telefónica no ha incumplido las condiciones del Contrato 27-2017-ANA-OA, por lo que no corresponde aplicarle penalidades derivadas de las interrupciones del servicio.

Segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal: Al declararse fundada la Primera Pretensión Principal, solicitamos que se declare que la ANA imputó indebidamente una penalidad total de S/ 547,942.55 (quinientos cuarenta y siete mil novecientos cuarenta y dos con 55/100 soles) por dichas interrupciones, debiendo la ANA pagar y/o restituir a Telefónica dicha suma de dinero, más los intereses aplicables.

Segunda Pretensión Principal: Solicitamos que se declare que Telefónica únicamente debe compensar a la ANA con un monto ascendente a S/ 40,969.75 (cuarenta mil novecientos sesenta y nueve con 75/100), suma de dinero que fue ofrecida por Telefónica a modo de compensación por la interrupción, de conformidad con lo establecido en el artículo 93 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, las "Condiciones de Uso").

Tercera pretensión principal: Solicitamos que se ordene a la ANA el pago de costas y costos del proceso arbitral.

5.2. Posición de la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.:

5.2.1. Fundamentos de Hecho de la Demanda

La DEMANDANTE sustenta su posición en los siguientes fundamentos:

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Antecedentes

El 16 de marzo de 2017 se convocó el Concurso Público 3-2017-ANA, a través del cual la ANA licitó la provisión del servicio de solución integrada de comunicaciones de datos (RED MPLS) y salida a internet para la Autoridad Nacional del Agua (Sede Central y Órganos Desconcentrados). La licitación contempló la prestación del servicio de internet (Ítem 1) y del servicio de interconexión de sedes (Ítem 2), tal como se detalló en las Bases Integradas del concurso.

Las Bases Integradas señalaron que el servicio podía brindarse a través de fibra óptica (conexión física por una red) o a través de un enlace satelital (conexión inalámbrica por antenas y un satélite).

Las Bases Integradas también establecieron la posibilidad de que se impongan penalidades en caso el contratista incumpliera sus obligaciones ante casos de incumplimientos injustificados.

Telefónica presentó una propuesta para participar por la buena pro de los dos ítems licitados. Respecto del Ítem 2, la propuesta precisó que el medio de transmisión sería a través de fibra óptica o, en caso no estuviera disponible, a través de enlaces satelitales.

La buena pro del servicio comprendido por el Ítem 1 fue otorgada a la empresa Optical Technologies S.A.C. El Ítem 2, por su parte, fue adjudicado a Telefónica el 13 de julio de 2017. Como consecuencia, Telefónica y la ANA celebraron el Contrato 27-2017-ANAOA el 24 de julio de 2017 (en adelante, el "Contrato").

El servicio contratado con Telefónica (que aún se encuentra en ejecución)

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

implica permitir la interconexión entre las sedes desconcentradas y la sede central de la ANA, a fin de que puedan compartir aplicativos, servicios de red y soporte de manera segura. Este servicio es brindado por Telefónica a través de enlaces satelitales; es decir, la empresa contrata el servicio de comunicaciones de un satélite para permitir dichos enlaces.

Este tipo de enlaces suponen una conexión entre tres elementos: una antena ubicada en la tierra que transmite una señal hacia un satélite, el cual la amplifica y la retransmite hacia otra antena ubicada en un lugar distinto.

Satélites como estos son operados por empresas que brindan servicios de telecomunicaciones. En el caso de los servicios prestados a la ANA, Telefónica utiliza un satélite de la empresa Intelsat, con la que tiene una relación contractual para la provisión de servicios de comunicaciones.

Conforme manifiesta Telefónica, Intelsat es uno de los proveedores más importantes de comunicación satelital del mundo y el pionero de dicho servicio. Constituida como empresa pública en 1964, lanzó su primer satélite al espacio al año siguiente, convirtiéndolo en el primer satélite de comunicaciones comerciales de la historia. De la transmisión del primer alunizaje en 1969 a la transmisión televisiva más masiva de su época con las Olimpiadas de Sídney 2000, hoy Intelsat brinda servicios en más de 200 países con una flota de más de 50 satélites.

Los satélites son aeronaves espaciales que orbitan el planeta y que facilitan la comunicación al recibir señales y retransmitirlas hacia receptores que se encuentran a distancias que no pueden ser cubiertas íntegramente por infraestructura que se encuentra en la tierra. Dado que se trata de sistemas sumamente sofisticados, su fabricación y lanzamiento al espacio toma, por lo menos, entre dos y tres años.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

El 27 de enero de 2016, Intelsat lanzó al espacio el satélite 1S-29e, con una vida útil estimada de 15 años y un costo que ha sido reportado superior a los USD 400'000,000 (cuatrocientos millones de dólares estadounidenses). Ubicado en la órbita geoestacionaria a 50° de longitud este, el IS-29e brinda servicios principalmente a Norteamérica, Centroamérica y Sudamérica.

El primero de la serie Epic NG, el IS-29e fue fabricado por la empresa Boeing Satellite Systems, Inc., líder mundial en la fabricación de aeronaves espaciales (satélites entre ellos) y que trabaja con numerosas empresas privadas y entidades públicas también, como es el caso de la NASA. Gracias al avance tecnológico, esta nueva serie de satélites superó largamente la capacidad de sus antecesores y marcó el inicio una nueva generación de satélites que potencian la transmisión de comunicaciones.

El servicio brindado por Intelsat a sus clientes, entre ellos Telefónica, fue a través del IS29e. Como veremos a continuación, tan solo luego de tres (3) años desde su lanzamiento al espacio, el satélite sufrió un evento que tuvo un impacto directo sobre los servicios prestados a la ANA.

EL SATÉLITE IS-29E PERDIÓ SU ÓRBITA EN EL ESPACIO COMO PRODUCTO DE EVENTOS DE FUERZA MAYOR

Telefónico refirió que, aproximadamente a las 22:04 del 7 de abril de 2019, Intelsat reportó problemas con el satélite generados por una “anomalía”. Una anomalía satelital es un evento que afecta la misión de una aeronave espacial que opera en órbita, degradándola. Es decir, se trata de un evento que tiene un impacto directo y determinante sobre un satélite (y, por tanto, el cumplimiento de su misión).

Según explicó la empresa al reportar los hechos en su momento, la anomalía consistió en la afectación del sistema de propulsión del satélite (aquel que

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

permite que el satélite mantenga su órbita), lo cual afectó a los servicios de comunicaciones que dependían del satélite.

Telefónica sostuvo que lo que se llevó a cabo durante las siguientes horas y días fue un trabajo exhaustivo por parte de los técnicos e ingenieros de Intelsat y Boeing por resolver la anomalía y retomar total control sobre el satélite. Finalmente, el 9 de abril de 2019, Intelsat envió un comunicado a sus clientes (entre ellos, Telefónica), informando acerca de los eventos que acontecieron al satélite.

Conforme lo explica Intelsat, el 7 de abril de 2019, el sistema de propulsión sufrió daños que llevaron a que el propelente (combustible) se filtrara al interior del satélite. Ello generó que el satélite pierda su posicionamiento con dirección a Tierra y empezara a girar sin control, dificultando la toma de control del satélite.

Durante el siguiente par de días, Intelsat y Boeing desplegaron diversos esfuerzos por retomar el contacto con el satélite, tal como se puede apreciar de la cronología general de acciones realizadas con dicha finalidad.

El evento fue advertido por Intelsat-Boeing, inicialmente, debido al corto circuito generado por una filtración de combustible en la línea de propulsión. Ello llevó a que el satélite pierda su puntería a la tierra y, con ello, la pérdida de servicios de transmisión de comunicaciones. Una hora después, el equipo Intelsat-Boeing a cargo de evaluar el evento, logró constatar por vez primera que estaba ante un escenario anómalo, extremadamente raro.

Lo que siguió fueron diversos esfuerzos por retomar la conexión con el satélite, derivando en distintas estimaciones del tiempo que debía transcurrir hasta que el servicio fuera reestablecido, dependiendo de la evolución de las circunstancias. Aproximadamente, 2 horas y 40 minutos después de ocurrida

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

la anomalía, se ejecutó el primer intento manual de controlar la aeronave espacial. Sin embargo, el combustible continuaba evaporándose, generando dinámicas inesperadas que demoraron la recuperación.

Casi 29 horas después, las maniobras manuales permitieron retomar control momentáneo del satélite, pero casi 9 horas más tarde, a las 14:59 del 9 de abril de 2019 (hora peruana), ocurrió una segunda anomalía (fuga de combustible) que generó que el satélite volviera a perder control y, con ello, su posicionamiento hacia la tierra. Esta fuga, a su vez, ocasionó una baja de tensión que resultó en la pérdida de funciones electrónicas claves. Poco más de media hora después, se perdió la señal con el satélite.

Como consecuencia de este segundo evento, el 10 de abril de 2019, Intelsat informó al público los hechos ocurridos y comunicó el inicio de la migración de los servicios de sus clientes a otros satélites, propios y de terceros. Estos hechos fueron reportados por diversos medios.

Las diversas notas explicaron que el satélite reportó fallas en el sistema de propulsión derivado de dos anomalías ocurridas el 7 y 9 de abril de 2019, sin conocer, hasta ese momento, la causa de estas.

Por su parte, ExoAnalytic Solutions, una empresa de tecnología con enfoque espacial que cuenta con una red de más de trescientos (300) telescopios alrededor del planeta para monitorear satélites en espacio geostacionario, reportó que identificó escombros alrededor del satélite IS-29e el 8 de abril de 2019.

Doug Hendrix, CEO de ExoAnalytic Solutions, informó al portal SpaceNews que dos objetos prominentes fueron identificados el 10 de abril de 2019, aunque no pudieron determinar si se trataba de combustible congelado o algo distinto. Añadió: “Tenemos la seguridad de decir que han experimentado una

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

anomalía; han anunciado una anomalía. Creemos que hemos visto escombros desprenderse del satélite”.

A través de sus telescopios, Exoanalytic Solutions incluso logró obtener imágenes de la anomalía. En un video que Telefónica presentó en calidad de Anexo A-7, se puede observar al satélite IS-29e en el preciso momento de la anomalía y lo que sucede luego como consecuencia de esta.

El video está enfocado en la trayectoria del satélite, identificado en el punto central de la imagen. Las luces de fondo en movimiento son estrellas. Los primeros segundos muestran el IS-29e en su trayectoria normal, pero a partir del segundo 0:23 puede observarse el preciso instante en el que ocurre la anomalía. Se observa un destello de luz (segundo 0:25), seguido de una aparente explosión (segundo 0:27) que pareciera liberar, de acuerdo con lo reportado inicialmente por Intelsat, propelente y escombros del satélite (segundo 0:28).

Telefónica resumió el evento con una serie de imágenes extraídas, escogidas por Exoanalytic Solutions, que muestran los hechos en cuatro momentos clave, las cuales fueron reportadas por el medio de prensa ArsTechnica.

Como explica ArsTechnica al analizar esta evidencia, “Primero, hay una serie de eventos anómalos de liberación de gases de la aeronave, luego de lo cual persiste un halo. A medida que el halo se disipa, permanecen diversas piezas de escombros que continúan siendo monitoreadas.”

Estas imágenes apuntaban a la posibilidad de que la anomalía haya sido consecuencia de un evento externo, ajeno a un mal funcionamiento de la aeronave espacial. Así lo explicó Doug Hendrix, CEO de ExoAnalytic, a dicho medio:

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

“Por ahora, Hendrix dijo que la empresa trabajará hacia atrás, revisando data para tratar y determinar si algún tipo de evento externo, tal como un micrometeorito o escombros existentes en el ambiente geoestacionario, podría haber causado el problema inicial con el satélite, que tenía tan solo tres años de antigüedad y se encontraba cerca del inicio de su ciclo de vida en órbita. “Cuando existe una anomalía como esta con un satélite joven, nos obliga a comprender el ambiente externo” dijo.”

Si bien en ese momento aún no se conocía la causa exacta de todo lo ocurrido, incluso para terceros distintos a Intelsat y Boeing no quedaban dudas de que debía tratarse de un evento anómalo. Es decir, un hecho extraño, imprevisible e irresistible que no estaba relacionado con el funcionamiento del satélite ni con una falla de la propia aeronave espacial. Las imágenes antes mostradas, que fueron publicadas poco menos de una semana después de ocurridos los hechos, revelan que el IS-29e se vio afectado por eventos externos fuera del control de Intelsat.

A pesar de los esfuerzos desplegados por retomar el control, el 18 de abril de 2019, Intelsat reportó la pérdida total del satélite debido a la anomalía sufrida por la aeronave espacial el 7 de abril de 2019.

Si bien resultaba imposible recuperar un satélite que giraba descontroladamente, Intelsat convocó a una junta de expertos precisamente para conocer las causas de lo ocurrido. Esta junta estuvo integrada no sólo por expertos de Intelsat y de Boeing (en su calidad de fabricante), sino también por terceros independientes.

Los resultados del análisis de esta junta fueron informados el 30 de julio de 2019 en el Comentario Trimestral de Intelsat al segundo trimestre de 2019:

“Un comité de revisión de la falla compuesto por el fabricante del satélite,

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Boeing Satellite Systems, Inc., la Empresa y expertos independientes externos, fue convocado para completar un análisis comprensivo de la causa de la anomalía. El comité concluyó que la anomalía fue causada o por un problema de cableado en conjunto con una descarga electroestática relacionada con actividad climatológica solar, o por el impacto de un micrometeorito”.

Estos hallazgos fueron corroborados por Boeing en un comunicado enviado al portal SpaceNews, en el que indicaron que:

“[C]reemos que la anomalía inició con un evento de subvoltaje [baja de tensión] (ej. un corto circuito)”. “La causa última aún no es clara, pero los candidatos más probables son o un problema de cableado en conjunto con un evento de descarga electroestática (ESD) o el impacto de un micrometeorito a un cableado crítico”.

Como es posible apreciar, la junta de expertos convocada por Intelsat determinó que los hechos ocurridos el 7 de abril de 2019 podrían haber sido generados por uno de los siguientes dos hechos puntuales:

a) Por un lado, un evento climatológico solar que generó una descarga electroestática y produjo un problema eléctrico con el cableado de la aeronave espacial. Una descarga electroestática es un fenómeno de la naturaleza que ocurre entre dos objetos con cargas eléctricas distintas. Para ejemplificar a lo que se refería, Telefónica manifestó que es algo parecido a lo que sentimos las personas cuando una pequeña descarga eléctrica se genera al tocar el manajo de la puerta del auto. Solo que, en este caso, se trata de una descarga de proporciones aeroespaciales. La materia (objetos y personas) tiene una carga eléctrica neutral, por lo que no solemos percibir ningún efecto al entrar en contacto con otros objetos. Por lo general, tomar el manajo de una puerta no nos producirá ninguna sensación particular. Pero si nuestra carga eléctrica aumenta (se vuelve positiva) y entramos en contacto con un objeto con una

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

carga eléctrica negativa, sentiremos una descarga electrostática. Lo mismo ocurre entre cualquier clase de objetos que tengan cargas desbalanceadas, pues se trata de la forma a través de la cual las cosas regresan a un estado natural de carga neutral. El panel de expertos confirmó que la actividad climatológica del sol podría haber tenido efectos sobre el cableado del IS29e.

b) Por otro lado, la junta determinó que la otra posible causa es que la aeronave espacial haya sido impactada por un micrometeorito, y que ello haya generado un problema eléctrico, por la afectación al cableado, que derivó en un cortocircuito que condujo a los eventos que Telefónica detalló en los párrafos anteriores.

Telefónica concluyó que, si bien fue posible identificar que la pérdida del IS-29e se haya producido debido a un problema eléctrico (pues esto se aprecia en el centro de control), la causa específica que generó este problema eléctrico (una descarga electrostática o el impacto de un micrometeorito) es algo que se determina probabilísticamente en función de la observación, data y expertise del panel de expertos. La razón es simple de comprender: se trata de un objeto que se encuentra en el espacio, a unos treinta y seis mil kilómetros (36,000km) de distancia de la superficie de la tierra.

Si bien ello impide hacer una observación in situ de las causas de la anomalía sufrida por el IS-29e, el panel de expertos dejó claro que se trató de uno de estos dos motivos poco comunes de la naturaleza. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que, para ambas probables causas, es claro que nos encontramos ante eventos de fuerza mayor.

TELEFÓNICA ATENDIÓ LA INTERRUPCIÓN DEL SERVICIO DE MANERA DILIGENTE Y OPORTUNA

Telefónica sostuvo que, como ya había explicado, las anomalías en el satélite

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

IS-29e comenzaron a experimentarse el 7 de abril de 2019 a las 22:04 (hora peruana). Este evento tuvo un impacto inmediato y directo sobre las comunicaciones que, justamente, dependían del satélite IS-29e. Telefónica y el Perú fueron solo algunas de las diversas empresas y varios países afectados por la caída del servicio.

Sin perjuicio de haberse tratado de un evento de fuerza mayor, ajeno al control de la empresa y hasta de la propia dueña del satélite y de su fabricante, Telefónica realizó esfuerzos inmediatos por enfrentar el imprevisto y reponer los servicios afectados por la caída, lo más rápido posible.

Por un lado, emitió dos comunicados en medios de prensa, informando sobre la caída del servicio. El 10 de abril de 2019, se emitió un comunicado que retransmitió la información que fue enviada por Intelsat un día antes.

Tres días después, se emitió un nuevo comunicado, en donde se anunció el despliegue de medidas para recuperar el servicio.

En concordancia con lo señalado en este último comunicado, Telefónica ya estaba llevando a cabo un plan de atención de la caída del servicio, priorizando la migración a otros satélites, a medida que fue posible hacerlo. Estas acciones pueden observarse en el Informe Técnico de Acreditación elaborado por Telefónica y registrado el 11 de abril de 2019 ante el Sistema de Información y Registro de Interrupciones del Osiptel (en adelante, "SISREP") bajo Ticket 306484.

A las 22:53 del domingo 7 de abril de 2019, menos de una hora después de ocurridos los hechos imprevisibles e irresistibles, estos fueron comunicados al equipo a cargo de la supervisión de Operaciones Satélite y Planta Externa de fibra óptica, a fin de que iniciaran las gestiones destinadas a atender y solucionar la situación. Aunque se trataba de un evento aún prematuro y del

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

que se iría conociendo más a medida que pasara el tiempo, el equipo a cargo ya se encontraba evaluando las acciones a tomar.

Luego de evaluar las incidencias y conocer que el IS-29e sufrió una anomalía, pasadas las 22:00 de la noche anterior, a las 8:41 del 8 de abril de 2019 ya se evaluaba migrar a clientes y conexiones críticas a otros satélites. Entre estos clientes críticos se hallaba la ANA, entidad cuyas sedes estuvieron entre las primeras en ser atendidas a fin de restablecer el servicio.

Para ello se requirió el apoyo necesario para realizar el reapuntamiento de las antenas hacia la órbita de otros satélites. Como Telefónica mencionó en la sección de antecedentes, los enlaces satelitales requieren de dos antenas fijadas en dirección al satélite. Este recibe la señal de una antena (en este caso, ubicada en una estación en Lurín) y la retransmite hacia una segunda antena, ubicada en la sede que recibe el servicio.

A las 8:45 del 9 de abril de 2019, Intelsat continuó actualizando la hora estimada de solución del problema, calculada, en ese momento, para las 18:00 horas. Sin embargo, Telefónica continuó desplegando esfuerzos por migrar a sus clientes a otros satélites. Ese mismo día a las 20:30 horas, Intelsat confirmó que no pudo retomar control sobre el IS29e.

Esta confirmación de Intelsat determinó que Telefónica incrementara sus esfuerzos por migrar a otros satélites a todos los clientes que recibían servicios de la nave espacial afectada. En efecto, a las 21:30 del 9 de abril de 2019 se inició la evaluación para “[...] poner en acción el plan de contingencia establecido (migrar todos los enlaces afectados a nivel nacional progresivamente en función de la capacidad)”.

Este cambio, además, resultaba sumamente complejo si tenemos en cuenta las acciones que deben desplegarse y el tiempo que toma cumplirlas. Una de

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

las principales dificultades para ello es conseguir espacio inmediato en otros satélites, acción que incluso Intelsat informó que estaba tratando de realizar (para restaurar los servicios a sus clientes) a las 23:05 del 9 de abril.

Pero la obtención del espacio para la prestación del servicio a través de otros satélites no es la única acción que debe realizarse. Es necesario continuar con otros aspectos complejos para la efectiva migración del servicio: apuntar las antenas hacia la órbita de los nuevos satélites. Telefónica venía realizando esta labor desde la mañana siguiente a la ocurrencia de la anomalía que afectó el servicio del IS-29e. Recibido este último comunicado de Intelsat, el equipo de Operaciones Satélite inició trabajos para mover las antenas ubicadas en Lurín.

Esta labor se desarrolló desde las 10:10 del 10 de abril de 2019, como parte de las acciones iniciales para lograr restablecer los enlaces satelitales de los clientes críticos en primer lugar (entre los cuales se hallaba la ANA). Ante ello, Telefónica continuó buscando espacio en otros satélites para migrar los servicios, así como con el despliegue de equipos técnicos para reapuntar las antenas de los clientes afectados.

El 10 de abril de 2019 a las 16:30 se confirmó que la antena principal de Lurín había sido reorientada hacia el satélite asignado, pero aún quedaba pendiente hacer lo mismo con antenas remotas, es decir, con las que se encontraban ubicadas en lugares lejanos y a los que acceder no resultaba fácil ni rápido. Estos trabajos continuaron durante el 11 de abril y los siguientes días, hasta que se logró restablecer el servicio a todos los clientes de Telefónica que se vieron afectados por la anomalía sufrida por el IS-29e y su posterior pérdida total.

Entre estos clientes se encontraba la ANA, entidad que vio afectadas cinco (5) sedes por la caída del servicio: la sede de la Autoridad Local del Agua (en

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

adelante, “ALA”) Santiago de Chuco, sede ALA La Convención, sede ALA Ilave, sede ALA Atalaya y sede ALA Tambopata Inambari.

Telefónica informó a la ANA acerca de los hechos ocurridos desde que se reportó la primera anomalía el 7 de abril, así como las diligentes acciones adoptadas tanto por ella como por Intelsat para lograr restablecer los servicios afectados. Unas horas después de ocurridos los hechos y luego de recabar mayor información sobre lo ocurrido, Telefónica informó a la ANA por escrito acerca de la anomalía que experimentó el IS-29e.

A modo de seguimiento y menos de 48 horas después, Telefónica se comunicó nuevamente con la ANA reportando los avances de la situación. En esta comunicación se informó que se estaba trabajando para conseguir capacidades adicionales en otros satélites para migrar los enlaces hacia estos.

Fueron solo algunas horas después del envío de este correo que Intelsat confirmó que no fue posible restablecer comunicaciones con el IS-29e, por lo que Telefónica inició la ejecución del plan para migrar a todos sus clientes hacia nuevos satélites, a fin de levantar el servicio.

Los eventos que explicados en párrafos anteriores también fueron descritos y analizados en informes elaborados por Telefónica y presentados a la ANA con la finalidad de proveer mayor detalle acerca de lo acontecido. Así lo hizo, por ejemplo, con el documento “Informe Técnico” del mes de abril de 2019.

En este se explicó una conclusión elemental producto de lo ocurrido: que el problema técnico:

“[...] es de naturaleza extraordinaria puesto que supone la pérdida integral del satélite, la cual no está contemplada como consecuencia de ninguno de los problemas técnicos ya identificados en base a la experiencia y a los estándares

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

internacionales de los organismos especializados en la construcción de equipamiento aeroespacial”.

En ese sentido, Telefónica sostiene que un evento como el que sufrió el IS-29e es indudablemente un evento que califica legalmente como fuerza mayor. Los satélites son aeronaves espaciales sumamente costosas y sofisticadas que, precisamente debido a su naturaleza y al hecho de que orbitan a 36,000 kilómetros sobre la superficie de la tierra, se fabrican teniendo en cuenta numerosas medidas de seguridad y se minimizan al máximo posible los riesgos que podrían enfrentar.

Es por ello que la anomalía que desencadenó los hechos analizados y determinó la pérdida de una aeronave espacial de cientos de millones de dólares no se trató de un evento intrínseco, producto de un malfuncionamiento del propio satélite o negligencia del proveedor, sino de un hecho externo, de la naturaleza, imposible de resistir. La conclusión de Telefónica coincide con el análisis de la junta de expertos al que se encargó de la evaluación de los hechos.

Telefónica refiere que le explicó a la ANA que, sin perjuicio de que se trataba de un evento de fuerza mayor y de que la empresa actuó diligentemente, se contaba con un plan de acción que consistía, por un lado, en escalar el problema al proveedor y, por el otro, tratar de restituir el servicio a través de alternativas técnicas (migrar servicios a otros satélites).

Posteriormente, Telefónica remitió a la ANA otro informe sobre la gestión personalizada de transmisión de datos e internet en abril 2019 (Anexo A-20). En este se reportaron diversos aspectos e incidencias relacionadas con la prestación del servicio durante ese mes, incluyendo lo ocurrido con la caída del servicio producto de la pérdida del satélite.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

Telefónica reportó en este informe las averías que le eran imputables a la empresa, las imputables a la ANA y las causadas por eventos externos. Entre estas últimas, se informaron detalles sobre la caída del servicio que experimentaron las 5 sedes de la ANA que se vieron afectadas.

Las sedes en mención se vieron afectadas desde el inicio de la jornada laboral del día hábil siguiente a la caída del servicio, la cual ocurrió un domingo por la noche (hora peruana). Como se reportó, la avería masiva fue reportada al Osiptel y se inició el plan de contingencia que migraría los enlaces a otros satélites (por ejemplo, el satélite Galaxy 28 de propiedad de Intelsat). Así, los servicios fueron restableciéndose con el pasar de los días hasta que se logró cumplir con ello en su totalidad el 24 de abril de 2019 a las 13:14.

La primera sede cuyo servicio fue restablecido corresponde a la ALA Santiago de Chuco, lo cual ocurrió el 16 de abril a las 14:00, tan solo ocho días después de que el IS-29e sufriera la primera anomalía. El día siguiente, en horas de la mañana, se restableció el servicio de la ALA Atalaya, y por la tarde el de la ALA Tambopata Inambari.

Tanto la ALA llave como la ALA La Convención demoró algunos días más el restablecimiento de la conexión. En el caso de la primera, las acciones fueron culminadas al término del 21 de abril. En el caso de la segunda, el trabajo fue completado el 24 de abril en horas de la tarde.

Esto fue reportado por correo electrónico a la ANA ese mismo día, cuando ya el servicio de todas las sedes se encontraba restablecido salvo la última (ALA La Convención), que se hallaba en las pruebas finales (nótese que el correo fue enviado a las 11:21, menos de dos horas antes del restablecimiento efectivo del servicio, que ocurrió a las 13:14, según se reportó en el informe comentado párrafos arriba).

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

El restablecimiento total del servicio de estas sedes (y de todos los clientes afectados por la caída) se logró gracias al esfuerzo constante desplegado por Telefónica y el equipo de soporte técnico a cargo de las gestiones de campo que resultaron necesarias para ello (el apuntamiento de las antenas a las órbitas de los nuevos satélites en los que se consiguió capacidad). Y es que existen diversos aspectos que deben ser tenidos en cuenta al momento de evaluar la complejidad de realizar estas modificaciones y el tiempo que ello puede tomar.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la migración del servicio a nuevos satélites depende de conseguir capacidad (espacio) en estos y ello no resulta una tarea sencilla ni rápida de cumplir. El espacio disponible en satélites que orbiten por coordenadas que permitan brindar servicio en esta zona del planeta es limitada y, finalmente, depende de la posibilidad de que un tercero pueda brindar. Y ello sin considerar los aspectos comerciales, que deben ser observados para llegar a un acuerdo razonable en un período de tiempo corto.

Pero esta es solo una parte de las acciones que deben realizarse. Un segundo elemento relevante a tener en cuenta es que una vez que se cuenta con capacidad contratada se vuelve necesario determinar el orden en que los servicios serán migrados.

Todos los clientes afectados requerían de la migración de sus enlaces, no solo uno (en el caso de Telefónica, hablamos de más de 300 clientes afectados por la caída). Pero en tanto la capacidad que se va adquiriendo al inicio es limitada y las ubicaciones son diversas, la migración solo puede realizarse por partes, en función a la capacidad técnica y humana disponible.

En tanto se trata de un evento de fuerza mayor, las acciones desplegadas no son más que las soluciones más rápidas que pueden implementarse. En el caso de la ANA, sus sedes estuvieron entre las primeras en ser atendidas y

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

restablecidas.

Debe ponderarse que una vez que la capacidad en un nuevo satélite ha sido conseguida, es necesario realizar acciones de campo: direccionar antenas a fin de que apunten a la órbita del nuevo satélite. Esto implicó el reapuntamiento, en primer lugar, de las antenas principales de Telefónica ubicadas en su estación de Lurín.

Se trata de una actividad sumamente compleja y delicada. Primero, es necesario conseguir al equipo técnico que pueda realizar la labor. No olvidemos que en este caso Telefónica estaba desplegando planes de contingencia para decenas de clientes afectados por la caída del servicio. Ello supone una evidente limitación de recursos (personal) para atender todas las solicitudes a la vez. A pesar de ello, se trabajó de día y de noche de manera ininterrumpida a fin de cumplir el reapuntamiento.

Pero es además complicado por la dificultad y el trabajo que requiere mover infraestructura de este tipo. No es como mover una antena común que podríamos tener en casa. Se trata de antenas de unos siete (7) metros de diámetro, para lo cual se requiere una coordinación compleja de parte del equipo técnico que debe realizar ajustes físicos, eléctricos, entre otros.

Además, los equipos asignados deben desplazarse hasta el lugar en el que se encuentran las antenas, y mientras que algunas pueden hallarse cerca de las ciudades en donde residen los integrantes de los equipos técnicos, otras se encuentran en lugares remotos de difícil acceso por características geográficas o climatológicas.

En el caso de la ANA, las antenas se encuentran en los edificios de las mismas sedes, por lo que el personal debe llegar hasta estas para realizar las labores necesarias.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Si bien este tipo de antenas son un poco más pequeñas, también resulta complicado manipularlas pues en algunos casos estas antenas pueden llevar años sin moverse. Como toda infraestructura, especialmente una de metal que se encuentra a la intemperie, esto puede hacer más difícil la manipulación (por motivos de oxidación natural, pernos que “se pegan” y no pueden desajustarse o se rompen al intentarlo, etc.). De hecho, en un caso se pudo observar cómo la base de la antena debe ser tratada con cuidado debido a la corrosión generada por las lluvias.

A todo esto debe sumársele, además, los cambios de frecuencia y demás aspectos técnicos que debe ejecutar un importante grupo de especialistas para lograr, finalmente, la conexión de los enlaces a los nuevos satélites asignados.

Las acciones técnicas que debían desplegarse son sumamente complejas e intrincadas y, por tanto, requieren la atención de un amplio equipo de ingenieros y especialistas para realizar las modificaciones requerida. Desde la atención de las antenas hasta el cableado, son numerosas las acciones que debían desplegarse:

- a. Se comienza realizando el reapuntamiento de las antenas hacia el nuevo satélite asignado, a fin de habilitar la señal de transmisión hacia las sedes remotas.
- b. Se deben configurar los equipos de transmisión de radiofrecuencia para que la señal satelital que proviene de la sede remota sea adecuadamente procesada. Para esto, además, se requiere trabajar en coordinación con el operador satelital.
- c. Deben ejecutarse pruebas de aislamiento también en coordinación con el operador satelital. Estas permiten validar que no existe interferencia entre los enlaces satelitales, producto del cruce de señales de otras antenas que se encuentren en la cercanía.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

-
- d. Se debe habilitar la señal de los satélites en los ambientes donde están ubicados los equipos pareja de los enlaces, es decir, los módems que están emparejados con los módems del cliente.
 - e. En conjunto con lo anterior, se deben llevar a cabo trabajos de cableado de tipo coaxial entre los equipos de transmisión de radiofrecuencia de los módems del cliente.
 - f. Luego, se debe trabajar en obtener la asignación de frecuencias del operador satelital para cada cliente. A través de estas frecuencias se logra enlazar la señal de las antenas y el satélite.
 - g. Obtenidas las frecuencias, estas deben ser configuradas con los equipos del cliente, así como con los parámetros satelitales, de tal manera que se permita transmitir correctamente la señal, desde la sede principal (Lurín) hasta la sede remota.
 - h. Cumplidas todas estas etapas, se procede a levantar el servicio del enlace satelital, en coordinación con personal técnico desde la sede remota.

Al respecto, Telefónica remarca que el cableado es sumamente complejo debido a que el trabajo coordinado es extenso y se deben lograr enlaces correctos (funcionales) y limpios (sin interferencias). Además, el balance eléctrico detrás de cada servidor, módem y cableado debe ser manejado con sumo cuidado, a fin de evitar algún problema eléctrico que pueda generar un desbalance y afectar los equipos o la conectividad.

Todo lo descrito refleja, conforme lo explica Telefónica, las actividades que debían realizarse únicamente en la sede principal ubicada en Lurín. Es decir, de un lado del enlace; restando trabajar en el otro lado, con la antena del cliente. Las actividades en este caso tampoco resultaron sencillas:

- a. Se comienza consiguiendo un equipo técnico disponible que pueda trasladarse hasta la sede remota que, en muchos casos, se encuentra en

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

localidades alejadas y/o de difícil acceso. Solo llegar a estas puede ser una tarea que tome uno o dos días.

- b. Una vez en la sede, se debe reapuntar la antena hacia el nuevo satélite asignado. Acá deben tenerse presente las dificultades comentadas al mover las antenas (climatológicas, problemas por falta de movimiento de las bases, etc.).
- c. Logrado el reapuntamiento, se deben configurar las frecuencias en los equipos de transmisión, lo cual solo ocurre una vez que el operador las haya asignado.
- d. Luego, corresponde realizar pruebas de aislamiento en coordinación con el operador satelital, para evitar interferencias con otras antenas o equipos de transmisión que se encuentren en la cercanía, o con otros clientes del propio operador satelital.
- e. Finalmente, se deben configurar correctamente los niveles de potencia de transmisión, desde la sede remota hacia la sede central (Lurín), a efectos de confirmar que el enlace se encuentra operativo y estable.

En suma, las acciones que deben desplegarse para migrar enlaces satelitales son sumamente complejas, pues requieren de un conjunto de actividades que involucra diversas variables que inciden sobre la dificultad y el tiempo que puede tomar completarlas. Actividades que, además, deben ejecutarse en el orden establecido, pues se trata de operaciones y configuraciones que dependen una de la otra.

Estas particularidades y dificultades pueden ser observadas a partir del correo enviado el 16 de abril a la ANA, donde Telefónica le mostró los avances realizados hasta ese momento para restablecer el servicio de las 5 sedes de la ANA que se vieron afectadas.

En dicha sede, al igual que en el resto comentado por Telefónica, los trabajos de migración iniciaron el 11 de abril, luego de que Intelsat recomendara migrar

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

todos los servicios que dependían del IS-29e, al confirmar que no pudo retomar control del satélite y de que ello ya no sería factible. En ese sentido, el reapuntamiento de la antena se desarrolló durante el día siguiente, quedando pendiente recibir la frecuencia asignada del nuevo satélite para realizar las pruebas de comunicación.

A pesar de que se intentó continuar con estos trabajos un par de días después, intensas lluvias impidieron realizar las pruebas para el día pactado (14 de abril). Al día siguiente, estas se encontraban listas para realizarse, pero aún se encontraban ejecutando el cableado del enlace desde Lima para permitirlo. Ello finalmente ocurrió un día después, permitiendo restablecer el servicio de la ALA Santiago de Chuco el 16 de abril a las 14:00.

Al igual que la sede Santiago de Chuco, los planes de migración empezaron a ejecutarse el 11 de abril, logrando realizar el reapuntamiento de antenas el 12 de abril y quedando a la espera de la frecuencia asignada en el nuevo satélite para continuar con las pruebas. Esta situación se mantuvo hasta el 16 de abril debido a que el cableado de enlace desde Lima (Lurín) estaba en proceso y aún se encontraba pendiente que Intelsat asigne la frecuencia correspondiente.

Estas pruebas finalmente pudieron concretarse en las horas finales del 16 de abril, logrando restablecerse el servicio de la ALA Atalaya el día siguiente (17 de abril) a las 9:27.

Una vez más, el plan de migración de enlaces satelitales inició el 11 de abril y se culminó el reapuntamiento de la antena al día siguiente, quedando pendiente la asignación de frecuencia. Realizadas las pruebas correspondientes durante los días 16 y 17, el servicio de la ALA Tambopata Inambari logró ser restablecido el 17 de abril a las 16:57.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

Las mismas acciones fueron desplegadas respecto de la ALA llave, sede en la que la asignación de frecuencias y pruebas tomó algunos días más que lo ocurrido en las sedes comentadas previamente. En este caso, el servicio logró restablecerse el 21 de abril a las 23:59.

Respecto de la ALA La Convención tomó algunos días adicionales debido a que implicaba también la movilización de un pararrayos (instalado precisamente para evitar que una descarga electrostática -rayo- afecte la antena) y mantenimientos. El servicio de la ALA La Convención logró ser restablecido finalmente el 24 de abril a las 13:14, luego de que pudiese conectarse al nuevo satélite asignado.

Con ello se completaron, los trabajos de levantamiento del servicio de las 5 sedes de la ANA que se vieron afectadas por la pérdida del IS-29e.

Telefónica concluye, entonces, que la complejidad del procedimiento es fácil de apreciar. No solo por el tema técnico altamente especializado, sino también por la distancia y accesos. Ofreciendo como ejemplo la ALA La Convención, ubicada en la ciudad de Quillabamba, a 200 km de la ciudad del Cusco.

Así, al margen de que la anomalía que sufrió el IS-29e y los hechos que ello desencadenó constituyen eventos de fuerza mayor no atribuibles a Telefónica (y por tanto motivo suficiente para declarar fundada la demanda), las posteriores acciones de Telefónica demuestran también que la empresa actuó de la forma más diligente posible. De inmediato, implementó y ejecutó planes de contingencia y logró restablecer los servicios de la ANA en tiempos considerablemente cortos.

Desde la caída del satélite el 7 de abril por la noche, Intelsat realizó esfuerzos por retomar control del satélite. Pero recién el 9 de abril por la noche se confirmó que ello no sería posible. Sin perjuicio de ello, Telefónica ya venía

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

trabajando en migrar los enlaces de algunos clientes, lo cual se intensificó desde el 10 de abril en la mañana a fin de trasladarlos a todos.

Fue así que Telefónica trabajó día y noche por lograr el levantamiento de los servicios de las sedes afectadas de la ANA, lo cual ocurrió en el breve plazo, puesto que se trató de sedes que fueron priorizadas. Esta actividad, en el caso de otros clientes, llegó a tomar hasta más de un mes.

A pesar de ello, la ANA aplicó a Telefónica penalidades por un total de S/ 547,942.55 (quinientos cuarenta y siete mil novecientos cuarenta y dos con 55/100 soles) por la caída del servicio. Telefónica sostiene que, como se expondrá a continuación, esta decisión violó el Contrato, las Bases Integradas, el Código Civil y demás regulación aplicable que reconocen la ausencia de responsabilidad de Telefónica por caídas en el servicio que constituyan eventos de fuerza mayor.

LA ILEGAL IMPUTACIÓN DE PENALIDADES POR PARTE DE LA ANA A PESAR DE LA EXISTENCIA DE UNA FUERZA MAYOR

El 6 de mayo de 2019, Telefónica fue notificada con la Carta 129-2019-ANA-OA del 3 de mayo de 2019 (Anexo A-24), mediante la cual la ANA aplicó penalidades por un total de S/ 545,753.37 (quinientos cuarenta y cinco mil setecientos cincuenta y tres con 37/100 soles) durante el período de facturación del 22 de marzo al 21 de abril de 2019 por el incumplimiento de la prestación a cargo de Telefónica.

Esta decisión fue inmediatamente cuestionada por la empresa mediante Carta TDP 23-2019 (Anexo A-25), notificada el 17 de mayo de 2019. Como Telefónica explicó en dicha comunicación, la indisponibilidad del servicio entre el 7 y el 24 de abril se debió a una avería masiva que impactó en los servicios brindados por Intelsat, producto de problemas técnicos que sufrió el sistema

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

de propulsión del satélite. En consecuencia, se trataba de un evento de fuerza mayor por el cual la empresa no resultaba imputable.

Cabe señalar que si bien al momento de remitir esta comunicación Intelsat había reportado la pérdida total del satélite y Telefónica ya había logrado migrar y restablecer los servicios de las sedes afectadas de la ANA, aún no había concluido el análisis de la junta de expertos que convocó Intelsat para determinar las causas de la anomalía. Estas conclusiones recién fueron conocidas a finales de julio de 2019. Sin perjuicio de ello, la información conocida a la fecha era suficiente para entender que la anomalía sufrida por el IS-29e había sido producto de un evento de fuerza mayor.

De conformidad con lo señalado en el artículo 93 de las Condiciones de Uso, ante un caso fortuito o evento de fuerza mayor únicamente correspondía realizar un descuento a favor de la ANA. Esta disposición establece que se debe descontar un monto proporcional al tiempo que duró la interrupción.

Es por ello que Telefónica otorgó un descuento por la suma total de S/ 40,969.75 (cuarenta mil novecientos sesenta y nueve con 75/100 soles), aproximadamente 7% del valor total de la penalidad imputada por hechos cuya responsabilidad no podría ser atribuida a la empresa. Este descuento fue calculado en función al valor de la mensualidad y los días sin servicio y es la suma que Telefónica reconoce que debe asumir en virtud de lo dispuesto en las Condiciones de uso. Cualquier excedente a esta suma de dinero (los más de quinientos mil soles imputados por la ANA) no deberían ser asumidos por Telefónica.

Sin embargo, la ANA no solo mantuvo su posición, sino que ignoró (en el sentido que ni siquiera tomó en cuenta en su evaluación) los argumentos de la empresa. Mediante Carta 253-2019-ANA-OA notificada el 24 de junio de 2019 (Anexo A-26), le comunicó su decisión de mantener la aplicación de la

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

penalidad.

Esta decisión fue sustentada en el Informe 46-2019-ANA-DSNIRH/EWPM que acompaña dicha carta. Este informe, sin embargo, no explica por qué el evento que ocasionó la pérdida del satélite no constituiría un evento de caso fortuito. Sólo se limitó a constatar que existió una caída del servicio y que por tanto este no se brindó durante las fechas ya establecidas.

El Informe tenía como supuesta finalidad evaluar la razonabilidad de la fuerza mayor alegada por Telefónica, pero sólo se limitó a verificar que no se brindó el servicio durante los días de la caída y que, por tanto, no existiría más que discutir y debía aplicarse la penalidad. Esta actitud no resulta acorde al estándar más elemental de razonabilidad que un pedido como el de Telefónica requería.

En línea con esa postura, cuatro (4) días después de notificada la Carta 253-2019-ANAOA, la empresa fue notificada con la Carta 258-2019-ANA-OA (Anexo A-27), mediante la cual la ANA volvió a aplicarle una penalidad derivada de la caída del servicio por la pérdida del satélite.

De la suma total de la penalidad aplicada para este nuevo período de facturación del 22 de abril al 21 de mayo de 2019, Telefónica explica que solo la suma relacionada con la ALA llave corresponde a los hechos que son materia de esta controversia. Es decir, S/ 2,998.89 (dos mil novecientos noventa y ocho con 89/100). El resto no es reclamado en este arbitraje puesto que se relaciona con interrupciones derivadas de hechos distintos a los que discutimos en este proceso.

En respuesta a estas decisiones, Telefónica volvió a enviar una comunicación a la ANA. Mediante Carta TDP-0026-2019 notificada el 4 de setiembre de 2019 (Anexo A-28), cuestionando nuevamente la posición de la ANA debido a que

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

ni siquiera evaluó los hechos y argumentos expuestos en comunicaciones previas.

En este documento explicamos con amplio detalle que los hechos comentados constituyeron un evento de fuerza mayor que determina que la interrupción no sea atribuible a Telefónica. Para ello se presentaron diversas notas periodísticas que informaron sobre la anomalía y pérdida del satélite, las cuales también daban cuenta de la naturaleza fortuita de los eventos comentados, así como de actividades desplegadas por la empresa para restablecer el servicio.

Como explicó Telefónica en páginas anteriores, el servicio de todas las sedes fue restablecido antes del 22 de abril (salvo la ALA llave, reestablecida dos días después). En tanto el período de facturación del contrato va desde el día 22 de un mes hasta el día 21 del siguiente, las horas restantes de baja del servicio de esta sede fueron imputadas a esta nueva facturación, y por tanto a través de una comunicación adicional.

En total, la ANA aplicó a Telefónica penalidades por S/ 547,942.55 (quinientos cuarenta y siete mil novecientos cuarenta y dos con 55/100 soles) por la caída del servicio, las cuales fueron aplicadas de manera parcial a la factura FFBH-00028612 (Anexo A-29) como se evidencia a través del reporte de caja de dicha operación (Anexo A-30); y de la factura FFBH-00029074 (Anexo A-31), como se evidencia a través del reporte de caja de dicha operación (Anexo A-32).

Esto, como Telefónica explica a continuación, violaría el Contrato, la regulación en materia de contrataciones del Estado, el Código Civil y las Condiciones de Uso que regulan la ausencia de responsabilidad cuando el incumplimiento se debe a eventos determinantes ajenos a su control, y cuando a pesar de ello actúa con la diligencia debida.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Los eventos de fuerza mayor en la regulación aplicable a la relación contractual

Telefónica explica que la Cláusula Decimosexta del Contrato establece el marco legal aplicable a la relación contractual, de acuerdo con ello, la relación contractual se encuentra regulada por:

- a. El Contrato y las bases integradas;
- b. La Ley de Contrataciones del Estado;
- c. El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado;
- d. Directivas del OSCE;
- e. El Código Civil; y,
- f. Las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Resolución de Concejo Directivo 138-2012-CD/OSIPTEL.

El Contrato regula la aplicación de penalidades en su Cláusula Decimotercera. Esta cláusula refleja un aspecto importante: las penalidades no se aplican simplemente cuando se produzca una interrupción del servicio, sino en caso el contratista incurra en un retraso injustificado. ¿Cuándo estaremos ante un retraso justificado? Cuando se “[...] acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable”.

Por su parte, el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable, aprobado mediante Decreto Supremo 82-2019-EF (en adelante, “LCE”), no alude textualmente al caso fortuito o fuerza mayor más allá de señalarlos como causal de resolución del contrato. Sin embargo, sí contiene regulación referida al cumplimiento de las prestaciones contratadas.

Esta disposición refleja lo que la regulación en general contempla para el cumplimiento de obligaciones: el contratista es responsable de cumplir con sus obligaciones, pero bajo un estándar de razonabilidad, de actuación diligente.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Y es que no resulta razonable requerirle resultados al contratista sin reconocer que determinadas circunstancias podrían afectar cómo y en qué términos se consiguen.

De una lectura en contrario resulta evidente que la LCE reconoce la posibilidad de que las prestaciones contratadas puedan verse afectadas por determinadas situaciones a pesar de que el contratista actúe de manera diligente y realice todas las acciones que estén a su alcance para cumplir a cabalidad sus obligaciones. Así lo ha reconocido la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, "DTN" y "OSCE", respectivamente) mediante la Opinión 89-2020/DTN.

Una de estas figuras es, precisamente, la aplicación de penalidades en caso de incumplimiento injustificado. Es por eso que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 344-2018-EF (en adelante, el "Reglamento LCE") regula con mayor precisión la aplicación de penalidades.

Las penalidades se encuentran reguladas en el Reglamento LCE por las tres disposiciones citadas. El artículo 162 regula la penalidad en caso de mora en la ejecución de la prestación; el 163 la posibilidad de establecer penalidades por otros supuestos, siempre que estas sean, entre otras cosas, razonables; y el 161 las disposiciones generales bajo las cuales se aplican penalidades ante incumplimientos por parte del contratista.

Una lectura integral y coherente de las citadas normas de la LCE y su Reglamento permite concluir que las penalidades, sean por mora o por otros supuestos regulados en el contrato, son aplicables a casos en los que los incumplimientos del contratista carezcan de justificación.

El retraso o interrupción se justifica a través de una actuación diligente, sin

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

culpa, concepto que guarda total congruencia con la regulación del Código Civil. Este también es relevante a efectos de interpretar el Contrato, sus disposiciones y la manera en la que estas son aplicadas, conforme lo señala el propio Contrato.

Tanto el artículo 1314 como el 1315 regulan supuestos en los que el deudor no es responsable por la inejecución de su obligación cuando ello se dé como consecuencia de un evento fortuito o de fuerza mayor, o si prueba haber actuado con la diligencia ordinaria requerida.

Actuar con la “diligencia ordinaria requerida” implica actuar con el cuidado y celo necesario para cumplir con la prestación a cargo. Sin embargo, cabe señalar que este estándar de diligencia no es más que un actuar sin culpa. Lo mismo se concluye del análisis del artículo 1315: la configuración de un evento de fuerza mayor o caso fortuito no es más que la verificación de que el obligado no tiene culpa por el incumplimiento.

Es por eso que más allá de la referencia a un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, o de una actuación con la diligencia ordinaria requerida, en ambos casos estamos ante un supuesto de ausencia de culpa, pues “en todo caso fortuito o de fuerza mayor hay, necesariamente, ausencia de culpa. Estos eventos configuran, definitivamente, causas no imputables”.

Por tanto, al analizar un evento de fuerza mayor, lo que se analiza en el fondo es la actuación debida del deudor, la actividad adecuada que se requería para lograr el resultado acordado por las partes (el cumplimiento de la obligación), que a pesar de dicho actuar diligente no se obtuvo. Es decir, que no se le pueda atribuir culpa por el resultado.

Como Telefónica señaló en párrafos precedentes, esta interpretación no es ajena a las contrataciones con el Estado, pues ya la DTN ha explicado que un

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

incumplimiento justificado es aquel en el que se actúa con diligencia o sin culpa.

Finalmente, corresponde revisar las Condiciones de Uso, norma que también resulta de aplicación en virtud de lo establecido en la Cláusula Decimosexta del Contrato. Estas también regulan supuestos de interrupciones al servicio en caso de eventos de fuerza mayor.

¿Qué tienen en común la LCE, su Reglamento, opiniones del OSCE, el Código Civil y las Condiciones de Uso? Que todas estas normas reconocen la posibilidad de que existan atrasos o interrupciones justificadas como consecuencia de hechos ajenos a la voluntad y control del obligado que impactan sobre el servicio que presta. Y reconocen, como consecuencia de ello, que estas causas lo eximen de responsabilidad por las consecuencias que de ello se genere, precisamente por hallarse fuera de su control. Los eventos de fuerza mayor o la actuación diligente, sin culpa, constituyen ejemplos de estos supuestos.

De conformidad con lo establecido en la Cláusula Decimosexta del Contrato, las normas citadas regulan la relación contractual entre la ANA y Telefónica. Por ello, de un análisis conjunto de todas estas resulta natural concluir que la aplicación de penalidades en el Contrato no se encuentra exenta del análisis de imputabilidad (como, además, señala la propia Cláusula Decimotercera).

O, dicho de otro modo, la aplicación de penalidades será válida sí y solo sí se le puede asignar culpa a Telefónica. De lo contrario, no podrá hacerse responsable.

Telefónica sostiene que su posición no es irrazonable. Incluso la autoridad fiscalizadora del mercado de telecomunicación, Osiptel, tendría una opinión similar a la suya: los casos de fuerza mayor no son responsabilidad de

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Telefónica, incluso en aquellas situaciones donde el proveedor haya garantizado un porcentaje del servicio.

En efecto, por Carta 11-GCC/2020 (Anexo A-34), OSIPTEL notificó a Telefónica la Resolución de Gerencia General 5-2020-GG/OSIPTEL por el que inició una investigación sobre la obligación establecida en el artículo 8 del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, “Reglamento de Calidad”). Este documento contiene indicadores de Disponibilidad del Servicio que deben cumplir las operadoras.

Estos indicadores establecen valores de Disponibilidad del Servicio; es decir, de tiempo que el servicio se encuentra activo y disponible. Si el valor es de 99%, por ejemplo, ello implica que el servicio se encuentre disponible el 99% del tiempo. Pero, como toda regla, tiene también una excepción razonable: la evaluación de estos indicadores excluye a los eventos críticos; y, de estos, aquellos en los que la operadora no tenga responsabilidad.

Esta norma reconoce lo que se ha venido explicando en páginas anteriores: los eventos en los que la empresa no tenga responsabilidad, por haber ocurrido por circunstancias fuera del control de la operadora, por ejemplo, no pueden ser considerados dentro del análisis de los indicadores de Disponibilidad del Servicio.

Ello es así pues, de lo contrario, se afirmarí que es obligación de la empresa mantener una disponibilidad del servicio de 99.50% sin importar lo que ocurra. Esto implicaría que la empresa sea responsable de mantener el servicio disponible, aún cuando ello fuera humanamente imposible, tornando inútil la figura del caso fortuito o fuerza mayor.

El Osiptel reconoció en la Resolución de Gerencia General 5-2020-

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

GG/OSIPTEL que, si la interrupción es consecuencia de un evento de fuerza mayor, y/o se observa que la empresa actuó con diligencia para lograr que se restablezca el servicio, ello no podría ser considerado un incumplimiento a la obligación de Disponibilidad del Servicio. Es por ello que se decidió archivar directamente ocho (8) eventos de interrupción.

El Anexo 13 del Reglamento de Calidad incluso señala algunos ejemplos de cómo puede acreditarse un evento en el que no tiene responsabilidad.

En casos de fenómenos naturales, el Osiptel considera que es posible acreditar el evento a través de recortes periodísticos que informen sobre los acontecimientos. La posición de la autoridad de telecomunicaciones es una clara referencia para la ANA sobre cómo evaluar si la pérdida de un satélite es un evento fuera del control de Telefónica.

Siguiendo los criterios del Osiptel, es fácilmente verificable que Telefónica ha comprobado que el IS-29e fue afectado por una de dos causas que constituyen un fenómeno natural extraordinario, imprevisible e irresistible. Y ha quedado acreditado, también, que de manera posterior Telefónica actuó con la debida diligencia para lograr el restablecimiento del servicio. Dicha empresa considera, por tanto, que lo que operó en el caso discutido constituye un evidente evento de fuerza mayor que determina la liberación de responsabilidad de Telefónica.

Sin perjuicio de ello, y conforme a lo que señala la regulación analizada en páginas anteriores, Telefónica evalúa con detalle los presupuestos que configuran un evento de fuerza mayor: lo extraordinario, la imprevisibilidad y la irresistibilidad. En las siguientes páginas analiza estos conceptos para demostrar cómo se han cumplido en los hechos que componen este caso. Es decir, para demostrar que Telefónica ha actuado con la diligencia debida, por lo que no se le puede atribuir culpa.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Evento extraordinario

Lo que debe analizarse, por tanto, es si la pérdida del IS-29e como consecuencia del impacto de un micrometeorito o de una descarga electrostática producto de actividad climatológica solar, constituye un evento extraordinario. Por tanto, nos preguntaremos: ¿es acaso común que alguno de estos eventos genere la pérdida total de un satélite? La respuesta es negativa.

Como señalamos en los antecedentes, el IS-29e es una aeronave espacial cuyo costo de producción alcanzó los cuatrocientos millones de dólares. Este costo no solo refleja una evidente inversión en tecnología, sino también en seguridad, dado que los satélites son enviados a la órbita geoestacionaria a 36,000 kilómetros de la superficie de la tierra donde pueden enfrentarse a distintas adversidades.

La inversión en seguridad busca reducir al máximo posible las anomalías que podría sufrir y que podrían poner en riesgo al satélite. La fabricación, por tanto, se enfoca en buena cuenta en anticipar eventos adversos y evitar que generen algún daño

Los satélites son diseñados para anticipar fallas de todo tipo: eléctricas, térmicas, de comunicaciones, de direccionamiento u orientación, entre otras fallas internas. Pero es el ambiente externo el que requiere de una anticipación aún mayor, puesto que es como consecuencia de acontecimientos externos que pueden surgir eventos poco comunes o imprevistos que pongan en riesgo el satélite.

Este enfoque en la fabricación responde a que el espacio es un lugar inhóspito en general, cuyo clima es aún desconocido y difícil de predecir en gran medida por la ciencia. Esto explica, en buena cuenta, porqué los satélites tienen un

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

costo de producción tan alto: se invierte en seguridad operacional, pues están expuestos a altos riesgos.

En consecuencia, los satélites son fabricados para “resistir” el clima espacial y cuantos eventos y anomalías inhóspitas puedan anticiparse, y se le blindan contra ellos. De lo que se desprende que un evento que genere una pérdida total de un satélite es, a todas luces, un evento extremadamente extraordinario, pues acontecimientos usuales o comunes están previstos y se protege la nave espacial contra ellos.

En particular, los satélites están fabricados para resistir descargas electrostáticas que, aunque no sean eventos de ocurrencia común, pueden ocurrir tanto en la tierra como en el espacio. Y es menos común, además, que, como consecuencia de actividad climatológica solar, una descarga de este tipo pueda generar la pérdida de un satélite. Sobre todo, de un satélite de una nueva gama al que aún le restaba 80% de su tiempo estimado de vida.

Por su parte, la pérdida total por impacto de un micrometeorito es un evento aún más extraordinario que una descarga electrostática. Y es que daños mecánicos derivados del impacto de micrometeoritos son aún más raros, pues este tipo de naves son fabricadas con blindajes que las protegen de impactos que puedan producir graves daños.

Por supuesto que ello no quita que micrometeoritos puedan representar un riesgo para aeronaves (como satélites), pues por su tamaño es imposible monitorearlos. Los micrometeoritos son objetos de tamaño minúsculo: se trata de partículas de entre diez (10) y dos (2) milímetros, aproximadamente del tamaño de un grano de arena. Ello, sin embargo, no impide que puedan tener un impacto sumamente severo sobre un satélite debido a la velocidad a la que colisionan.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

La junta de expertos que evaluó los hechos que comentamos en esta demanda determinó que la pérdida del satélite se debió a uno de dos eventos: una descarga electrostática producto de actividad climatológica solar o un impacto de micrometeorito. Hechos que, de un lado, no suponen eventos comunes; y, del otro, a pesar de ser objeto de estudio y prevención, determinaron la pérdida de la aeronave. Telefónica considera que estos hechos demuestran con claridad que los eventos fueron de naturaleza extraordinaria.

Telefónica plantea otro ejemplo. Imaginar que se contrata a una persona para trasladar objetos delicados (ej. cristalería). Esta persona toma todas las precauciones posibles para cumplir su obligación: embala los bienes con cuidado y material protector; asigna a personal para que lleve las cajas entre sus manos durante el trayecto para evitar que puedan deslizarse o moverse en el vehículo durante el traslado; maneja con sumo cuidado y tarde en la noche cuando hay menos tránsito, mirando dos veces en cada cruce, esperando cada semáforo en verde y avanzando a velocidad prudente.

Sin embargo, en el camino sufre un accidente: el carro es embestido por otro desde el costado y, como consecuencia, la cristalería se rompe. ¿No estamos acaso ante un evento extraordinario? Telefónica considera que sí. La extraordinariedad radica no solo en el evento que, aunque podría ser conocido (choque), no es común; también se encuentra en que, a pesar de los esfuerzos desplegados, el evento adverso que se buscó evitar ocurrió de todos modos.

Un evento de fuerza mayor implica en la práctica una actuación diligente, que no es otra cosa que ausencia de culpa. Un choque es un evento extraordinario en tanto estadísticamente ocurre en pocos casos. Y resulta aún más extraordinario sí, a pesar de todos los esfuerzos desplegados por anticipar eventos negativos (y sus consecuencias), este aún ocurre. Bajo estas circunstancias, es un evento absolutamente extraordinario.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Lo mismo ocurrió con el IS-29e. Existen distintos riesgos para los que los fabricantes de satélites se preparan a fin de anticiparlos, a pesar de que es poco probable que ocurran (como descargas electrostáticas producto de la actividad solar o impactos de micrometeoritos). La infraestructura de sus naves minimiza estos riesgos tanto como la tecnología y nuestro conocimiento científico permite.

Esto fue lo que hizo Intelsat al invertir cientos de millones de dólares en un satélite y encargar su fabricación a una empresa como Boeing; y es también lo que hizo Telefónica al contratar con uno de los líderes mundiales en comunicaciones satelitales. Por más que los riesgos fueran extraordinarios, se anticiparon y se procuró evitarlos.

Este conjunto de esfuerzos demuestra con claridad que la pérdida del satélite configura un evento extraordinario no solo por la ocurrencia de la anomalía que lo produjo, sino aún más por la consecuencia que tuvo. Y es que, a pesar de la inversión en prever y protegerlo de estos sucesos, el satélite aún sufrió una anomalía de tal magnitud que conllevó a la pérdida total del satélite.

En consecuencia, Telefónica concluye que la pérdida del satélite IS-29e fue consecuencia de un evento extraordinario.

Evento imprevisible

Los satélites son fabricados para soportar condiciones y eventos adversos, previendo circunstancias de todo tipo, incluso las más remotas. En ese sentido, la pregunta correcta para analizar la previsibilidad de lo ocurrido radica en si se podía prever una anomalía (sea la descarga electrostática o el impacto de un micrometeorito) de tal magnitud que las “defensas” del satélite no pudiera evitar y genere, por tanto, la pérdida total de la aeronave.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

La respuesta, en realidad, ha venido deslizándose desde el acápite anterior. El IS-29e representó una inversión millonaria que priorizó su seguridad, anticipando, según el conocimiento y avance tecnológico que existe a la fecha, todo evento que pudiera afectar de alguna manera al satélite. En otras palabras, no se deja mayor margen al error puesto que de ocurrir, la pérdida resulta sumamente costosa.

Esto es importante pues la previsibilidad, en línea con lo que, expresado por el propio OSCE, no radica simplemente en verificar si el evento podía ocurrir; está, más bien, en el cumplimiento de un estándar de diligencia, según el cual se prevé lo normalmente previsible. Para ello resulta indispensable analizar la conducta del obligado.

Si de dicho análisis se verifica que se ha actuado con diligencia, es decir, que se adoptó el estándar de cuidado que era esperable en un caso como el ocurrido, entonces podemos concluir que se cumple el requisito. Será imprevisible el caso en el que, a pesar de adoptar un estándar razonable de diligencia, no se podría haber evitado el suceso, o que para ser evitado se hubiera requerido una diligencia por encima de la estándar.

Verificar si se cumple con el estándar de diligencia en un caso como este implica prestar atención al proceso de fabricación del satélite. Y es que una vez fabricado y enviado al espacio, no existe mayor margen de actuación para evitar que un evento de fuerza mayor ocurra; este ya fue preparado para resistir cuanto evento y anomalía sea posible. Ello reduce al mínimo posible el margen de error, pues no existe posibilidad de “enmendar” alguna equivocación luego del lanzamiento del satélite.

Esto marca una importante diferencia del análisis que se podría hacer en otros casos. Como hemos visto, la imprevisibilidad no requiere cumplir con el estándar más elevado, sino con uno razonable. Quizá un evento de fuerza

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

mayor podría preverse invirtiendo el triple, pero ello no impide concluir que ha sido diligente quien invirtió la tercera parte. El estándar, por tanto, radica sobre lo que es razonablemente esperable por parte del obligado.

En un caso como el discutido, sin embargo, la diligencia empleada supera el estándar de lo razonable: se invierte lo necesario para mitigar que se materialicen incluso los acontecimientos menos probables y extremos. La seguridad, en este caso, se maximiza. Y si bien creemos que un menor grado de inversión sería considerado un estándar de diligencia razonable, el ejemplo igual resulta lo suficientemente ilustrativo como para graficar que el estándar de diligencia que existe en un caso como este es uno que muy difícilmente podría ser superado.

Por tanto, Telefónica considera que se puede verificar que la diligencia en un caso como este no solo cumple con un estándar razonable, sino que va más allá y se enfoca en la eliminación o reducción máxima de riesgos conocidos. En ese sentido, no solo se cumple con el estándar de diligencia requerido para considerar al evento imprevisible, sino que se supera largamente.

Lo anterior lleva a Telefónica a concluir que la pérdida del satélite producto de una descarga electrostática generada por la actividad climatológica solar, o del impacto de un micrometeorito, son prueba indefectible de que se trató de un evento imprevisible. Y demuestra que todo aquello que pudo ser previsto y evitado, efectivamente lo fue.

Evento irresistible

Una de las características esenciales de un evento de fuerza mayor, considerado un “acto de dios”, es precisamente que se trata de una ocurrencia ajena a todo control de las partes. Al igual que una avalancha en una montaña o un terremoto, se trata de un evento de la naturaleza sobre el cual los

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

humanos carecen de control. Resulta físicamente imposible, por tanto, considerar que era posible evitar que ocurriera una descarga electrostática o un impacto de un micrometeorito.

Pero igual de imposible de evitar fue, además, la pérdida del IS-29e. Ya ha quedado establecido que el grado de inversión en seguridad es alto a fin de prever acontecimientos adversos. Esto pues una vez que el satélite es enviado a la órbita geoestacionaria, la capacidad de maniobra sobre este es sumamente limitada.

Volvamos por un momento al ejemplo explicado páginas atrás. Si el piloto de un carro observa que otro cruza una intersección y podría chocarlo, tiene la posibilidad de intentar alguna maniobra evasiva (sea frenar, acelerar o cambiar de dirección). El hecho de estar sentado frente al volante le permitiría advertir un potencial choque y tratar de evitarlo.

Un satélite, sin embargo, no cuenta con esta ventaja. No solo porque no es “manejado” por una persona (que, por lo demás, no se encuentra físicamente presente), sino porque tampoco cuenta con la posibilidad de realizar maniobras evasivas como las de un automóvil. A ello, además, hay que sumarle un aspecto sumamente relevante: las colisiones en el espacio se dan a velocidades extremadamente altas.

Un micrometeorito, escombros o basura espacial viajan a una velocidad de 28,000 km/h (veintiocho mil kilómetros por hora). Como resulta evidente, una colisión a esta velocidad es imposible de evitar, por lo que se trata, en definitiva, de un evento irresistible.

En el caso de una descarga electrostática, se trata de un evento que tampoco se puede evitar. Es imposible evitar que partículas con cargas eléctricas positivas generen una descarga cuando entran en cercanía o contacto con otra

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

partícula de menor carga eléctrica o negativa. Se trata de un evento de la naturaleza que tampoco puede impedirse. Sobre todo, si tenemos en cuenta que fue consecuencia de la actividad climatológica nada menos que del sol.

Asimismo, como se explicó en detalle en páginas precedentes, los mecanismos de seguridad y defensa de un satélite son instalados a fin de evitar que, al ocurrir, estas descargas electrostáticas generen algún daño sobre la aeronave. De tal manera que se corrobora la irresistibilidad de que ocurra una descarga electrostática y, especialmente, de que esta genere la pérdida de un satélite, toda vez que esta pasó a pesar de que se han implementado diversas medidas de seguridad para evitar que ello ocurra.

En suma, se tiene que la pérdida del satélite se debió a una de dos posibles razones, ambas ocurrencias naturales y que acontecieron a más de 36,000 kilómetros de distancia, sin posibilidad de control alguno por parte de ningún humano que se encuentre en la tierra. No cabe duda, por tanto, de que se trató de un evento irresistible.

En páginas recientes, Telefónica explicó cómo una descarga electrostática producto de actividad climatológica solar, o el impacto de un micrometeorito, constituyen eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles. Esta es, pues, la única explicación de que aconteciera un evento que, como ha sido explicado, fue sumamente raro e inusual: la pérdida de un satélite. Y de uno al que le restaba una vida útil estimada mayor a una década.

Luego de que Intelsat reportara la pérdida inevitable del IS-29e producto de un evento de fuerza mayor, como se explicó en detalle previamente, Telefónica desplegó inmediatamente todo su esfuerzo en procurar el levantamiento de los enlaces satelitales afectados. Recuérdese que si bien la ANA vio afectadas solo cinco (5) de sus sedes, fueron más de 300 enlaces de diversos clientes de Telefónica a nivel nacional los afectados por la pérdida.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

A pesar de ello, Telefónica emprendió una actividad técnica compleja que no se detuvo hasta lograr el levantamiento del servicio:

- a. Despliegue inmediato de equipos técnicos que debían realizar el reapuntamiento de las más de 300 antenas ubicadas en cada sede afectada ubicadas en todos los rincones del Perú.
- b. Trabajo ininterrumpido del equipo técnico que realizó los trabajos eléctricos, de cableado y reasignación de frecuencias en la estación ubicada en Lurín.
- c. Arribo a cada una de las sedes afectadas de la ANA y movilización de las antenas hacia nuevo satélite asignado, así como el arreglo de equipos cuando ello fue necesario (ej. la reparación de piezas afectadas en antenas, como ocurrió en el ALA La Convención).
- d. Enlazamiento de antenas con nuevo satélite asignado y pruebas de conexión y frecuencias que aseguraron el levantamiento del servicio en las sedes afectadas.

Los servicios interrumpidos a todos los clientes de Telefónica fueron restablecidos en su totalidad en aproximadamente un mes desde que iniciaron los trabajos para lograrlo. La ANA, cliente priorizado en dicha ejecución, vio su servicio restablecido en tiempos mucho menores: una a los cinco (5) días; dos a los seis (6) días, una a los diez (10) días; y la última a los catorce (14).

Esta actividad es evidencia concreta del actuar diligente (e incesante) de Telefónica por lograr el restablecimiento del servicio de la ANA. Y, por tanto, de que la interrupción del servicio a las cinco (5) sedes afectadas de la ANA, desde la primera anomalía sufrida por el satélite IS-29e hasta que se concretaron los enlaces con el satélite Galaxy, no es imputable a Telefónica.

Por lo anterior, Telefónica sostiene que corresponde al Tribunal declarar

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

fundada la primera pretensión de la demanda, y declarar que no corresponde aplicar penalidad alguna a Telefónica por la interrupción del servicio. En consecuencia, la empresa sostiene que se deberá ordenar a la ANA reconocer a favor de Telefónica la suma de S/ 547,942.55 que fue imputada a título de penalidad, descontando los S/ 40,969.75 que Telefónica ofreció de acuerdo con lo establecido en las Condiciones de Uso según lo detallado en el numeral 118 y siguientes.

Asimismo, Telefónica sostiene que se le deberá ordenar a la ANA asumir el pago íntegro de las costas y costos de este proceso; en la medida que, a pesar de haberse demostrado con claridad la ocurrencia de un evento de fuerza mayor, lo cual fue explicado en más de una oportunidad a la ANA, esta ni siquiera estuvo dispuesta a evaluar cuando Telefónica explicó las razones de la interrupción del servicio.

Esta negativa obligó a Telefónica a recurrir a la vía arbitral a fin de ver tutelados sus derechos y cumplidas las disposiciones legales que regulan el Contrato celebrado entre las partes. Telefónica considera que estos costos, por tanto, deberán ser asumidos por la ANA.

5.3. Posición de la AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA:

ANTECEDENTES:

La DEMANDANDA expone que, con fecha 24 de julio de 2017, la Autoridad Nacional del Agua suscribió el Contrato N° 027-2017-ANA-0A con la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante el Contratista), para la contratación del Servicio de Solución Integrada de Comunicaciones de Datos (Red MPLS) y Salida a Internet para la Autoridad Nacional del Agua (Sede Central y Órganos Desconcentrados) ítem N° 2: Interconexión de Sedes, por el monto de S/ 14'044,312.80 (Catorce millones cuarenta y cuatro mil trescientos doce con

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

80/100 Soles) y un plazo de ejecución de treinta y seis (36) meses a partir de la suscripción del acta de implementación e inicio del servicio, que culminó el 21 de diciembre del 2020.

Durante la ejecución del referido contrato, se aplicó al Contratista la penalidad por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales referida a la "Desviación Total del Servicio", de acuerdo a lo informado por la Dirección del Sistema Nacional de Información de Recursos Hídricos, área usuaria del mencionado servicio, mediante el Informe N° 034-2019-ANA-DSNIRH/EWPM y el Memorando N° 374-2019-ANADSNIRH, ambos de fecha 29 de abril de 2019.

Mediante Carta N° 129-2019-ANA-CA, de fecha 3 de mayo de 2019, se comunicó al Contratista, la aplicación de Otras Penalidades por el periodo comprendido entre el 22 de marzo al 21 de abril del 2019, por el monto de S/.545,753,37 (Quinientos cuarenta y cinco mil setecientos cincuenta y tres con 37/100 Soles).

Posición de la Entidad

Estando a las pretensiones formuladas en la demanda arbitral, resulta necesario precisar que el Contrato N° 027-2017-ANA-0A suscrito con Telefónica del Perú S.A.A. proviene del procedimiento de selección Concurso Público N° 003-2017-ANA, convocado para la contratación del Servicio de Solución Integrada de Comunicaciones de Datos (Red MPLS) y Salida a Internet para la Autoridad Nacional del Agua (Sede Central y Órganos Desconcentrados).

En las Bases Integradas del mencionado Concurso Público se establecieron las reglas definitivas del procedimiento de selección, así como para la ejecución del contrato derivado del mismo.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

En el numeral 3. "Objetivo" de los Términos de Referencia de las Bases Integradas se establece de manera clara que: "La Autoridad Nacional del Agua requiere contratar los servicios de internet y de enlace dedicado mediante un enlace simétrico, con herramientas de monitoreo en tiempo real del servicio en las localidades descritas en el cuadro que se detalla adjunto en el presente documento. El servicio se contratará bajo la modalidad de 24 x 7 x 365 por un período de 36 meses. (...)"

Debido a lo antes mencionado, los mismos términos de referencia establecieron la aplicación de Otra Penalidad, distinta a la penalidad por mora, para el Ítem N° 2: Interconexión de Sedes, referida a la desviación de la disponibilidad para cada sitio o sede establecidas en los términos de referencia. Dicha penalidad fue incorporada en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato N° 027-2017-ANA-0A, referida a las Penalidades.

En la oferta presentada por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. durante el procedimiento de selección Concurso Público N° 003-2017-ANA, se adjuntó el Anexo N° 03 Declaración Jurada de Cumplimiento de los Términos de Referencia, en la cual se indica que "luego de haber examinado las bases y demás documentos del procedimiento de la referencia y, conociendo todos los alcances y las condiciones existente, el postor que suscribe ofrece el Servicio de Solución Integrada de Comunicación de Datos (Red MPLS) y Salida a Internet para la Autoridad Nacional del Agua (Sede Central y órganos Desconcentrados) ítem 2: Interconexión de Sedes, de conformidad con los Términos de Referencia que se indican en el numeral 3: 1 del Capítulo 111 de la sección específica de las bases y los documentos del procedimiento".

En tal sentido, el ANA sostiene que el Contratista tenía pleno conocimiento de los alcances del servicio y que las condiciones del mismo establecieron un mínimo de disponibilidad que en caso no fuese cumplido estaba sujeto a la

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

aplicación de penalidades (Otras Penalidades) por parte de la Entidad.

Sobre la Primera Pretensión Principal de la Demanda

A través de la primera pretensión principal, el Contratista solicita que se declare a la interrupción del servicio como un evento calificable como caso fortuito o fuerza mayor.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el artículo 1315 del Código Civil, aplicado supletoriamente en los contratos que se ejecutan bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, establece que "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".

Asimismo, corresponde hablar de "caso fortuito" como aquella situación o circunstancia derivada de un hecho natural, de modo tal que a nadie puede imputarse su origen, mientras que la "fuerza mayor" ha sido vinculada a una intervención irresistible de la autoridad o de terceros. Así, son ejemplos típicos de caso fortuito y de fuerza mayor, respectivamente, un terremoto o lluvias (o cualquier desastre producido por fuerzas naturales), para el primer supuesto y, para el segundo supuesto, una expropiación (mediante la dación de una Ley por parte del Poder Legislativo) o un paro regional'.

En tal sentido, el Contratista solicita que la interrupción del servicio brindado mediante Enlace Satelital sea considerada como un Caso Fortuito, pues la "anomalía" que causó que el satélite deje de funcionar no sería imputable a nadie, al haberse tratado presuntamente del "impacto de un micrometeorito o una descarga electrostática solar".

Pese a lo antes mencionado, la ANA sostiene que debe considerarse que aun

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

cuando el evento que ocasionó que el satélite deje de funcionar no es imputable al Contratista, éste no puede ser calificado como "imprevisible", pues al haberse puesto un equipo como el satélite en el espacio, no es posible afirmar que éste no podía sufrir de algún tipo de desperfecto o siniestro, que cause que deje de funcionar.

En consecuencia, conector de que el satélite del cual dependía la prestación de sus servicios, no solo para la ANA sino también a sus múltiples usuarios a nivel continental o mundial, se encontraba constantemente expuesto a un posible siniestro, dicha entidad considera que no resulta lógico y/o posible que una empresa tan grande como lo es Telefónica no cuente con un plan de contingencia y/o respaldo que le permita hacer frente a dichas eventualidades; de ser ese el escenario. Nos encontraríamos frente a una clara falta de diligencia por parte del Contratista, que no puede ser encubierta o disimulada por el un supuesto caso fortuito o de fuerza mayor.

Por otro lado, si bien es cierto que, a efectos de justificar el incumplimiento incurrido, el Contratista hace alusión al siniestro que habría sufrido el satélite de propiedad de la empresa INTELSAT S.A., de la lectura y revisión de los argumentos de la demanda, así como los medios probatorios aportados por el Contratista, la ANA sostiene que no se advierte o verifica elemento probatorio alguno que acredite fehaciente o irrefutablemente el vínculo contractual o comercial entre TELEFONICA DEL PERÚ S.A.A. y la empresa INTELSAT S.A. para la provisión o contratación del dicho satélite. De esta manera, si bien resultaría ser cierto que el satélite IS-29e sufrió un siniestro, no podría afirmarse que tal siniestro estaría directamente relacionado con la interrupción del servicio contratado.

Finalmente, se deberá tener en cuenta que las penalidades aplicadas por la ANA corresponden al periodo comprendido entre el 22 de marzo al 21 de abril del 2019, periodo por demás extenso al cual el Contratista alega haber sufrido

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

la interrupción en el servicio producto del siniestro de un satélite.

En ese sentido, no existiendo certeza de que la interrupción del servicio contratado realmente obedezca al siniestro del satélite IS-29e, pues conforme hemos señalado no existe documento alguno que acredita la existencia de una relación contractual o comercial entre el Contratista y la compañía propietaria del satélite en cuestión, la ANA concluye que el incumplimiento imputado no se encuentra justificado, por lo que, solicita al Tribunal Arbitral declarar infundada la primera pretensión principal de la demanda.

Sobre la Primera Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal

En cuanto a esta pretensión, tal y como la ANA señaló líneas arriba, los términos de referencia de la contratación del Servicio de Solución Integrada de Comunicaciones de Datos (Red MPLS) y Salida a Internet para la Autoridad Nacional del Agua (Sede Central y Órganos Desconcentrados) Ítem N° 2: Interconexión de Sedes establecían las condiciones del mismo y los supuestos considerados como infracciones pasibles de aplicación de penalidad (Otras Penalidades).

En tal sentido, la ANA concluye que el Contratista no puede afirmar que ha cumplido con las condiciones del Contrato N° 027-2017-ANA-0A, en lo referente a las penalidades por la desviación (interrupción) del servicio, pues como se ha demostrado por el mismo Contratista, del 7 al 24 de abril del 2019, no cumplió con el servicio en aquellas sedes que tenían Enlace Satelital.

Sobre la Segunda Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal

Al respecto, la ANA señala aplicó al Contratista, la penalidad establecida en los Términos de Referencia y el Contrato N° 027-2017-ANA-0A, por la desviación del servicio desde el 7 al 24 de abril de 2019, ascendente a

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

S/.545,753.37 (Quinientos cuarenta y cinco mil setecientos cincuenta y tres con 37/100 Soles).

Para realizar el cálculo de la penalidad antes mencionada, la ANA explica que tuvo en cuenta lo informado por la Dirección del Sistema Nacional de Información de Recursos Hídricos, área usuaria del servicio, la cual manifestó que el Contratista había incurrido en la desviación del servicio.

En tal sentido, la ANA concluye que no es cierto que se haya aplicado la penalidad al Contratista de manera indebida, pues la Unidad de Abastecimiento y Patrimonio realizó el cálculo de acuerdo a lo informado por el área usuaria y teniendo en cuenta las condiciones y criterios para la aplicación de la penalidad establecidos en los términos de referencia y en el Contrato N° 027-2017-ANA-CA.

Sobre la Segunda Pretensión Principal de la Demanda

Como la ANA manifestó en los párrafos precedentes, la penalidad aplicada al Contratista obedece a las condiciones de la contratación, habiendo sido calculada conforme lo informado por el área usuaria.

En tal sentido no es posible realizar la devolución de la penalidad aplicada y que se reemplace por el monto de S/.40,969.75 (Cuarenta mil novecientos sesenta y nueve con 75/100 Soles), pues ambos montos obedecen a conceptos distintos.

Así pues, resulta necesario señalar que la penalidad aplicada al Contratista se encuentra regulada en el artículo 134° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, según el cual: "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

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

proporcionales con el objeto de la contratación, Para estos efectos, deben incluir los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar (...)."

En esa línea de ideas, la ANA cita la definición de Morón Urbina: "la cláusula penal o simplemente penalidad es un pacto accesorio en beneficio de la entidad por el cual se crea una obligación destinada a fijar la reparación económica para el caso de incumplimiento (total o parcial)".

En tal sentido, la penalidad se encuentra establecida dentro de la contratación estatal como aquel mecanismo para reparar económicamente a la Entidad, en aquellos casos de incumplimiento por parte del Contratista.

Por otro lado, el monto al que hace referencia el Contratista se encuentra regulado en la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD-OSIPTEL, que aprueba el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones y tiene por objeto establecer las obligaciones y derechos de las empresas operadoras, abonados y usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, y constituye el marco normativo general dentro del cual se desenvolverán las relaciones entre ellos.

La norma antes mencionada establece en su artículo 93° la "Compensación en caso de interrupción" para aquellos casos que, por causas no atribuibles a las partes, se suspendan los servicios de algún circuito, salvo en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor siempre que el arrendador hubiera actuado diligentemente.

Por tanto, la ANA solicita al Tribunal Arbitral declarar infundada la segunda pretensión principal de la demanda arbitral incoada por el Contratista.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Sobre la Tercera Pretensión Principal de la Demanda

Estando a que la penalidad impuesta por la Entidad se encuentra acorde a las condiciones y fórmula establecida en los Términos de referencia, el Contrato y lo dispuesto en la normativa de Contrataciones del estado, concerniente a la aplicación de las Otras Penalidades.

Asimismo, habiendo demostrado que el incumplimiento del Contratista no fue producto de un caso fortuito, pues no se ha determinado que el hecho que determino la interrupción del servicio de enlace satelital cumpla con la condición de haber sido imprevisible para el contratista; y que no se ha demostrado irrefutablemente la existencia de una relación contractual de dependencia entre el satélite en cuestión y el servicio prestado por el Contratista; la ANA concluye que resulta completamente claro que la demanda de Telefónica carece de mérito alguno; por lo que, corresponde al Contratista asumir la totalidad de los gastos arbitrales que irroguen como consecuencia de la tramitación del presente proceso arbitral.

VI. DECISIONES ADOPTADAS EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL. -

6.1. Mediante Orden Procesal N° 1 de fecha 18 de noviembre de 2020, el Tribunal Arbitral resolvió:

- FIJAR las reglas del arbitraje en los términos establecidos en la orden procesal.
- OTORGAR a la parte demandante un plazo de veinte (20) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de notificada con la orden procesal, para que presente su demanda.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

- OTORGAR a la parte demandada un plazo de diez (10) días hábiles para que cumpla con acreditar el Registro en el SEACE de los nombres de los miembros del Tribunal Arbitral y del/de la secretario/a arbitral, de conformidad con lo dispuesto por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- Se estableció el calendario procesal.

Admisión de Pruebas:

6.2. De conformidad con lo establecido en el numeral 27 de las reglas del proceso contenidas en la Orden Procesal N° 1 de fecha 18 de noviembre de 2020, se estableció que toda prueba se entiende incorporada al arbitraje desde su presentación, sin necesidad de una declaración de admisibilidad por parte del Tribunal Arbitral; salvo que una parte presente una objeción, en cuyo caso se cuenta con un plazo de cinco (5) días hábiles para su absolución. El Tribunal Arbitral deberá resolver dicha objeción dentro de los diez (10) días hábiles de absuelta la objeción. Dicho plazo no afecta la continuidad del arbitraje y su calendario procesal.

6.3. Por lo que, se admitieron las pruebas presentadas por las partes:

- En cuando a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., los medios probatorios ofrecidos en el escrito de la demanda, detallados en el Primer Otrosí Decimos.

- Por otro lado, respecto a la AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA, los medios probatorios ofrecidos en el escrito de contestación de demanda, detallados en el acápite D denominado "MEDIOS PROBATORIOS".

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

VII. AUDIENCIA ÚNICA

7.1. Con fecha 24 de febrero de 2021, se llevó a cabo la Audiencia Única. En dicho acto, el Tribunal Arbitral concedió el uso de la palabra a las partes, a fin de que sustenten sus alegatos y conclusiones sobre la controversia; quienes informaron y respondieron las preguntas del Tribunal Arbitral. Seguidamente, el Tribunal Arbitral otorgó réplica a la parte demandante, concediéndose luego dúplica a la parte demandada.

VIII. ALEGATOS FINALES

8.1. Conforme lo previsto en el Calendario Procesal contenido en la Orden Procesal N° 1, tanto Telefónica como la ANA presentaron sus escritos de alegatos finales el 10 de marzo de 2021.

IX. SOBRE EL PLAZO PARA LAUDAR

9.1. Mediante Orden Procesal N° 2, notificada a ambas partes el 26 de abril de 2021, se precisó que el plazo para laudar de cincuenta (50) días hábiles vencería el 28 de mayo de 2021, de conformidad al calendario procesal.

X. CUESTIONES PRELIMINARES. -

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente:

- i) El presente proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

- ii) En ningún momento se interpuso recusación contra los miembros del Tribunal Arbitral, o se efectuó algún reclamo contra las reglas procesales establecidas en la Orden Procesal N° 1 de fecha 18 de noviembre de 2020.
- iii) La DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso.
- iv) Por su parte la DEMANDADA fue debidamente emplazada, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa.
- v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos.

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 árbitro respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada.

Asimismo, el Tribunal Arbitral hace notar que, de conformidad con lo establecido en la Orden Procesal N° 1, 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 43º del Decreto Legislativo No. 1071.

Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que “(...) *la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de*

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

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, procediendo con el análisis de los puntos controvertidos.

XI. ANÁLISIS. -

CONSIDERANDO:

- 1.** El presente proceso arbitral se deriva de las controversias surgidas del Contrato N° 27-2017-ANA-OA para la CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE SOLUCION INTEGRADA DE COMUNICACIONES DE DATOS (RED MPLS) Y SALIDA A INTERNET PARA LA AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA (SEDE CENTRAL Y ORGANOS DESCONCENTRADOS), suscrito entre la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., parte demandante, y la AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA, parte demandada.
- 2.** 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 196º 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

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.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

- 3.** Los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo con los principios generales de la prueba referidos en párrafos anteriores; los mismos que se encuentran recogidos en el artículo 188º del Código Procesal Civil.

Por su parte, el artículo 43º del Decreto Legislativo No. 1071 otorga a los árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas, siempre que la valoración sea realizada en forma conjunta y utilicen su apreciación razonada.

SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Solicitamos que se declare que las interrupciones al servicio de cinco (5) sedes de la ANA derivadas de la pérdida del satélite IS-29-e, ocurridas entre el 7 de abril y el 24 de abril de 2019, constituyen eventos calificables como caso fortuito o fuerza mayor.

- 4.** Sobre la pretensión, se tiene que el centro de la controversia radica en determinar si el evento de pérdida del satélite IS-29-e que generó que la demandante no pueda brindar el servicio contratado a la Entidad por el periodo del 07 al 24 de abril de 2019 constituye un caso fortuito o fuerza mayor.

• **Aspecto previo**

- 5.** No obstante, de forma previa, es necesario analizar un argumento previo expuesto por la Entidad en relación con que el Contratista, no ha probado o acreditado fehaciente o irrefutablemente el vínculo contractual o comercial entre

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

TELEFONICA DEL PERÚ S.A.A. y la empresa INTELSAT S.A. para la provisión o contratación del dicho satélite.

- 6.** En principio, debemos señalar que conforme se tiene de las Bases Integradas del proceso de selección que dio origen al contrato objeto del presente proceso, el servicio podía brindarse a través de fibra óptica (conexión física por una red) o a través de un enlace satelital (conexión inalámbrica por antenas y un satélite), conforme se aprecia a continuación:

➤ Los enlaces deberán ser simétricos y dedicados sin utilizar esquemas de acceso compartido o acceso del tipo asimétrico. El medio de transmisión debe ser Fibra Óptica aérea o subterránea, o en el caso de no contar con factibilidad técnica enlaces satelitales. Estos enlaces deberán disponer de capacidad de crecimiento de ancho de banda para las ampliaciones que solicite la entidad. La capacidad de crecimiento requerida por enlace 50% sobre la capacidad instalada. La solicitud de crecimiento la hará la Autoridad Nacional del Agua, a través de la Oficina del Sistema Nacional de Información de Recursos Hídricos (SNIRH) y la Oficina de Administración (OA) y deberá coordinar con el proveedor los plazos de atención de dicha ampliación.

- 7.** Ahora, de la revisión de las bases integradas del proceso de selección, se advierte que la contratación se dio a fin de realizar interconexión de sedes, tales como, las siguientes:

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez



CONCURSO PUBLICO N° 003-2017-ANA
SOLUCION INTEGRADA DE COMUNICACIONES DE DATOS (RED MPLS)
Y SALIDA A INTERNET PARA LA AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA
(SEDE CENTRAL Y ORGANOS DESCONCENTRADOS)

TABLAN° 01

SEDES ALA:

Sede	Dirección	BW (Mbps)	Garantizado	DISPONIBILIDAD
ALA ALTO AMAZONAS	CALLE: MARISCAL CASTILLA N° 609 - 611 - YURIMAGUAS	2	100%	99.00%
ALA ALTO APURIMAC-VELILLE	CALLE GRAU N° 109 - YAURI - ESPINAR	2	100%	99.00%
ALA ALTO HUALLAGA	PASAJE ILLATHUPAC N° 141- HUANUCO	2	100%	99.00%
ALA ALTO MARAÑON	Jr. Lima N° 350 - Llata - Huamalies - Huánuco	2	100%	99.00%
ALA ALTO MAYO	CARRETERA FERNANDO BELAUNDE TERRY KM. 1.5 RIOJA - SAN MARTIN	2	100%	99.00%
ALA ALTO PIURA HUANCABAMBA	Jr. Lima s/n. Agencia Agraria Chulucanas- Piura	2	100%	99.00%
ALA ATALAYA	JR. BUENOS AIRES N° 510 - 512 Distrito Raymondí - Atalaya - Ucayali	2	100%	99.00%
ALA AYACUCHO	Av. Independencia N° 604 (Local de la DRAG Ayacucho) Huamanga-Ayacucho	2	100%	99.00%
ALA BAGUA SANTIAGO	Jr. 28 de Julio N° 300 - Bagua - Amazonas	2	100%	99.00%
ALA BAJO APURIMAC - PAMPAS	AV. LEONCIO PRADO N° 428- 430 - SAN JERONIMO- ANDAHUAYLAS	2	100%	99.00%
ALA BARRANCA	URB. SAN ILDEFONSO CALLE SAN HILARION LTE. 17 MZA. F - BARRANCA	2	100%	99.00%
ALA CAJAMARCA	Jr. Ayacucho N° 501 - Cajamarca - Cajamarca	2	100%	99.00%
ALA CAMANA MAJES	URB. SANTA ELSA B6 CERCADO- CAMANA - AREQUIPA	2	100%	99.00%
ALA CAPLINA - LOCUMBA	AGRUPAMIENTO ALFONSO UGARTE I ETAPA Mz. G-3 Lte 45 DISTRITO GREGORIO ALBARRACIN - TACNA	2	100%	99.00%
ALA CASMA HUARMEY	Av. Nicolas de Pierola S/N Casma - Ancash	2	100%	99.00%
ALA CHANCAY HUARAL	Calle Las Orquídeas N°237, Residencial Huaral - Huaral	2	100%	99.00%
ALA CHANCAY LAMBAYEQUE	Av. Salaverry N° 415 - Urb. Los Parques - Chiclayo	2	100%	99.00%
ALA CHAPARRA ACARI	CALLA MIGUEL GRAU S/N- ACARI-CARAVELI-AREQUIPA	2	100%	99.00%
ALA CHICAMA	Av. Panamericana Norte N° 903- Paján - Ascope - La Libertad	2	100%	99.00%
ALA CHILI	URB. COLEGIO DE INGENIEROS Mza OTROS FINES SUB LOTE C - CERRO COLORADO- AREQUIPA	2	100%	99.00%
ALA CHILLÓN RIMAC LURIN	AV. PETIT THOUARS N° 2804-2808 - SAN ISIDRO	2	100%	99.00%
ALA CHINCHIPE CHAMA YA	Calle Santa Rosa N° 420- Jaén - Cajamarca	2	100%	99.00%
ALA CHIRA	Av. Champagnac No 132, Sullana	2	100%	99.00%
ALA CHOTANO LLAUCANO	Jr. Fray José Arana N° 485- Chota- Cajamarca	2	100%	99.00%
ALA COLCA SIGUAS CHIVAY	FUTURO MAJES Mza P Lte 17 - PEDREGAL - MAJES - AREQUIPA	2	100%	99.00%
ALA CRISNEJAS	Jr. Bolognesi N° 1026 - Cajabamba - Cajamarca	2	100%	99.00%
ALA CUSCO	URB. SANTA ROSA . AV. GASTÓN ZAPATA N°404-DIST. WANCHAQ- PROV. CUSCO-DEPTO CUSO	2	100%	99.00%
ALA GRANDE	AV. LA CULTURA S/N- BISAMBRA-NASCA	2	100%	99.00%

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

- 8.** Conforme lo ha indicado la demandante, para algunas sedes donde no se contaba con fibra óptica se dio el servicio a través de un enlace satelital (conexión inalámbrica por antenas y un satélite), por ello, resulta lógico y razonable que Telefónica haya contratado a empresas que brinden el servicio de comunicaciones de un satélite para ejecutar el contrato.
- 9.** En atención a ello, es importante establecer que resulta razonable que la demandante haya tenido que contratar a la empresa Intelsat, como se aprecia incluso de la publicación de fecha 10 de abril de 2019 (que se presentó como Anexo A-14 en la demanda) que se cita a continuación:

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Comunicado

13 departamento del Perú afectados en Telefonía Fija y Móvil, por anomalía en Satélite

Empresa Telefónica envía comunicado, indicando que vienen trabajando para restablecer el servicio en las localidades afectadas.



POR JOSÉ MONTALVO | © 10/04/2019 - 08:51 | TECNOLOGÍA | (1642) VISTA(S)



Lima.- La empresa Telefónica del Perú a través de un comunicado informa sobre las anomalías de un Satélite que está afectando el buen servicio de telefonía Fija y Móvil en 13 departamentos del Perú.

Comunicado

Telefónica, informa a sus clientes y al público en general que desde las 22:04 horas del domingo 07 de abril se registró la afectación de servicios de telefonía fija y móvil en diversos distritos ubicados en 13 departamentos del Perú. Esta afectación se debe a un problema con el satélite Intelsat-IS29E, cuyo sistema de propulsión ha sufrido un desperfecto. Personal de la empresa viene trabajando en la solución y la recuperación de los servicios, que serán informados de forma oportuna.

Tribunal Arbitral

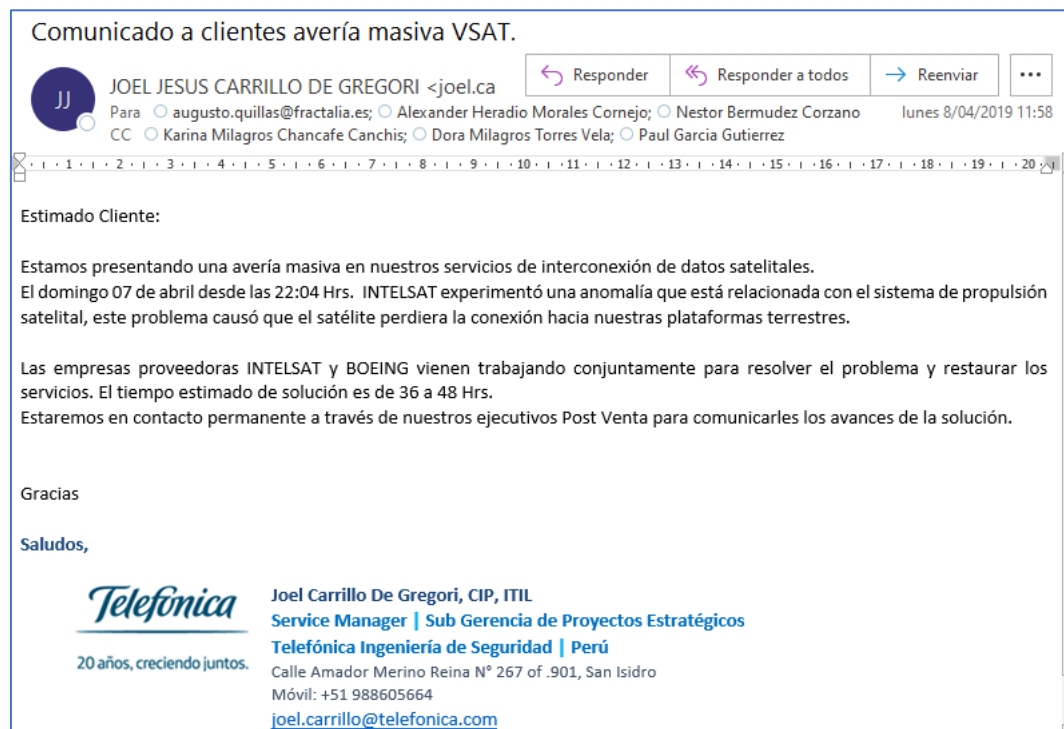
Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

10. Por ello, resulta evidente que la situación de contratación de la empresa Intelsat y la problemática generada por la afectación en los servicios de la demandante eran de conocimiento público.

11. Por otro lado, conforme se aprecia del correo electrónico de fecha 08 de abril de 2019 (presentado como anexo A-17 en la demanda), dicha situación fue puesta a conocimiento directo de la demandada, como se puede advertir de la siguiente imagen:



12. Por lo expuesto, no resulta coherente que, en el presente proceso, pese a que la Entidad tenía pleno conocimiento de la contratación de la empresa Intelsat y de la avería del satélite IS29E, se desconozca de este hecho y se sustente que el demandante no ha probado o acreditado fehaciente o irrefutablemente el

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

vínculo contractual o comercial entre TELEFONICA DEL PERÚ S.A.A. y la empresa INTELSAT S.A. para la provisión o contratación del dicho satélite.

13. Tal es así, que en la Carta 253-2019-ANA-OA notificada el 24 de junio de 2019 (presentada como anexo A-26 en la demanda), la Entidad se ratifica en la aplicación de penalidades, habiendo conocido de los hechos de la contratación de la empresa Intelsat y de la avería en el satélite IS29E.

14. Ahora, como se puede apreciar de la referida comunicación, la Entidad en dicha oportunidad no cuestionó o no requirió a la demandante que pruebe o acredite fehaciente o irrefutablemente el vínculo contractual o comercial entre TELEFONICA DEL PERÚ S.A.A. y la empresa INTELSAT S.A., para la provisión o contratación del dicho satélite, dado que, ya conocía de este hecho y su no objeción a criterio de este Colegiado no puede generar que en este proceso se cuestione ello. Por lo que, este argumento no puede ser atendido.

• **Sobre la aplicación del Código Civil al presente caso**

15. La cláusula Décimo Sexta del Contrato establece la posibilidad de la aplicación supletoria del Código Civil al presente caso en lo no previsto en la Ley de Contrataciones y en su Reglamento, así, se aprecia a continuación:

CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado 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.

Se incluirá la Resolución de Concejo Directivo N° 138-2012-CD/DSIPTEL

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

16. Asimismo, la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado ha reconocido 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, (...)”².

17. Por lo que, resulta claro que, para el presente caso, es posible la aplicación supletoria del Código Civil ante la no regulación de la figura del caso fortuito o fuerza mayor en la Ley de Contrataciones del Estado.

• **Sobre si los hechos califican de caso fortuito o fuerza mayor**

18. Como se ha señalado el centro de la controversia se resume en determinar si el evento de pérdida del satélite IS-29-e que generó que la demandante no pueda brindar el servicio contratado a la Entidad por el periodo del 07 al 24 de abril de 2019 constituye un caso fortuito o fuerza mayor.

19. El artículo 1315° del Código Civil prescribe que 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.

20. Así, para que un evento se configure en un caso fortuito o fuerza mayor debe de reunir los presupuestos de extraordinario, imprevisible e irresistible, en atención a ello, corresponde evaluar si en el presente caso se dan los presupuestos antes mencionados:

² Este criterio ha sido establecido en las Opiniones N°s. 107-2012/DTN, 130-2018/DTN y 001-2020/DTN.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

- **Extraordinario:**

Es 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. Lo extraordinario es, pues, lo que atenta o irrumpe en el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrándolos. Invade temporalmente el espacio de lo común, de lo ordinario³.

Sobre este presupuesto cabe precisar que la Entidad no ha cuestionado su configuración, no obstante, es necesario precisar que de lo aportado por las partes en el proceso arbitral se aprecia que la pérdida de un satélite como consecuencia del impacto de un micrometeorito o de una descarga electrostática producto de actividad climatológica solar, constituye un evento poco usual.

Así, tenemos que el daño producido por un micrometeorito es un hecho raro que no resulta común en la actividad diaria⁴.

Con lo cual, resulta diáfano que estamos ante un hecho extraordinario.

³ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario (2008). Compendio de derecho de las obligaciones. Lima: Palestra, pp. 828-829.

⁴ “Incluso daño mecánico a una nave espacial derivado de micrometeoritos o escombros espaciales puede causar problemas que inicialmente se manifiestan como anomalías de la nave, aunque este tipo de eventos son relativamente raros.”

Traducción libre del siguiente texto:

“Even mechanical spacecraft damage from micrometeoroids or space debris can cause issues that initially manifest as spacecraft anomalies, though such events are relatively rare.”

GALVAN, David, HEMENWAY, Brett, WELSER IV, William y Dave BAIOCCHI. Satellite anomalies. Benefits of a Centralized Anomaly Database and Methods for Securely Sharing Information Among Satellite Operators. RAND Corporation. 2014. p. 12.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

- **Imprevisible:**

El hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria. En otras palabras, el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, lo que equivale a decir que el acreedor puede exigir un nivel mínimo de previsión. Para ello debemos determinar qué constituye este factor o índice de previsión del que se parte para ingresar en el terreno de la imputabilidad⁵.

En relación con este presupuesto, la Entidad si ha hecho un cuestionamiento al señalar que, al haberse puesto un equipo como el satélite en el espacio, no es posible afirmar que éste no podía sufrir de algún tipo de desperfecto o siniestro, que cause que deje de funcionar.

Sobre este aspecto, es importante considerar lo expuesto por el demandante en relación con que el satélite IS-29e es una aeronave espacial cuyo costo de producción alcanzó los cuatrocientos millones de dólares, costo que no solo refleja una evidente inversión en tecnología, sino también en seguridad.

Asimismo, se tiene presente que, según bibliografía especializada, los satélites están diseñados para tolerar una dosis total sobre cierto tiempo de vida, con buenos márgenes de seguridad⁶.

⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario (2008). Compendio de derecho de las obligaciones. Lima: Palestra, p. 829.

⁶ EASTWOOD, J.P, BIFFIS, E., HAPGOOD, M.A., GREEN, L., BISI, M.M., BENTLEY, R.D., WICKS, R., MCKINNELL, L.-A, GIBBS, M. y C. BURNETT. "The economic impact of space weather: where do we stand?" En: Risk Analysis, Vol. 37, No. 2, 2017. p. 211.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Con lo cual, resulta claro que los satélites se fabrican con adecuada seguridad teniendo en cuenta el ambiente en el que se encontrarán.

En ese sentido, el evento objeto de análisis sí constituye uno imprevisible porque escapa a la aptitud normal de previsión que se tiene para este tipo de actividades (fabricación y puesta en órbita de un satélite).

- **Irresistible:**

El que un evento sea irresistible quiere decir que la persona (en este caso el deudor) es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga, su acaecimiento. Esta noción tampoco es simple, aunque a primera vista lo aparenta. Reviste también peculiaridades o complejidades que es menester tomar en consideración a fin de no incurrir en arbitrariedades. Un factor de suma relevancia es el económico, por ejemplo. Para un deudor con recursos, es más factible —en determinados casos— afrontar un obstáculo que para otro que carece de ellos. La imposibilidad, entonces, muchas veces resulta relativa. Va a depender, una vez más, de las condiciones personales del deudor, situación que se debe evaluar a la luz de un criterio que no adolezca de estrechez⁷.

En el presente caso, atendiendo a que el lugar de ubicación del satélite se encuentra en el espacio, resulta diáfano advertir que el evento es irresistible al no existir forma como el demandante pueda haber impedido su ocurrencia, dado que, directamente, Telefónica no era la responsable de la operación del satélite y por su ubicación fuera de todo ámbito que haya permitido a dicha parte poder hacer algo para evitar el daño.

⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario (2008). Compendio de derecho de las obligaciones. Lima: Palestra, p. 830.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

Por ello, resulta claro que estamos ante un evento que se configura como un caso fortuito, al responder a hechos de la naturaleza y que cumplen con los presupuestos de extraordinario, imprevisible e irresistible.

21. En atención a ello, resulta diáfano establecer que las interrupciones al servicio de cinco (5) sedes de la ANA derivadas de la pérdida del satélite IS-29-e, ocurridas entre el 7 de abril y el 24 de abril de 2019, constituyen eventos calificables como caso fortuito.

• **Sobre el periodo de penalidades y el periodo de caso fortuito**

22. Habiéndose establecido que el evento objeto de análisis es uno de caso fortuito, es importante establecer que conforme lo ha indicado la propia demandante este evento únicamente ha afectado a la ejecución del servicio en el periodo del 7 al 24 de abril de 2019.

23. No obstante, conforme se puede apreciar de la CARTA N° 129-2019-ANA-OA de fecha 03 de mayo de 2019, la Entidad ha aplicado penalidades al demandante por el periodo del 22 de marzo al 21 de abril de 2019, como se aprecia a continuación:



(CONTINÚA EN LA PÁGINA SIGUIENTE)

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

 **PERÚ** Ministerio de Agricultura y Riego 

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

Lima, 03 MAYO 2019 CUT: 75319 -2019

CARTA N° 129 -2019-ANA-OA

Señores
TELEFONICA DEL PERU S.A.A.
Av. Benavides N° 661 1° piso
Miraflores.-

Asunto : Aplicación de Penalidades

Referencia: Contrato N° 027-2017-ANA-OA

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, con relación al contrato de la referencia, suscrito con su representada para la contratación del servicio de "Solución Integrada de Comunicaciones de Datos (Red MPLS) y Salida a Internet para la Autoridad Nacional del Agua (Sede Central y Órganos Desconcentrados) Ítem N° 2: Interconexión de Sedes".

Según lo informado por la Dirección del Sistema Nacional de Información de Recursos Hídricos, mediante Memorando N° 374-2019-ANA-OA-DSNIRH y el Informe N° 034-2019-ANA-OA-DSNIRH/EWPM, durante la ejecución del mencionado servicio, en el periodo comprendido entre el 22 de marzo al 21 de abril de 2019 su representada ha incurrido en incumplimiento de su prestación por la "Desviación Total del servicio", debiendo aplicarse las penalidades establecidas en la Cláusula Décimo Tercera "Otras Penalidades" del citado contrato, de acuerdo al siguiente detalle:

- 24.** En ese sentido, atendiendo a que el evento calificado como caso fortuito solo ha afectado el servicio por el periodo del 07 al 24 de abril de 2019, corresponde precisar que este Colegiado únicamente puede establecer que las interrupciones al servicio de cinco (5) sedes de la ANA derivadas de la pérdida del satélite IS-29-e, ocurridas entre el 7 de abril y el 24 de abril de 2019 son producto del caso fortuito, por lo que, las afectaciones que se hayan dado en periodo anterior al 07 de abril no se pueden calificar como un evento de caso fortuito.

(CONTINÚA EN LA PÁGINA SIGUIETE)

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

- **Conclusión**

- 25.** Atendiendo a lo expuesto en el desarrollo precedente, corresponde amparar la pretensión y declarar que las interrupciones al servicio de cinco (5) sedes de la ANA derivadas de la pérdida del satélite IS-29-e, ocurridas entre el 7 de abril y el 24 de abril de 2019, constituyen eventos calificables como caso fortuito.

SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Al declararse fundada la Primera Pretensión Principal, solicitamos que se declare que Telefónica no ha incumplido las condiciones del Contrato 27-2017-ANA-OA, por lo que no corresponde aplicarle penalidades derivadas de las interrupciones del servicio.

- 26.** De forma preliminar debemos señalar que el principio dispositivo que rige todo proceso y que es definido como “aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez”⁸, determina que son las partes las que formulan sus pretensiones, no siendo posible que el Tribunal Arbitral pueda variar estas.

- 27.** En ese sentido, la demandante formuló esta pretensión como una de naturaleza accesoria, la cual, se presenta cuando el demandante propone una pretensión principal cuya suerte determina la de una pretensión accesoria que depende de aquella. Si la principal es fundada, la accesoria lo es también. Si la principal es infundada, la accesoria también es infundada. La suerte de una determinaría automáticamente la suerte de la otra.

⁸ PALACIO, Lino. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1979, pp. 253-254.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

28. Habiéndose declarado fundada la pretensión principal corresponde declarar fundada la pretensión accesoria, no obstante, este Colegiado precisa que únicamente no corresponde aplicar penalidades derivadas de las interrupciones del servicio por el periodo del 07 al 24 de abril de 2019, siendo que, por periodos anteriores al 07 de abril de 2019, no es posible que este Tribunal determine que no le corresponde aplicar penalidades a la Entidad.

29. Asimismo, es necesario señalar que las disposiciones contenidas en el artículo 133 del Reglamento –referido a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación– resultan aplicables ante un retraso injustificado cuando: i) el contratista no hubiera solicitado ampliación de plazo; ii) habiéndola solicitado esta no fue aprobada por la Entidad; o, iii) **no se acredite objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable**⁹. (negrita agregada)

30. Con lo cual, habiéndose acreditado el caso fortuito no corresponde aplicar penalidad solo por el periodo del 07 al 24 de abril de 2019.

SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Al declararse fundada la Primera Pretensión Principal, solicitamos que se declare que la ANA imputó indebidamente una penalidad total de S/ 547,942.55 (quinientos cuarenta y siete mil novecientos cuarenta y dos con 55/100 soles) por dichas interrupciones, debiendo la ANA pagar y/o restituir a Telefónica dicha suma de dinero, más los intereses aplicables.

31. Al igual que con la primera pretensión accesoria, de forma preliminar debemos señalar que el principio dispositivo que rige todo proceso y que es definido como “aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de

⁹ Opinión N° 143-2019/DTN emitida por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

la función judicial como la aportación de materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez”¹⁰, determina que son las partes las que formulan sus pretensiones, no siendo posible que el Tribunal Arbitral pueda variar estas.

32. En ese sentido, la demandante formuló esta pretensión como una de naturaleza accesoria, la cual, se presenta cuando el demandante propone una pretensión principal cuya suerte determina la de una pretensión accesoria que depende de aquella. Si la principal es fundada, la accesoria lo es también. Si la principal es infundada, la accesoria también es infundada. La suerte de una determinaría automáticamente la suerte de la otra.

33. Habiéndose declarado fundada la pretensión principal corresponde declarar fundada la pretensión accesoria, sin embargo, es preciso reiterar que la indebida aplicación de penalidades únicamente es por el periodo del 07 al 24 de abril de 2019, no siendo posible establecer que se han aplicado penalidades indebidas por periodos anteriores al 07 de abril de 2019.

34. A esta cifra de S/ 547,942.55 (quinientos cuarenta y siete mil novecientos cuarenta y dos con 55/100 soles) que debe restituir la ANA a Telefónica, se le debe agregar los intereses legales, en calidad de moratorios, de conformidad con lo establecido en los artículos 1242, 1243 y 1245 del Código Civil.

35. Para este efecto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1334 del Código Civil y en la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, el cómputo de los intereses legales debe efectuarse desde la fecha de la solicitud de arbitraje, es decir, desde el 28 de enero de 2020, hasta el cumplimiento total de la obligación.

SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Solicitamos que se declare que Telefónica únicamente debe compensar a la ANA

¹⁰ PALACIO, Lino. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1979, pp. 253-254.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

con un monto ascendente a S/ 40,969.75 (cuarenta mil novecientos sesenta y nueve con 75/100), suma de dinero que fue ofrecida por Telefónica a modo de compensación por la interrupción, de conformidad con lo establecido en el artículo 93 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

36. En relación con esta pretensión este Tribunal debe resaltar que el evento de caso fortuito solo afecta al periodo del 07 al 24 de abril de 2019, por lo que, en periodos anteriores al 07 de abril de 2019, no es posible establecer la afectación provocada por el caso fortuito.

• **Sobre la aplicación del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones**

37. La cláusula Décimo Sexta del Contrato establece la posibilidad de la aplicación de la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LAS CONDICIONES DE USO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES (en adelante las Condiciones de Uso), así, se aprecia a continuación:

CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado 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.

Se incluirá la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/DSIPTEL

38. Con lo cual, queda claro que las Condiciones de Uso son aplicables al presente contrato.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

• **Sobre la procedencia de la compensación pretendida por Telefónica**

- 39.** Cabe precisar que el primer párrafo del artículo 93^{o11} de las Condiciones de Uso establece la obligación de compensar cuando por causas no atribuibles a éstos se afecta el servicio.
- 40.** Asimismo, el quinto párrafo del artículo 93^{o12} de las Condiciones de Uso, prescriben que aún ante un caso fortuito o fuerza mayor corresponde descontar de la tarifa que se cobre finalmente al arrendatario el monto proporcional correspondiente al tiempo que duró la suspensión o interrupción.
- 41.** En ese sentido, la pretensión de compensación posee sustento normativo en las Condiciones de Uso que son aplicables al Contrato.
- 42.** Es importante señalar que la demandante ha calculado el monto de S/ 40,969.75 (cuarenta mil novecientos sesenta y nueve con 75/100) en función al valor de la mensualidad y los días sin servicio en virtud de lo dispuesto en las Condiciones de uso, cuantificación que no ha sido desvirtuada por la Entidad.
- 43.** Ahora, cabe precisar que la compensación contemplada en el artículo 93° de las Condiciones de Uso efectivamente es un concepto distinto de las penalidades

¹¹ Artículo 93°.- Compensación en caso de interrupción

El arrendador tendrá la obligación de compensar a los arrendatarios que se encuentren habilitados para prestar servicios públicos de telecomunicaciones, cuando por causas no atribuibles a éstos, se suspendan los servicios de algún circuito por más de sesenta (60) minutos consecutivos, salvo en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor siempre que el arrendador hubiera actuado diligentemente

¹² Artículo 93°.- Compensación en caso de interrupción

(...)

En todos los casos en que el servicio sea interrumpido, sin perjuicio del derecho a la compensación a que se refiere el presente artículo, el arrendador deberá descontar de la tarifa que se cobre finalmente al arrendatario el monto proporcional correspondiente al tiempo que duró la suspensión o interrupción. Dicho descuento deberá efectuarse incluso si la interrupción se debe a caso fortuito o fuerza mayor.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

establecidas en el contrato, no obstante, como se ha establecido en el presente laudo, se ha configurado un caso fortuito que ha afectado la prestación de servicio en el periodo del 07 al 24 de abril de 2019, lapso por el cual no es posible aplicar penalidades establecidas en el contrato.

44. Empero, la compensación materia de esta pretensión es un concepto distinto no solo por derivarse de una fuente normativa distinta (condiciones de uso) sino que esta se da pese a que se trate de un caso fortuito.

45. Por ello, resulta necesario señalar que, al reconocerse esta compensación, no se está reemplazando a la penalidad, sino que como se ha desarrollado no es posible aplicar penalidad en el marco de lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado a la demandante, pero si corresponde que se ordene una compensación a la Entidad en observancia de las Condiciones de Uso por el periodo en que estuvo afectada por la falta de servicio.

46. Habiéndose precisado este aspecto, resulta procedente establecer que por el periodo del 07 al 24 de abril de 2019 en que el servicio contratado por la Entidad se vio afectado por la ocurrencia de un caso fortuito, corresponde que se compense a la demandada con la suma de S/ 40,969.75 (cuarenta mil novecientos sesenta y nueve con 75/100) que fue calculada en función al valor de la mensualidad y los días sin servicio, en virtud de lo dispuesto en las Condiciones de uso y que no ha sido desvirtuada por la Entidad. Precisando que, por periodos anteriores al 07 de abril de 2019, no corresponde establecer un caso fortuito.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Billy Franco Arias
Juan Alberto Quintana Sánchez

SOBRE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Solicitamos que se ordene a la ANA el pago de costas y costos del proceso arbitral.

47. El numeral 2 del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73° del mismo cuerpo normativo.

48. Por su parte, el referido artículo 73° establece que 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.

49. En el convenio arbitral las partes no han establecido pacto alguno sobre la asunción de los costos y costas del arbitraje, por lo que será el Tribunal Arbitral quien determine a que parte le corresponde los gastos y costos relacionados al arbitraje.

50. Al respecto, Huáscar Ezcurra Rivero ha comentado el artículo 73° de la LA y señaló que **“existe en la norma actual un énfasis muy claro en el sentido de que el que perdió el arbitraje, en principio, pagará los costos del arbitraje. Y los costos del arbitraje comprenden la obligación de la parte vencida de devolver a la parte vencedora todo lo que ella gastó con motivo del proceso arbitral; lo que en ocasiones podría ser un monto considerable (...)”**¹³.
(negrita agregada)

¹³ EZCURRA RIVERO, Huáscar. “Comentario al artículo 70 de la Ley Peruana de Arbitraje”. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coordinadores). Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2010, p. 810.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

51. El Tribunal Arbitral considera que se deberá tener en cuenta el comportamiento procesal de las partes a lo largo del presente arbitraje. Así, como de lo desarrollado, se aprecia que ambas partes han tenido motivos atendibles para defender sus intereses en el presente proceso, lo que corresponde es que cada parte asuma los costos de este en partes iguales.

52. En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que cada parte asuma el 50% de los costos y gastos del presente proceso; precisándose que los gastos de defensa deben ser asumidos por cada parte.

DECISIÓN. -

Finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas 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, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje.

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 han estado sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Tribunal Arbitral **LAUDA EN DERECHO:**

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

-
1. **DECLARAR FUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda, por lo que, corresponde declarar que las interrupciones al servicio de cinco (5) sedes de la ANA derivadas de la pérdida del satélite IS-29-e, ocurridas entre el 7 de abril y el 24 de abril de 2019, constituyen eventos calificables como caso fortuito.

 2. **DECLARAR FUNDADA** la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal, por lo que, corresponde declarar que Telefónica no ha incumplido las condiciones del Contrato 27-2017-ANA-OA, no correspondiendo aplicarle penalidades derivadas de las interrupciones del servicio, aunque solo por el periodo del 07 al 24 de abril de 2019.

 3. **DECLARAR FUNDADA** la segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal, por lo que, corresponde declarar que la ANA imputó indebidamente una penalidad total de S/ 547,942.55 (quinientos cuarenta y siete mil novecientos cuarenta y dos con 55/100 soles) por dichas interrupciones, debiendo la ANA pagar y/o restituir a Telefónica dicha suma de dinero, más los intereses legales, en calidad de moratorios, que corran desde la fecha de la solicitud de arbitraje, es decir, el 28 de enero de 2020, hasta el cumplimiento de la obligación.

 4. **DECLARAR FUNDADA** la segunda pretensión principal, por lo que corresponde declarar que Telefónica únicamente debe compensar a la ANA con un monto ascendente a S/ 40,969.75 (cuarenta mil novecientos sesenta y nueve con 75/100), de conformidad con lo establecido en el artículo 93 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, por el periodo del 07 al 24 de abril de 2019.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

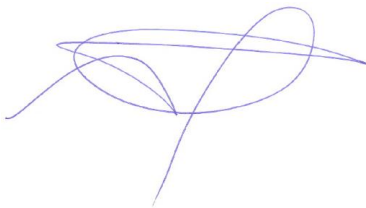
Billy Franco Arias

Juan Alberto Quintana Sánchez

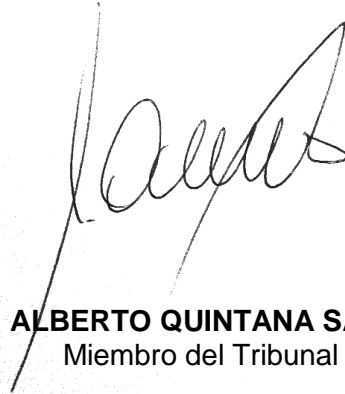
-
5. **DECLARA INFUNDADA** la tercera pretensión principal, por lo que, no corresponde ordenar a la ANA el pago de costas y costos del proceso arbitral. **ESTABLECIÉNDOSE** que cada parte asuma el 50% de los costos y gastos del presente proceso; precisándose que los gastos de defensa deben ser asumidos por cada parte.



HUGO SOLOGUREN CALMET
Presidente del Tribunal Arbitral



BILLY FRANCO ARIAS
Miembro del Tribunal



JUAN ALBERTO QUINTANA SÁNCHEZ
Miembro del Tribunal



AMERICAN CONTRATISTAS GENERALES S.A.C.

Vs.

PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES - PSI

VOTO EN DISCORDIA

Árbitro

Iván Alexander Casiano Lossio – Árbitro

Luis Fernando Villavicencio Benites - Secretario Arbitral

VOTO EN DISCORDIA

En Lima, a los 26 días del mes de abril del año dos mil veintiuno, el árbitro Ivan Alexander Casiano Lossio, 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 Voto en Discordia respecto del Laudo en mayoría, para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

El presente voto en discordia lo realiza con el mayor respeto que tiene hacia los árbitros Juan Carlos Pinto Escobedo y Rita Castro-Prinz Rodríguez.

1. El Convenio Arbitral

Se encuentra contenido en la Cláusula Décimo-Octava del Contrato "Nº Contrato Nº 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.

Constitución del Tribunal Arbitral:

El Demandante designó como árbitro a la abogada Rita Castro-Prinz Rodríguez, quien aceptó la designación. A su turno, la Entidad designó como árbitro al abogado Ivan Alexander Casiano Lossio, quien también acepto dicha aceptación.

Ambos árbitros así designados acordaron nombrar presidente del Tribunal Arbitral al abogado Juan Carlos Pinto Escobedo, quien aceptó tal designación el 7 de agosto de 2019.

2. Resumen de las principales actuaciones arbitrales:

- 2.1. Mediante Decisión N° 1, de fecha 9 de setiembre de 2019 se estableció el plazo para la presentación de los escritos de demanda, contestación, reconvencción y su contestación: diez (10) días hábiles.
- 2.2. Mediante Decisión N° 2, de fecha 17 de octubre de 2019, se admitió la demanda presentada por AMERICAN CONTRATISTAS GENERALES.
- 2.3. Mediante Decisión N° 3, de fecha 25 de noviembre de 2019, se admitió la contestación de la demanda presentada por PSI con conocimiento de la parte contraria.
- 2.4. Mediante Decisión N° 4, de fecha 30 de diciembre de 2019, se admitió la contestación de la reconvencción presentada con fecha 06 de diciembre de 2019 por AMERICAN y se tuvieron por ofrecidos los medios probatorios que sustenta su posición, con conocimiento del PSI.
- 2.5. Mediante Decisión N° 5, de fecha 22 de enero de 2020, se tuvo por variada, a partir del lunes 03 de febrero de 2020, la sede administrativa del presente arbitraje al nuevo local Institucional del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú sito en Calle Esquilache N° 371, piso 9, distrito de San Isidro.
- 2.6. Mediante Decisión N° 6, de fecha 04 de febrero de 2020, se determinó que las cuestiones controvertidas del presente arbitraje son las señaladas en el numeral 3) del análisis de la presente Decisión.
- 2.7. Mediante Decisión N° 7, de fecha 20 de febrero de 2020, se otorgó al PSI el plazo excepcional de tres (03) días hábiles, contados desde el día hábil siguiente de notificada la presente Decisión, a fin de que pudieran cumplir con la exhibición de la ficha técnica definitiva completa, presentada por AMERICAN CONTRATISTAS GENERALES S.A.C., en el marco del Contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI.

- 2.8. Mediante Decisión N° 8, de fecha 10 de marzo de 2020, se estableció que la audiencia única se celebraría el 20 de abril de 2020 y se citaría a las partes a la misma conforme al siguiente detalle:

Audiencia única	Fecha, hora y lugar
Audiencia de ilustración de hechos y sustentación de posiciones	20 de abril de 2020 a horas 3 p.m. en la sala 3, piso 5 del Edificio Esquilache ubicado en Calle Esquilache N° 371, San Isidro.

- 2.9. Mediante Decisión N° 9, de fecha 01 de julio de 2020, se determinó que la audiencia única, se llevó a cabo de forma virtual, circunstancia que fue oportunamente comunicada.

- 2.10. Mediante Decisión N° 10, de fecha 29 de julio de 2020, se estableció que la audiencia única se celebraría el 11 de setiembre de 2020 y se citó a las partes a la misma conforme al siguiente detalle:

Audiencia Única	Fecha, hora y lugar
Audiencia de ilustración de hechos y sustentación de posiciones.	11 de setiembre de 2020 a horas 10:00 a.m. , a través de la plataforma virtual Zoom conforme a las indicaciones que brindará la Secretaría Arbitral.

- 2.11. Mediante Decisión N° 12, de fecha 19 de octubre de 2020, se otorgó a PSI el plazo de tres (3) días hábiles a fin de que remita nuevamente todos los anexos señalados en su escrito i) de los antecedentes.
- 2.12. Mediante Decisión N° 13, de fecha 12 de noviembre de 2020, se dispuso el archivo de las pretensiones del PSI consignadas en su reconvención por falta de pago.
- 2.13. Mediante Decisión N° 14, de fecha 01 de diciembre de 2020, se declaró infundada la oposición formulada por AMERICAN CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. a los medios probatorios presentados por su contraparte.
- 2.14. Mediante Decisión N° 15, de fecha 12 de febrero de 2021, se fijó el inicio del plazo para emitir el laudo arbitral en cuarenta (40) días hábiles, contados desde el día

hábil siguiente de notificada la presente Decisión, el cual queda prorrogado desde ya, por un plazo de diez (10) días hábiles adicionales, de conformidad con el artículo 53° del Reglamento.

3. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES:

3.1. Mediante Comunicación de Secretaría Arbitral de fecha 4 de setiembre de 2019 se efectuó la liquidación de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/.19,047.33 neto por cada árbitro
Gastos Administrativos del Centro	S/ 16,500.00 más IGV.

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

4. Cuestiones controvertidas

4.1. 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 declarar la invalidez, ineficacia o nulidad de la aplicación de la penalidad al Contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, por el concepto de otras penalidades, por el importe de S/ 2, 136,817.34 (Dos millones ciento treinta y seis mil ochocientos diecisiete con 34/100 soles), dispuesto en la Carta N° 1735-2018 -MINAGRI-PSI-DIR.*

Segunda cuestión controvertida: *Que, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que el PSI efectúe el pago a la demandante del importe de S/ 2'136,817.34 (Dos millones ciento treinta y seis mil ochocientos*

diecisiete con 34/100 soles) por el concepto de otras penalidades, a través de la Carta N° 1735-2018 - MINAGRI-PSI-DIR.

Tercera cuestión controvertida: Que, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que el PSI reembolse a la demandante las costas y costos arbitrales en los cuales se incurra durante el desarrollo del presente proceso.

Cuarta cuestión controvertida: Que, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que el PSI realice la devolución de la garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato N° 0149-2017-MINAGRI-PSI, ascendente a S/. 2'129,268.93 (Dos millones ciento veintinueve doscientos sesenta y ocho con 93/100) que fue parte de la firma del contrato.

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 presentado el 23 de setiembre de 2019:
Los documentos signados desde el numeral "1" hasta el numeral "21" y contenidos en el acápite "VII. - Anexos" del escrito de demanda.
- b. Respecto a la contestación de la demanda presentada el 04 de octubre de 2019:
Los documentos signados desde el numeral "4-A" hasta el numeral "4-C" y contenidos en la sección "Anexos" del escrito de la contestación de la demanda.

5. POSICIONES DE LAS PARTES:

Posición del Demandante: Con escrito de fecha 23 de setiembre de 2019, el consorcio presentó su escrito de demanda señalando lo siguiente:

5.1. El Consorcio señala que, el contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, deriva del proceso de Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI, que adjuntaron como Anexo 3. Es de notar que la 074-2017-MINAGRI-PSI, 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.

5.2. Por lo cual, el consorcio advierte que 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 el plazo* de acuerdo con lo establecido en las bases del proceso las 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, En el numeral 16 de los términos de referencia y en la cláusula Décimo tercera del Contrato de servicio N° 149-2017-MINAGRI-PSI, se definen las otras penalidades de la siguiente manera:

Con el objeto de asegurar una mejor calidad de la ejecución de los trabajos; se establecen estas otras penalidades:

Penalidades			
N°	Supuestos de aplicación de penalidad	Forma de cálculo	Procedimiento
1	Cuando el contratista cambie al personal propuesto sin contar con la autorización previa de la Entidad, excepto en Caso Fortuito o Fuerza Mayor, debidamente acreditado.	= 1*UIT Por cada cambio de personal.	Según informe de la Supervisión o de la DIR.
2	No cumple con proveer el personal o maquinaria ofrecida o en las condiciones ofrecidas, en su propuesta o que esta última no se encuentre 100% operativa.	= 0.001*M Por cada día de incumplimiento y por cada personal y/o maquinaria	Según informe de la Supervisión o de la DIR.
3	Cuando el personal del contratista no cuenta con los equipos e implementos de seguridad, de acuerdo con las normas vigentes a la fecha de suscripción de contrato.	= 0.002*M Por cada ocurrencia.	Según informe de la Supervisión o de la DIR.
4	En caso el responsable de la Dirección Técnica no se encuentre presente en el lugar de la prestación de la actividad, excepto en Caso Fortuito o Fuerza Mayor, debidamente acreditado.	= 0.002*M Por cada día de incumplimiento.	Según informe de la Supervisión o de la DIR.



- 5.3. En este punto, el demandante precisa que, al ser las otras penalidades verificables durante la etapa de ejecución, para tomar acciones preventivas, esto es la comunicación oportuna al proveedor para las acciones correctivas, dicho procedimiento no estaría determinado en las bases, solo se consignaría el área que verificara el supuesto de aplicación de esta penalidad, en este caso el informe de supervisión o de la DIR.

- 5.4. Asimismo, el contratista destaca que, por el tipo de procedimiento, (Contratación Directa) donde no se establece una fase para la realización de cuestionamientos, sea a través de consultas u observaciones, donde precisan que no pudieron realizar consultas u observaciones sobre el procedimiento y la forma de contradecir las otras penalidades, ni los plazos de comunicación y descargo de la penalidad por conceptos diferentes a mora en la ejecución de la prestación.
- 5.5. En base a ello, el consorcio hace mención en el segundo párrafo del Artículo 132 del Reglamento del Decreto Supremo N° 056-2017 lo siguiente:
- “La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades”.*
- 5.6. En esa medida, se advertía que las penalidades que consideraba la normativa de contrataciones del Estado, eran: i) la *“penalidad por mora en la ejecución de la prestación”*; y, ii) *“otras penalidades”*; las cuales se encontraban reguladas conforme a lo establecido en los artículos 133 y 134 del Reglamento, respectivamente.
- 5.7. Asimismo, con relación a las Otras Penalidades, el consorcio precisa: *“El artículo 134 del Reglamento disponía que “Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 133 [es decir, a la penalidad por mora], 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, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la 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”. (El resaltado es agregado).”*
- 5.8. Respecto a lo señalado anteriormente, el contratista manifiesta que los documentos del procedimiento de selección podían establecerse penalidades

distintas a la “*penalidad por mora en la ejecución de la prestación*”, siempre y cuando estas “*otras penalidades*” fueran objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Adicionalmente, estas penalidades debían incluir: (i) *los supuestos de aplicación de penalidad*; (ii) *la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto*; y, (iii) *el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar*, siendo tales requisitos necesarios para la aplicación de dicha penalidad.

- 5.9. Además, el consorcio indica que, con fecha 13 de diciembre de 2017, se firmó el Contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, entre la Entidad y el contratista. Siendo el objeto del contrato la contratación del SERVICIO DE ELABORACIÓN DE FICHA TÉCNICA DEFINITIVA Y DESCOLMATACIÓN DEL CAUCE DEL RÍO LA LECHE TRAMO I, por un monto ascendente a S/ 21'292,689.21 (Veintiún millones doscientos noventa y dos mil seiscientos ochenta y nueve con 21/100 Soles) y un plazo total de 30 días calendarios, los mismos que se dividen en 7 días calendarios *para la elaboración de la FICHA TÉCNICA DEFINITIVA* y 23 días calendarios *para la EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES*.
- 5.10. Respecto a la ejecución de los servicios, el consorcio señala que se solicitó oportunamente el adelanto directo ascendente al 30% del contrato. Adicionalmente, el contratista precisa que presentó oportunamente la ficha técnica definitiva, siendo aprobada por la Entidad y notificada al contratista en fecha 28 de diciembre de 2017, mediante carta N° 057-2017- MINAGRI-PSI-OGZ-CH, que adjuntaron como Anexo 5.
- 5.11. Con relación a esto, el consorcio indica que la ficha técnica definitiva fue presentada dentro del plazo contractual de siete días calendarios y la misma define la forma y modo de ejecución del servicio.
- 5.12. En fecha 29 de diciembre de 2017, se inicia 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 ocurrencia, que adjunta el contratista como Anexo 6, el mismo que se suscribe junto con el supervisor del servicio.

- 5.13. En fecha 18 de enero de 2018, se culmina la ejecución del servicio de descolmatación del Cauce del río la leche tramo I, tal como lo acredita el consorcio con el asiento N° 38 del cuaderno de ocurrencias, que adjuntaron como Anexo 7, donde el contratista deja constancia de la culminación del servicio de descolmatación. Y mediante carta 016-2018-A.C.G.D.R. L, el contratista notifica a la supervisión en fecha 18 de enero de 2018, el informe final del servicio, dentro del plazo contractual, que adjuntaron como Anexo 8. El demandante precisa que, conforme el contrato, el informe final sería la última obligación a cargo del contratista, conforme el último párrafo de la cláusula cuarta del Contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI.
- 5.14. En fecha 19 de enero de 2018, La Supervisión mediante anotación en el cuaderno de ocurrencias, el asiento N° 039, suscrita por el Jefe de la Supervisión Ing. Gamaniel Chirinos Toranzo, verifica la culminación de los servicios de descolmatación del Cauce del río la leche tramo I, de acuerdo a la Ficha Técnica aprobada por el PSI Y DEL Contrato Suscrito, tal como se acredita con el asiento N° 39 del cuaderno de ocurrencias, que adjuntó el consorcio como Anexo 9, los cuales hacen de especial mención que la supervisión, sería la obligada a comunicar a la Entidad, la culminación del servicio, para los fines de recepción del servicio.
- 5.15. El contratista indica que, por actos propios de la Entidad, el acta de recepción fue recién realizada en fecha 19 de setiembre de 2018, fecha en la cual se suscribe el ACTA DE RECEPCIÓN DEL SERVICIO SIN OBSERVACIONES, que adjuntaron como Anexo 10
- 5.16. Con fecha 20 de setiembre de 2018, se emite la Resolución N° 350-2018-MINAGRI-PSI, mediante la cual se resuelve aprobar la modificación del contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, suscribiéndose el 29 de octubre de 2018 la ADENDA N° 1 DEL CONTRATO N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, que el consorcio adjuntó como Anexo 11, donde se modifica el monto total del contrato, al monto de S/ 21'278,001.12 (Veintiún millones doscientos setenta y ocho mil uno con 12/100 Soles), que modifica la cláusula Tercera del contrato Original.

- 5.17. Que, mediante carta 064-2018-A.C.G.D.R.L, de fecha 20 de noviembre de 2018, el contratista señala que subsanó las observaciones efectuadas por la Entidad al informe final del servicio, a fin que se proceda al pago final.
- 5.18. En fecha 10 de diciembre de 2018, La Entidad notifica al Contratista la CARTA 1735-2018 - MINAGRI-PSI-DIR, que el consorcio adjunta como Anexo 12, la cual contiene la conformidad de la última 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.
- 5.19. Asimismo, el consorcio señala que en los documentos adjuntados en la CARTA 1735-2018 - MINAGRI-PSI-DIR, obran el informe 5360-2018 - MINAGRI-PSI-DIR-OS y el Memorando 5871-2018 - MINAGRI-PSI-DIR de la Dirección de Infraestructura de Riego, donde se deduce que la Entidad había aplicado la penalidad por el concepto de otras penalidades.
- 5.20. En fecha 13 de diciembre de 2018, el consorcio, mediante CARTA N° 082-2018-A.C.G.D.R.L., que adjuntan como Anexo 13, remite el expediente de la liquidación técnica financiera, y en la misma da respuesta a la CARTA 1735-2018- MINAGRI-PSI-DIR, solicitando que se le cancele el importe de S/. 2`503,634.25 soles.
- 5.21. En base a ello, el consorcio señala que, como consecuencia de la aplicación de penalidades, y al amparo de la Ley de Conciliación Extrajudicial No. 26872 y sus normas complementarias y reglamentarias, y de conformidad con lo acordado en la cláusula décimo octava del CONTRATO N° 0149-2017-MINAGRI-PSI, en fecha 17 de enero de 2019 solicitaron el inicio del procedimiento de conciliación ante el Centro de Conciliación Republica.
- 5.22. Asimismo, el consorcio menciona que, una vez invitada la Entidad, acudió a la Conciliación realizada el 12 de febrero de 2019, en donde, reunidas las partes, no se llegó a acuerdo conciliatorio alguno, razón por la cual se suscribió el Acta de conciliación N- 030-2019.CCR, que adjuntamos como Anexo 14.

- 5.23. Por tal motivo, el contratista indica que, al no llegarse a acuerdo alguno en la etapa de conciliación, interpone el presente arbitraje, solicitándolo ante el centro de Análisis y Resolución de conflictos de la PUCP.

PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- 5.24. El consorcio solicita que se declare la invalidez o ineficacia o nulidad de la aplicación de penalidad al Contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, por el concepto de Otras Penalidades por el importe de S/. 2`136,817.34. soles, dispuesta en la CARTA 1735-2018 - MINAGRI-PSI-DIR, que contiene el Memorando 5871-2018 - MINAGRI-PSI-DIR, y el informe 5360-2018 - MINAGRI-PSI-DIR-OS y se cumpla con paganos el saldo pendiente de pago ascendente a la suma de S/. 2`136,817.34.
- 5.25. El consorcio señala que la aplicación normativa del presente Contrato se encuentra bajo la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificada por Decreto Legislativo N° 1341, en adelante la Ley, y el 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.
- 5.26. Asimismo, el contratista señala que, conforme la modificación del Decreto Supremo N° 056-2017-EF, la aplicación de penalidades por otras penalidades se basan en lo siguiente:

“Artículo 134.- Otras penalidades

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, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la 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.”

- 5.27. En base a ello, el consorcio hace mención al artículo 134 del Reglamento, que regula la aplicación de “Otras penalidades”, el cual dispone lo siguiente: “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, debe incluir supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.”.
- 5.28. Por tal motivo, el consorcio señala que la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos de selección la aplicación de “Otras penalidades”, distintas a la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”; debiendo precisarse que para tal efecto, la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.
- 5.29. Asimismo, el consorcio indica que, el segundo párrafo del referido artículo precisa que *“Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.”*; advirtiéndose, una vez más, que dichas penalidades tienen un tratamiento diferenciado respecto de la penalidad prevista en el artículo 133 del Reglamento; igualmente, la penalidad por mora en la ejecución se aplicaría automáticamente, mientras que las otras penalidades, se aplicarían de acuerdo a los supuestos, formas del cálculo para cada supuesto, y al procedimiento de verificación del supuesto a penalizar, conforme a lo dispuesto en el artículo 134 del Reglamento.

- 5.30. Según el consorcio, no existe aplicación automática en otras penalidades, lo cual supone la notificación previa al contratista a fin que realice un descargo del mismo a fin de verificar la existencia de justificación.
- 5.31. Asimismo, el contratista indica que de la revisión del contrato y los términos de referencia, se advierte que el procedimiento es “según informe del supervisor o de la DIR”, sin embargo, según el contratista, esto no es un procedimiento, sino el señalamiento del área que realiza la penalización, no estableciéndose el procedimiento de notificación y los plazos para realizar los descargos de mora, al no aplicarse automáticamente la penalización, por ello, el consorcio considera que la notificación cierta del informe del supervisor donde señale un supuesto de mora, a fin de no afectar el derecho de contradicción del contratista y el plazo para tal efecto, son la deficiencia detectada. Y de los medios probatorios y actuados proporcionados por la Entidad, según el contratista, no se advierte la comunicación cierta del informe del supervisor sobre la incidencia de una aplicación de penalidad por otras penalidades, en este punto, de revisar el cuaderno de servicio, no se indicaría algún supuesto de incumplimiento, o mora o requerimiento de colocación de maquinaria.

5.32. Al respecto el Contratista cita las conclusiones de la Opinión N° 151-2017/DTN, emitido por el OSCE:

- *En el marco de lo dispuesto por el artículo 133 del Reglamento, una Entidad debe aplicar automáticamente la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” cuando haya determinado que existe retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato -esto es, que el contratista no hubiera solicitado una ampliación de plazo, o habiéndola solicitado esta no fuera aprobada-; ante lo cual es posible deducir dicha penalidad de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, así como del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, según corresponda.*
- *No es posible aplicar la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” a supuestos no regulados en el artículo 133 del Reglamento; siendo que, si los documentos del procedimiento de selección establecen “otras penalidades” distintas al retraso injustificado o mora, éstas deben aplicarse de acuerdo a los supuestos, formas del cálculo para cada supuesto, y al procedimiento de verificación del supuesto a penalizar, conforme a lo dispuesto en el artículo 134 del Reglamento.*

5.33. En este contexto, el demandante concluye lo siguiente;

A.- De las bases del proceso de selección y del contenido del contrato el consorcio advierte que el procedimiento sería “según informe del supervisor o de la DIR”, sin embargo, de acuerdo al consorcio, esto no es un procedimiento, sino el señalamiento del área que realiza la penalización, no estableciéndose el procedimiento de notificación y los plazos para realizar los descargos de mora. Por lo cual, el contratista considera que la insuficiencia en el detalle del procedimiento para la aplicación de otras penalidades, no permite aplicarlas, siendo NULA dicha disposición.

B.- El consorcio señala que, en el supuesto negado que se considere que el procedimiento es “según informe del supervisor o de la DIR”, debe apreciarse ello de los actuados proporcionados por la Entidad, y no se advierte la comunicación cierta del informe del supervisor sobre la incidencia de una aplicación de mora por otras penalidades, En este punto, de revisar el cuaderno de ocurrencias, no se indica algún supuesto de incumplimiento, o mora o requerimiento de colocación de maquinaria. Por lo cual, de acuerdo al contratista, no existe un informe del supervisor o de la DIR, en el periodo de la ejecución del contrato, antes de la culminación del servicio, para que la aplicación de mora de otras penalidades sea efectiva, de otra forma se estaría aplicando las otras penalidades de forma automática como el supuesto del artículo 133 del Reglamento, lo cual no es posible aplicarlo, conforme la OPINIÓN N° 151-2017/DTN, emitido por el OSCE,

C.- El consorcio señala que la aplicación de penalidades por otras penalidades, se basa en el informe de Control concurrente N° 100-2018, el cual, de acuerdo al contratista, no es un documento ni área que realiza la penalización, según el contrato suscrito. Por lo cual, de acuerdo al demandante, sería improcedente que, mediante documento distinto al señalado en el contrato, se tenga por válida una penalización.

D.- Que, conforme el contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, de acuerdo al contratista, el servicio sería ejecutado según la FICHA TÉCNICA DEFINITIVA. Además, el consorcio considera que, conforme la ficha técnica definitiva, no existiría incumplimiento sobre la cantidad de equipos requeridos para realizar el servicio.

- 5.34. En este punto el consorcio advierte que, conforme las ACTAS DE CONSTATAION FISICA DE MAQUINARIAS DE EQUIPOS de fechas 27 de diciembre de 2017, 3 de enero de 2018, 18 de enero de 2018, efectuada por el juez de Paz de primera nominación la localidad de Illimo, el contratista cumple con utilizar el equipo mínimo para el cumplimiento conforme la ficha técnica definitiva aprobada por la Entidad.

- 5.35. El contratista indica que el EQUIPO MINIMO A UTILIZARSE PARA EL CUMPLIMIENTO DEL SERVICIO, aprobado por la Entidad era de;
- 40 Tractores sobre Oruga, de 300 HP
 - 20 Excavadoras sobre orugas 170 Hp
 - 10 Cargadores Frontales 170 Hp
 - 30 Volquetes 6 x 4 de 15 m3
- 5.36. Sin embargo, el consorcio precisa que, pone en servicio para una mayor aceleración del servicio
- 50 Tractores sobre Oruga, de 300 HP
 - 25 Excavadoras sobre orugas 170 Hp
 - 10 Cargadores Frontales 170 Hp
 - 40 Volquetes 6 x 4 de 15 m3
- 5.37. Por lo cual, el consorcio precisa que, al ser el servicio a Precios Unitarios, solo la entidad pagaría los metrajes efectivamente realizados, por lo cual, según el consorcio, no se podría considerar que existió una menor cantidad de maquinaria y equipos utilizados, máxime si se cumplió con la finalidad pública del servicio.
- 5.38. En este aspecto, el consorcio considera que la aplicación de otras penalidades por no proveer la maquinaria ofrecida, no tendría asidero, ya que el servicio debía ejecutarse conforme la ficha técnica definitiva, y como estaría probado, no existiría incumplimiento de maquinaria conforme lo estipulado en la ficha técnica definitiva que se corrobora con la constatación de maquinaria y equipos a través de las Actas de Constatación Física de Maquinarias de Equipos de fechas 27 de diciembre de 2017, 3 de enero de 2018, y 18 de enero de 2018, efectuada por el juez de Paz de primera nominación la localidad de Illimo.
- 5.39. Por tal motivo, según el consorcio, la supervisión del servicio, no efectuó ninguna observación de maquinaria en la realización del servicio, ni realizo en dichas oportunidades un informe de mora por otras penalidades.

- 5.40. Por ello, la parte demandante considera que este extremo de la demanda arbitral, debe ser declarada FUNDADA y por ende se debería ordenar a la Entidad cumpla con pagarles el saldo puesto a cobro ascendente a la suma de S/. 2`136,817.34.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- 5.41. Adicionalmente a lo antes mencionado, el consorcio solicita que el PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES-PSI, les reembolse las costas y costos Arbitrales en los cuales podrían incurrir durante el desarrollo del presente arbitraje, y que también se declare expresamente la condena en el Laudo.
- 5.42. En base a ello, el consorcio considera que, habiendo demostrado que las pretensiones formuladas corresponden ser amparadas, solicitan al Tribunal Arbitral que ordene a la Entidad el pago de los gastos arbitrales que se generen durante el proceso, así como los gastos incurridos por el Contratista para su defensa en el arbitraje.
- 5.43. Respecto a costas y costos, el consorcio 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.
- 5.44. Asimismo, el consorcio 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.

- 5.45. 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,
- 5.46. Por consiguiente, el consorcio manifiesta que debería considerarse 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.
- 5.47. En consecuencia, respecto de la tercera pretensión planteada, el consorcio considera que corresponde que la misma sea declarada FUNDADA.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- 5.48. Adicionalmente, el contratista solicita que el Tribunal Arbitral ordene al PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES-PSI, realice la devolución de la garantía de Fiel cumplimiento del contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, ascendente a S/. 2` 129,268.93) que fue parte de la firma del contrato.
- 5.49. En base a ello, al ser declarada fundada la pretensión tercera de la demanda, el consorcio considera que también correspondería declarar FUNDADA esta pretensión, y por su efecto que se ordene a la Entidad realice la devolución de la garantía de Fiel cumplimiento del contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, ascendente a S/. 2` 129,268.93) que fue parte de la firma del contrato.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

- 5.50. Por último, la parte demandante señala que, a fin de poder postular y acumular nuevas prestaciones que se deriven de los actos ejecutados por la Entidad con

posterioridad a la resolución de contrato, se reservan el derecho de ampliar su petitorio y acumular nuevas pretensiones.

Posición del demandado:

Con escrito de fecha 04 de octubre de 2019, la entidad presentó su escrito de contestación de demanda señalando lo siguiente:

- 5.51. El 13.12.2017 el Programa Subsectorial de Irrigaciones-PSI y la empresa American Contratistas Generales S.A.C. suscribieron el Contrato N° 149-2017-MINAGRI-PSI para la “Contratación del Servicio de Elaboración de Ficha Técnica Definitiva y Descolmatación del Cause del Rio La Leche Tramo I” por un monto total de S/. 21’292,689.21 (Veintiún mil doscientos noventa y dos mil seiscientos ochenta y nueve con 21/100 soles).
- 5.52. Asimismo, la entidad señala que se estableció en la Cláusula Quinta de dicho contrato que el Plazo de Ejecución era de treinta (30) días calendario, dispuestos de la siguiente forma:
 - Cinco (05) días calendario para la elaboración de la FTD.
 - Dos (02) días calendario para la validación de la FTD por la Autoridad Nacional del Agua (ANA).
 - Veintitrés (23) días para la ejecución de la actividad.
- 5.53. El 03.01.2018 se suscribió el Contrato N° 001-2018-MINAGRI-PSI entre La Entidad y el Consorcio Supervisor Rio La Leche por un monto total de S/. 218, 584.62 (Doscientos dieciocho mil quinientos ochenta y cuatro con 62/100 soles) para la contratación de la Supervisión del Servicio de Elaboración de la Ficha Técnica Definitiva y S/. 405, 942.16 (Cuatrocientos cinco mil novecientos cuarenta y dos con 16/00 soles) para la Supervisión de la Ejecución de la Descolmatación.
- 5.54. Asimismo, la entidad indica que, mediante Carta N° 327-2018-MINAGRI-PSI-DIR del 15.02. 2018 la Dirección de Infraestructura de Riego – DIR comunicó a la empresa American Contratistas Generales S.A.C la aprobación de la Ficha

Técnica del Servicio de Elaboración de Ficha Técnica Definitiva y Descolmatación del Cauce del Río La Leche Tramo I.

- 5.55. En base a esto, la entidad precisa que, mediante Memorando N° 794-2018-MINAGRI-PSI-DIR del 26.02.2018 la Dirección de Infraestructura de Riego dio la conformidad de pago, sustentado en el Informe N° 798-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS de la Oficina de Supervisión y el Informe N° 028-2018-JCR del Especialista en Seguimiento y Monitoreo, remitiendo a la Oficina de Administración y Finanzas la conformidad de pago por la elaboración de la Ficha Técnica Definitiva.
- 5.56. Adicionalmente, la parte demandada indica que, mediante Comprobante de Pago N° 2018-01130 del 01.03.2018 el Jefe de Tesorería procedió con la cancelación de S/. 176,737.73 (Ciento setenta y seis mil setecientos treinta y siete con 73/100 soles) a favor de la empresa American Contratistas Generales S.A.C. por concepto de elaboración de la FTD.
- 5.57. Asimismo, la entidad establece que, mediante Carta N° 033-2018-A.C.G.D.R.L. recibida el 11.04.2018 el contratista remitió a la entidad el descargo de las situaciones adversas detectadas por la Contraloría Regional de Chiclayo, de acuerdo a lo solicitado por la Dirección de Infraestructura de Riego según Carta N° 528-2018-MINAGRI-PSI-DIR.
- 5.58. En base a ello, la entidad precisa que, mediante Informe N° 0040-2018-MINAGRI-PSI-OGZ-CH recibida el 27.08.2018, la Oficina de Gestión Zonal Chiclayo remitió a la Dirección Ejecutiva del PSI, el Acta de Recepción de la Actividad.
- 5.59. Dentro de este orden, la entidad indica que, mediante Carta N° 072-2018-CSRT-RL recibida el 30.10.2018 la Supervisión Presentó a la Entidad el conforme complementario al informe final y valorización única del servicio.
- 5.60. La entidad manifiesta que, mediante Resolución Directoral N° 350-2018-MINAGRI-PSI del 20.09.2018 se aprobó la modificación contractual en conformidad con la Aprobación de la Ficha Técnica Definitiva.

- 5.61. El 29.10.2018 se suscribió la Adenda N° 01 al Contrato N° 149-2018-MINAGRI-PSI, a través de la cual la Entidad y el Congresista acuerdan modificar el tenor de la Cláusula Tercera del Contrato, conforme al siguiente detalle:
- Elaboración de la Ficha Técnica Definitiva: S/. 252,482.48
 - Descolmatación del cause del rio La Leche Tramo I: S/. 21'025,518.64
 - Monto Total del Servicio: S/. 21'278,001.12
- 5.62. La entidad indica que, mediante Resolución Directoral N° 350-2018-MINAGRI-PSI del 20.09.2018 se aprueba la modificación contractual en conformidad con la aprobación de la Ficha Técnica Definitiva.
- 5.63. Asimismo, la entidad precisa que, mediante Memorandum N° 5871-2018-MINAGRI-PSI-DIR del 26.11.2018 la Dirección de Infraestructura de Riego en conformidad con el Informe N° 5360-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS de la Oficina de Supervisión de la Dirección de Infraestructura de Riego y los Informes N° 087-21018-PLCHS, N° 203-2018-JCR y N° 196-2018-JCR, se recomendó a la Oficina de Administración y Finanzas, continuar con el trámite de pago a favor del contratista.
- 5.64. Además, la entidad señala que, mediante Comprobante de Pago N° 2018-06825 del 03.12.2018 el Jefe de Tesorería tramitó el pago por concepto de Valorización Única por un monto facturado de S/. 11'533,246.89 soles, incluido el IGV, del cual se aplicó la penalidad de S/. 2'136,817.34 soles.

- 5.65. Cabe precisar que mediante Carta N°1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR del 07 de diciembre de 2018, el Director de la Infraestructura de Riego, ingeniero Jorge Leonidas Lizárraga Medina, comunica al señor Rolando Felipe Carrasco Mejia, quien es representante legal de American Contratistas Generales SAC, la conformidad de la última prestación (Valorización Única), acompañando los documentos de la Dirección de Infraestructura de Riego, conforme me aprecia en los documentos de la referencia d) y e), el Memorándum N° 5871-2018-MINAGRI-PSI-DIR del 26.11.2018 y el Informe N° 5360-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS de la Oficina de Supervisión, respectivamente.
- 5.66. Respecto a la demanda arbitral emitida por el contratista, la entidad considera que se realizó una serie de afirmaciones que no se condicen con la verdad, por lo que considera pertinente, antes de emitir pronunciamiento respecto de cada una de las pretensiones planteadas, referirse a dichas aseveraciones a fin de desvirtuarlas.
- 5.67. De este modo, la entidad considera que en el punto 4.1.1 del “Proceso de selección que da origen al contrato” (del escrito de demanda) resulta posible advertir que el Contratista pretende cuestionar la aplicación de las otras penalidades, señalando:

“(…)

En este punto, puede advertirse que, al ser las otras penalidades verificables durante la etapa de ejecución, para tomar acciones preventivas, esto es la comunicación oportuna al proveedor para las acciones correctivas, dicho procedimiento no está determinado en las bases, sólo se consigna el área que verificará el supuesto de aplicación de esta penalidad, en este caso el informe de supervisión o de la DIR.

Por el tipo de procedimiento (Contratación Directa) donde no se establece una fase para la realización de cuestionamientos, sea a través de consulta u observaciones, nuestra representada no pudo realizar consultas u observaciones sobre el procedimiento y la forma de contradecir las penalidades, ni los plazos de ejecución y de descargo de

penalidad por conceptos diferentes a mora en la ejecución de la prestación.

(...)

Así, en los documentos del procedimiento de selección podían establecerse penalidades distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, siempre y cuando estas otras penalidades fueran objetivas, razonables, congruentes, y proporcionales con el objeto de la contratación. Adicionalmente, estas penalidades debían incluir: i) los supuestos de aplicación de penalidad; ii) forma de cálculos de la penalidad por cada supuesto; y iii) el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a analizar, siendo tales requisitos necesarios para la aplicación de penalidad”.

- 5.68. De acuerdo a lo mencionado anteriormente, la entidad considera que la cláusula décimo tercera del contrato regula la imposición de las “Otras Penalidades”, verificándose aspectos o presupuestos tales como: i) Supuesto de aplicación de penalidad; ii) Forma de cálculo; iii) Procedimiento.
- 5.69. Asimismo, la entidad manifiesta que, respecto a que las otras penalidades deben ser objetivas, razonables, congruentes, y proporcionales con el objeto de la contratación, señala que todas estas características resultan verificables de la simple lectura y revisión del contrato, donde la entidad considera que no se ajusta a la verdad lo señalado por el demandante.
- 5.70. En base a ello, la entidad indica que en el punto 4.2 “De la Ejecución del Contrato N° 0149-2017-MINAGRI-PSI” señala que el demandante precisa:

“(…) Oportunamente nuestra representada presenta la ficha técnica definitiva, siendo aprobada por la Entidad y notificada al contratista en fecha 28 de diciembre de 2017, mediante Carta N° 057-2017-MINAGRI-PSI-OGZ-CHM que adjuntamos como anexo 5.

Es de notar que la ficha técnica definitiva fue presentada dentro del plazo contractual de siete días calendarios y la misma define la forma y modo de ejecución del servicio.

(...)

En fecha 29 de diciembre de 2017, se inicia la ejecución del servicio (...)

5.71. Respecto a lo señalado anteriormente, la entidad indica que el inicio de la ejecución del servicio fue el 27.12.2017, es decir al día siguiente de la comunicación de la Validación de la Ficha Técnica Definitiva por parte del Jefe de la Oficina de Gestión Zonal Norte mediante Carta N° 057-2017-MINAGRI-PSI-OGZ-CH del 26.12.2017.

5.72. En base a ello, la entidad manifiesta que el hecho descrito en el párrafo anterior se verifica también con el Acta de Recepción de la Actividad, documento que, según el demandado, fue debidamente suscrito por el representante legal de la empresa American Contratistas Generales S.A.C.

5.73. Con relación a lo anteriormente mencionado, la entidad argumenta que resulta posible afirmar que la entidad no aprobó la Ficha Técnica Definitiva el 28.12.2017 sino el 15.02.2018 mediante Carta N° 327-2018-MINAGRI-PSI-DIR.

Sobre la primera y segunda pretensión principal

5.74. Respecto al primer y segundo informe, la entidad hace mención al Informe de Control Concurrente N° 100-2018-CG/CORECH-CC, señalando lo siguiente:

“(...) Situación Adversa 02:

La Entidad no adoptó las acciones orientadas a que el contratista ejecute los servicios contratados con la totalidad de la maquinaria ofertada generando que las labores de prevención de desastres no concluyan oportunamente, exponiendo a la población ante la ocurrencia de otro fenómeno natural. (...)”

5.75. Además, con relación al mismo informe, la entidad precisa:

Cuadro N° 01 tipo de maquinaria requerido en las bases

Tipo de maquinaria y equipo mínimo requerido en las bases integradas

Tipo de maquinaria y equipo	Potencia	Capacidad	Cantidad
Camioneta Pick Up 4*4	≥ 100 HP	≥ C.U. 0.8 T	3
Tractor de Orugas	≥ 300 HP		80
Excavadora sobre orugas	≥ 170 HP		5
Camion Volquete	≥ 15 M3		5
Estación Total (incluye prismas)			5
Nivel (Incluye Miras)			5
Equipo de Drones con GPS			1

Fuente: Términos de referencia

Cuadro N° 02 Cantidad de maquinaria ofertada por el contratista

Cantidad de maquinaria y equipo ofertados por el contratista

Tipo de maquinaria y equipo	Potencia	Capacidad	Cantidad
Camioneta Pick Up 4*4	≥ 100 HP	≥ C.U. 0.8 T	6
Tractor de Orugas	≥ 300 HP		128
Excavadora sobre orugas	≥ 170 HP		10
Camion Volquete			5
Estación Total (incluye prismas)			5
Nivel (Incluye Miras)			7
Equipo de Drones con GPS			2

enero del 2018				
Tipo de maquinaria y equipo	Cantidad Ofertada	Encontrada	Faltante	Faltante
Camioneta Pick Up 4*4	6	3	3	19 de diciembre de 2017
Tractor de Orugas	116	4	112	
Excavadora sobre orugas	10			
Camion Volquete	5			
Estación Total (incluye prismas)	5			
Nivel (Incluye Miras)	7			
Equipo de Drones con GPS	2			
Tipo de maquinaria y equipo	Cantidad Ofertada	Encontrada	Faltante	Faltante
Camioneta Pick Up 4*4	6			20 de diciembre de 2017
Tractor de Orugas	116	6	110	
Excavadora sobre orugas	10	5	5	
Camion Volquete	5			
Estación Total (incluye prismas)	5			
Nivel (Incluye Miras)	7			
Equipo de Drones con GPS	2			
Tipo de maquinaria y equipo	Cantidad Ofertada	Encontrada	Faltante	Faltante
Camioneta Pick Up 4*4	6			22 de diciembre de 2017
Tractor de Orugas	116	6	110	
Excavadora sobre orugas	10	5	5	
Camion Volquete	5			
Estación Total (incluye prismas)	5			
Nivel (Incluye Miras)	7			
Equipo de Drones con GPS	2			
Tipo de maquinaria y equipo	Cantidad Ofertada	Encontrada	Faltante	Faltante
Camioneta Pick Up 4*4	6	3	3	04 de enero 2018
Tractor de Orugas	116	13	103	
Excavadora sobre orugas	10	10	0	
Camion Volquete	5	27	-22	
Cargador Frontal	0	4	-4	
Estación Total (incluye prismas)	5	5	0	
Nivel (Incluye Miras)	7	3	4	
Equipo de Drones con GPS	2	0	2	

5.76. Adicionalmente, la entidad manifiesta que el inicio de Actividades se produjo recién el 27.12.2017, acreditándolo en el contenido de las Cartas N° 057-2117-MINAGRI-PSI-OGZ-CH y N° 058-2117-MINAGRI-PSI-OGZ-CH del 26.12.2017, no resultaría posible afirmar que corresponde la aplicación de penalidades por los días 19,20 y 22 de diciembre del 2017.

- 5.77. En base a lo anteriormente mencionado, la entidad sostiene que resultaría posible afirmar que sí corresponde aplicar las penalidades por el día 04.01.2018, ya que el inicio del servicio fue comunicado a la entidad el 27.12.2017.
- 5.78. Asimismo, la entidad señala, a modo de cálculo de penalidades, un cuadro que forma parte del Informe de Control N° 100-2018-CG/CORECH-CC, el cual indica:

Cuadro N° 04, Maquinaria y Equipo trabajando el 04 de enero del 2018, como único día que debe aplicarse la penalidad, ya que, el inicio del servicio comunicado por la Entidad es el 27 de diciembre del 2017.

Tipo de maquinaria y equipo	Cantidad Ofertada	Encontrada	Faltante	Faltante
Camioneta Pick Up 4*4	6	3	3	04 de enero 2018
Tractor de Orugas	116	13	103	
Excavadora sobre orugas	10	10	0	
Camion Volquete	5	27	-22	
Cargador Frontal	0	4	-4	
Estación Total (Incluye prismas)	5	5	0	
Nivel (Incluye Miras)	7	3	4	
Equipo de Drones con GPS	2	0	2	

Fuente: Informe de Control Concurrente N° 100 – 2018 – CG/CORECH – CC

- 5.79. En base a esto, la entidad sostiene que se detectó que el contratista no cumplió con presentar en obra la totalidad de las maquinarias ofertadas, la entidad considera que sí correspondía la aplicación de penalidades, basándose en la Cláusula Décimo Tercera del contrato, por tal motivo, para efectos de calcular las penalidades, presenta el siguiente cuadro:

Cuadro N° 05, Penalidad aplicada por falta de Maquinaria trabajando el 04 de enero del 2018,

Item	Supuesto de Aplicación de Penalidad	Monto Contractual (A)	Factor (B)	Penalidad Diaria (A*B)	N° días (C)	N° Maquinarias/día (D)	Total (C*D)	Monto (E/.) (A*B*C*D)
2	No cumple con proveer el personal o maquinaria ofrecida o en las condiciones ofrecidas, en su propuesta o que esta última no se encuentre 100% operativa	21,292,689.21	0.001	21,292.69	1.00	103.00	103.00	2,193,166.99

Fuente: Elaboración propia

- 5.80. Por tal motivo, el demandado afirma que se han demostrado correctamente la aplicación de las penalidades por parte de la entidad, señalando que el contratista tiene conocimiento que dichas penalidades pertenecen al rubro de “otras

penalidades”, por la suma de S/. 2’136,817.34 (Dos millones ciento y treinta y seis mil ochocientos diecisiete con 34/100 soles).

5.81. Cabe indicar que en los medios probatorios acompañados por la Entidad obran, entre otros, los siguientes documentos:

- Carta N°1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR del 07 de diciembre de 2018, el Director de la Infraestructura de Riego, ingeniero Jorge Leonidas Lizárraga Medina, comunica al señor Rolando Felipe Carrasco Mejia, quien es representante legal de American Contratistas Generales SAC, la conformidad de la última prestación (Valorización Única), señalando como documentos de la referencia d) y e), el Memorándum N° 5871-2018-MINAGRI-PSI-DIR del 26.11.2018 la Dirección de Infraestructura de Riego y el Informe N° 5360-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS de la Oficina de Supervisión, respectivamente.
- Informe N°5360-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS del 26 de noviembre de 2018, elaborado por el Jefe de la Oficina de Supervisión, ingeniero Percy Alfredo Flores Flores, dirigido al Ingeniero Jorge Leonidas Lizarraga Medina, Director de la Dirección de Infraestructura de Riego del Programa Sub Sectorial de irrigaciones, en el cual se concluye que corresponde aplicar penalidad por mora y otras penalidades.
- Informe N°086-2018-PLCHS, del ingeniero Pedro Chimoy Samamé, , dirigido al Ingeniero Jorge Leonidas Lizarraga Medina, Director de la Dirección de Infraestructura de Riego del Programa Sub Sectorial de irrigaciones, con atención al ingeniero Jefe de la Oficina de Supervisión, ingeniero Percy Alfredo Flores Flores, donde se recomienda aplicar penalidad por mora y otras penalidades

5.82. Dentro de este orden de ideas, la entidad hace referencia al Artículo 132 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señalando que el mismo habilita a la entidad para establecer penalidades distintas a la penalidad por mora

en la ejecución de las prestaciones objeto de la contratación, estableciendo que las penalidades deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria (el objeto del contrato); siendo que el cumplimiento de estas características, según la entidad, se pueden observar en el propio contrato.

5.83. De acuerdo a lo señalado anteriormente, la entidad considera que la tipificación de “otras penalidades” a las que hace alusión el demandante en su escrito de la demanda, se encontraría especificada en la Cláusula Décimo Tercera del contrato, en el cuadro denominado “Otras Penalidades” en el que se consigna: i) El supuesto de aplicación de penalidad, ii) La forma de cálculo; y, iii) El procedimiento para su aplicación.

5.84. Por tal manera, la entidad manifiesta que los supuestos de aplicación de “otras penalidades” se formularon respetando los criterios establecidos en el marco legal y también su aplicación, razón por la cual, la entidad considera que las dos pretensiones principales (Primera y Segunda) deberían ser declaradas Infundadas en la oportunidad que corresponda.

Sobre la tercera pretensión principal

5.85. Ahora bien, en lo que respecta a la tercera pretensión principal, el demandando considera que las pretensiones anteriores carecerían de sustento, por lo que no deberían ser amparadas por el Tribunal Arbitral, por tal motivo, la entidad señala que quien debería asumir los costos que genere el proceso arbitral, sería la parte demandante.

Sobre la cuarta pretensión principal

5.86. Dentro de este orden de ideas, la parte demandada señala que, respecto a la devolución solicitada por el contratista, de acuerdo a lo pactado en la Cláusula Séptima del Contrato N° 149-2017-MINAGRI-PSI, la Garantía de Fiel Cumplimiento debería mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final, donde indica que este hecho aún no habría sucedido, razón por la cual la entidad considera que se debería declarar infundada esta pretensión.

5.87. Además, la entidad sostiene que, en tanto existan controversias como la presente relacionada al contrato garantizado, la garantía debería ser vigente, es decir, en poder de la entidad, por tal motivo, la parte demandada señala que la pretensión de su contraparte carece de sustento.

6. POSICIÓN DEL SUSCRITO

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al suscrito 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

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

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 04 de febrero 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 DECLARAR LA INVALIDEZ, INEFICACIA O NULIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA PENALIDAD AL CONTRATO N° 0149-2017-MINAGRI-PSI, POR EL CONCEPTO DE OTRAS PENALIDADES, POR EL IMPORTE DE S/. 2,136,817.34 (DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS DIECISIETE CON 34/100 SOLES), DISPUESTO EN LA CARTA N° 1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR

- 6.1. En relación con este primer punto controvertido, que en realidad es el núcleo de toda la controversia, respecto a las penalidades que el PSI habría aplicado al Consorcio.
- 6.2. Se tiene como hechos del caso que con fecha 13 de diciembre de 2017 las partes suscribieron el contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, deriva del proceso de Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI, contratación que se realizó 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.
- 6.3. El Contrato tiene como finalidad el Servicio de elaboración de Ficha Técnica Definitiva y Descolmatación del Cause del Río La Leche tramo I, por el monto de S/. 21,292,689.21 (Veintiún millones doscientos noventa y dos mil seiscientos ochenta y nueve con 21/100 soles) que debía ejecutarse en un plazo total de 30

días calendarios, los mismos que se dividen en 7 días calendario para la elaboración de la Ficha Técnica Definitiva y 23 días calendarios para la Ejecución de Actividades.

6.4. La Entidad, mediante los siguientes documentos sigue el procedimiento de aplicación de penalidad:

- Carta N° 1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR, el PSI informa al Consorcio la aplicación de penalidades por el concepto de “Otras Penalidades” por el importe de S/. 2,136,817.34.
- Memorando 5871-2018 - MINAGRI-PSI-DIR de la Dirección de Infraestructura de Riego.
- Informe N°5360-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS del 26 de noviembre de 2018, elaborado por el Jefe de la Oficina de Supervisión, ingeniero Percy Alfredo Flores Flores, dirigido al Ingeniero Jorge Leonidas Lizarraga Medina, Director de la Dirección de Infraestructura de Riego del Programa Sub Sectorial de irrigaciones, en el cual se concluye que corresponde aplicar penalidad por mora y otras penalidades.
- Informe N°086-2018-PLCHS, del ingeniero Pedro Chimoy Samamé, , dirigido al Ingeniero Jorge Leonidas Lizarraga Medina, Director de la Dirección de Infraestructura de Riego del Programa Sub Sectorial de irrigaciones, con atención al ingeniero Jefe de la Oficina de Supervisión, ingeniero Percy Alfredo Flores Flores, donde se recomienda aplicar penalidad por mora y otras penalidades

6.5. En ese sentido, se aprecia que la Entidad siguió el Procedimiento establecido para las Penalidades, aplicándosele y comunicando ello al Contratista mediante Carta N°1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR del 07 de diciembre de 2021.

6.6. Es pertinente indicar que el Contratista no ha podido hasta la fecha señalar las razones por las cuáles los documentos contenidos no expresan una situación de hecho acreditada en el Informe de Control realizado por la Contraloría General de la República.

- 6.7. Ahora bien, el suscrito considera que es necesario definir, de conformidad con las normas aplicables y las opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, los tipos de penalidades existentes, sus definiciones y los requisitos que se han establecido para cada una de ellas.
- 6.8. Al respecto, los artículos 132°, 133° y 134° del Reglamento de la Ley de contrataciones N° 30225 aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, señalan lo siguiente sobre las penalidades:

“Artículo 132. Penalidades

El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales a partir de la información brindada por el área usuaria, las mismas que son objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

*La Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la **penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades**. Estos dos (2) 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.*

En el caso de obras, dentro de las otras penalidades que se establezcan en los documentos del procedimiento, incluyen las previstas en el capítulo VI del presente título.

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.

Artículo 133. Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

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:

Penalidad diaria = 0.10 x monto vigente F x 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

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

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.

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.

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.

Artículo 134. Otras penalidades

*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, **incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de***

cálculo de la 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.”

- 6.9. Y al respecto, la Dirección Técnico Normativa del OSCE no ha dejado de desarrollar lo referente a la materia de penalidades, de acuerdo con lo señalado en la Opinión N° 061-2018/DTN² del OSCE, donde señala lo siguiente

*“En esa medida, se advierte que las penalidades que prevé la normativa de contrataciones del Estado, son: i) la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”; y, ii) **“otras penalidades”**; las cuales se encuentran reguladas conforme a lo establecido en los artículos 133 y 134 del Reglamento, respectivamente.*

Adicionalmente, cabe precisar que la finalidad de establecer dichas penalidades es desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que le hubiera causado tal incumplimiento o retraso en la ejecución de las prestaciones a su cargo.”

- 6.10. En base a esto, podemos establecer ciertas conclusiones en relación a la diferencia de la naturaleza y tratamiento con el cual deben abordarse ambas penalidades, centrándonos por tanto en el tipo de penalidad que nos importa para el presente caso: las “otras penalidades”; las cuales son aquellas de naturaleza distinta a la mora, y que pueden abarcar cualquier supuesto que haya sido regulado en las Bases, de acuerdo al tipo de objeto materia de contratación en el procedimiento de selección,

- 6.11. No obstante la libertad que poseerían las Entidad para la definición de los supuestos pasibles de ser calificados como “Otras Penalidades”, estas deben ser objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; y tal como se expresa de forma literal en el artículo 134 antes citado,

² SEMINARIO ZAVALA, PATRICIA (2018). OPINIÓN N° 061-2018/DTN. Dirección Técnica Normativa del OSCE.

la regulación o explicación de la penalidad, **debe incluir con claridad los supuestos de aplicación de penalidad** (distintas al retraso o mora), **la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.**

- 6.12. En ese sentido, y siendo la regulación de las Otras Penalidades, una que suficientemente puede analizarse, para su aplicación al presente caso, tenemos que, de acuerdo a lo señalado por las partes, se han aplicado penalidades del tipo “Otras Penalidades” durante la ejecución del Contrato, debido a que la entidad considera que el contratista no cumplió con proveer el personal o maquinaria ofrecida en su propuesta o que esta última no se encuentre 100% operativa en el día 04 de enero de 2018.
- 6.13. Es preciso señalar que tanto las Bases en el inciso 16 de los Términos de Referencia del proceso de Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI, como la Cláusula Décimo Tercera del Contrato 149-2017-MINAGRI-PSI, recogen lo referido a las penalidades.
- 6.14. Asimismo, el Contratista al suscribir el Contrato 149-2017-MINAGRI-PSI, dio su aceptación al contenido y procedimiento de las penalidades contenido en dicho documento, así como a lo establecido en las Bases materia de la Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI, por lo que ambas partes, dieron su aceptación expresa a los (i) Supuestos de aplicación de penalidad, (ii) Forma de Cálculo y (iii) Procedimiento.
- 6.15. En ese sentido, no se puede discutir la plena voluntad de las partes de seguir y aplicar las reglas establecidas para la aplicación de penalidades.
- 6.16. De acuerdo a todo lo señalado anteriormente, correspondería realizar el respectivo análisis sobre la forma y fondo de la penalidad aplicada por la entidad, en vista de poder determinar si es válida o no.

6.17. En primer lugar, lo que respecta a **la forma** de la penalidad aplicada al contratista por parte de la entidad, la parte demandada argumenta que la Entidad mediante Informe de Control Concurrente N° 100-2018-CG/CORECH-CC habría calificado que el consorcio no cumplió con lo establecido en el inciso 16 de los Términos de Referencia de las Bases del proceso de Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI, específicamente con el punto 2 respecto a los supuestos de Otras Penalidades, señalando el siguiente cuadro:

N°	Supuestos de aplicación de penalidad	Forma de cálculo	Procedimiento
1	Cuando el contratista cambie al personal propuesto sin contar con la autorización previa de la Entidad, excepto en Caso Fortuito o Fuerza Mayor, debidamente acreditado.	= 1*UIT Por cada cambio de personal.	Según informe de la Supervisión o de la DIR.
2	No cumple con proveer el personal o maquinaria ofrecida o en las condiciones ofrecidas, en su propuesta o que esta última no se encuentre 100% operativa.	= 0.001*M Por cada día de incumplimiento y por cada personal y/o maquinaria	Según informe de la Supervisión o de la DIR.

6.18. Y asimismo, de acuerdo al Informe de Control N° 100-2018-CG/CORECH-CC, sí resultaría posible aplicar la penalidad debido a que el contratista no cumplió con presentar la totalidad de las maquinarias ofertadas, de acuerdo a lo que precisan en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 04, Maquinaria y Equipo trabajando el 04 de enero del 2018, como único día que debe aplicarse la penalidad, ya que, el inicio del servicio comunicado por la Entidad es el 27 de diciembre del 2017.

Tipo de maquinaria y equipo	Cantidad Ofertada	Encontrada	Faltante	Faltante
Camioneta Pick Up 4*4	6	3	3	04 de enero 2018
Tractor de Orugas	116	13	103	
Excavadora sobre orugas	10	10	0	
Camion Volquete	5	27	-22	
Cargador Frontal	0	4	-4	
Estación Total (incluye prismas)	5	5	0	
Nivel (Incluye Miras)	7	3	4	
Equipo de Drones con GPS	2	0	2	

Fuente: Informe de Control Concurrente N° 100 – 2018 – CG/CORECH – CC

6.19. En base a esto, la entidad señala el cálculo del monto de la penalidad que considera que ha incurrido el demandante, indicando lo siguiente:

Cuadro N° 05. Penalidad aplicada por falta de Maquinaria trabajando el 04 de enero del 2018,

Item	Supuesto de Aplicación de Penalidad	Monto Contractual (A)	Factor (B)	Penalidad Diaria (A*B)	N° días (C)	N° Maquinarias/ día (D)	Total (C*D)	Monto (S/.) (A*B*C*D)
2	No cumple con proveer el personal o maquinaria ofrecida o en las condiciones ofrecidas, en su propuesta o que esta última no se encuentre 100% operativa	21,292,689.21	0.001	21,292.69	1.00	103.00	103.00	2,193,186.99

Fuente: Elaboración propia

- 6.20. De acuerdo a lo mencionado anteriormente, corresponderá al Tribunal Arbitral, verificar y analizar si la penalidad por concepto de Otras Penalidades se aplicó de acuerdo al Artículo 134° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, anteriormente aplicado.
- 6.21. Si bien, la imputación por parte de la entidad hacia el contratista respecto al hecho de no presentar la cantidad de maquinarias pactadas, corresponde al segundo supuesto de “Otras Penalidades” que señala el inciso 16 de los Términos de Referencia de las Bases del proceso de Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI, específicamente en su numeral 2; y esta línea de ideas, correspondería analizar si dicha imputación cumple con los elementos requeridos para aplicar penalidades por concepto de Otras penalidades.
- 6.22. Dentro de la lógica legal que ha demarcado la normativa de Contrataciones del Estado antes citada, el OSCE, mediante su Opinión N° 131-2019/DTN³, establece una serie de elementos que permiten centrar para el caso concreto, el análisis respectivo a la calificación de penalidades por el concepto de Otras Penalidades, disponiendo lo siguiente:

“En esa medida, se desprende que la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos de selección la aplicación de “Otras

³ SEMINARIO ZAVALA, Patricia (2019). OPINIÓN N° 131-2019/DTN. Dirección Técnica Normativa del OSCE.

penalidades”, distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación; debiendo precisarse que para tal efecto, la Entidad deberá:

- i) Prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación;*
- ii) Definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora previsto en el artículo 162 del Reglamento;*
- iii) Delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y,*
- iv) **Establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.”***

Y hemos resaltado este literal de lo desarrollado por el OSCE, debido a que el artículo 134 así lo dispone, y es un primer aspecto de forma que debe verificarse para calificar la validez de la aplicación de la penalidad, pues el procedimiento es un requisito que debe ser claramente definido por las Bases, y cumplido por las partes:

Artículo 134. Otras penalidades

*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, incluyen** los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y **el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.***

- 6.23. Bajo esta perspectiva, si bien la entidad ha desarrollado los supuestos de Otras Penalidades aplicando (a criterio del suscrito) objetividad, razonabilidad, congruencia y proporcionalidad con el objeto de la prestación, ha definido y delimitado tanto la forma de cálculo de la penalidad que le correspondería en base a los supuestos que originan su aplicación, así como también el procedimiento para aplicarla.

6.24. En efecto, de acuerdo a lo indicado en el inciso 16 de los Términos de Referencia del proceso de Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI, como la Cláusula Décimo Tercera del Contrato 149-2017-MINAGRI-PSI, recogen lo referido a las penalidades el procedimiento de penalidades, el mismo que señala que es **“Según el informe de la Supervisión o de la DIR”**; disposición que dispone con claridad qué órgano o funcionario es el competente para realizar el **Procedimiento**

16. OTRAS PENALIDADES

Con el objeto de asegurar una mejor calidad de la ejecución de los trabajos; se establecen estas otras penalidades:

<i>Procedimiento</i>
<i>Según informe de la Supervisión o de la DIR.</i>

6.23 El suscrito considera que, ambas partes aceptaron el procedimiento a través del cual se aplicará la penalidad, así como bien ha sido mencionado en los hechos y antecedentes del caso, la entidad estaría aplicando penalidades por medio de los siguientes documentos, los mismos que fueron emitidos por la DIR y comunicados por ésta al Contratista en la Carta N° 1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR, con la cual el PSI informa al Consorcio la aplicación de penalidades por el concepto de “Otras Penalidades” por el importe de S/. 2,136,817.34.

6.24 Cabe indicar que además la DIR, realizó el procedimiento de Penalidades con los siguientes documentos:

- Carta N°1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR del 07 de diciembre de 2018, del 07 de diciembre de 2018, el Director de la Infraestructura de Riego, ingeniero Jorge Leonidas Lizárraga Medina, comunica al señor Rolando Felipe Carrasco Mejia, quien es representante legal de American Contratistas Generales SAC, la conformidad de la última prestación (Valorización Única), acompañando los documentos de la Dirección de Infraestructura

de Riego, conforme me aprecia en los documentos de la referencia d) y e), el Memorandum N° 5871-2018-MINAGRI-PSI-DIR del 26.11.2018 y el Informe N° 5360-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS de la Oficina de Supervisión, respectivamente.

- Memorando 5871-2018 - MINAGRI-PSI-DIR de la Dirección de Infraestructura de Riego.
- Informe N°5360-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS del 26 de noviembre de 2018, elaborado por el Jefe de la Oficina de Supervisión, ingeniero Percy Alfredo Flores Flores, dirigido al Ingeniero Jorge Leonidas Lizarraga Medina, Director de la Dirección de Infraestructura de Riego del Programa Sub Sectorial de irrigaciones, en el cual se concluye que corresponde aplicar penalidad por mora y otras penalidades.
- Informe N°086-2018-PLCHS, del ingeniero Pedro Chimoy Samamé, , dirigido al Ingeniero Jorge Leonidas Lizarraga Medina, Director de la Dirección de Infraestructura de Riego del Programa Sub Sectorial de irrigaciones, con atención al ingeniero Jefe de la Oficina de Supervisión, ingeniero Percy Alfredo Flores Flores, donde se recomienda aplicar penalidad por mora y otras penalidades.

6.25 Conforme se puede apreciar, los documentos fueron emitidos por la Dirección de Infraestructura de Riego del Programa Sub Sectorial de irrigaciones, así como por la Oficina de Supervisión, por lo que el Procedimiento de aplicación de otras penalidades que establecía que estas eran **“Según informe de la Supervisión o de la DIR”**, se cumplió en el presente caso.

6.26 En cuanto a los aspectos de fondo, es importante destacar que la penalidad es porque el contratista no cumplió con proveer el personal o maquinaria ofrecida en su propuesta o que esta última no se encuentre 100% operativa en dicha fecha, hechos que no han sido desvirtuado por el Contratista, toda vez que las Actas que éste acompaña del Juez de Paz de Primera Nominación de la Localidad de Illimo son de fecha distinta al 04 de enero de 2018.

6.27 Es pertinente acotar que los hechos contenidos en el **Informe de Control Concurrente**, son recogidos por la entidad en:

- (i) El Informe N°5360-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS del 26 de noviembre de 2018, elaborado por el Jefe de la Oficina de Supervisión, ingeniero Percy Alfredo Flores Flores, dirigido al Ingeniero Jorge Leonidas Lizarraga Medina, Director de la Dirección de Infraestructura de Riego del Programa Sub Sectorial de irrigaciones, en el cual se concluye que corresponde aplicar penalidad por mora y otras penalidades;
- (ii) El Informe N°086-2018-PLCHS, del ingeniero Pedro Chimoy Samamé, , dirigido al Ingeniero Jorge Leonidas Lizarraga Medina, Director de la Dirección de Infraestructura de Riego del Programa Sub Sectorial de irrigaciones, con atención al ingeniero Jefe de la Oficina de Supervisión, ingeniero Percy Alfredo Flores Flores, donde se recomienda aplicar penalidad por mora y otras penalidades y en el referido Informe de Control.

- 6.25. En ese sentido, respecto a la penalidad aplicada, la entidad cumplió, tanto en aspectos de fondo como de forma, con el procedimiento establecido en tanto las Bases en el inciso 16 de los Términos de Referencia del proceso de Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI, y la Cláusula Décimo Tercera del Contrato 149-2017-MINAGRI-PSI.
- 6.26. Es importante señalar que el Informe de Control Concurrente efectuado por la Contraloría, que, en ejercicio de sus competencias de control gubernamental, habría señalado que se encontraron observaciones al servicio prestado, abunda en la Tesis formulada por la Entidad respecto a la aplicación de las penalidades por el órgano competente de la entidad.
- 6.27. Respecto al Informe de Control Concurrente efectuado por la Controlaría, si bien su finalidad es la *“de acompañar a los gestores públicos y examinar de forma objetiva y sistemática, de principio a fin, los hitos o las actividades de un proceso o intervención en curso, con el propósito de identificar y comunicar oportunamente a la Entidad la existencia de situaciones adversas **para que esta las valore y***

adopte las medidas correctivas que garanticen el uso correcto y transparente de los fondos públicos en beneficio de los ciudadanos⁴.”

- 6.28. Tal como lo señala, la finalidad del Control Concurrente es la de informar a la Entidad de situaciones que adversas a fin de que se valore y se adopte las medidas correctivas necesarias a fin de mitigar dicha situación, medidas que el PSI a través de la Dirección de Infraestructura de Riego aplicó con el debido cálculo de penalidades.
- 6.29. De todo lo antes expuesto, el suscrito considera que el PSI habría cumplido con lo señalado en las Bases Administrativas del Servicio en el inciso 16 de los Términos de Referencia del proceso de Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI, y en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato 149-2017-MINAGRI-PSI, recogen lo referido a las penalidades
- 6.30. Por tanto, no existiendo un documento del Contratista que rebata los hechos expuesto por la Entidad, el suscrito es de la opinión de declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la parte demandante.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL PSI EFECTÚE EL PAGO A LA DEMANDANTE DEL IMPORTE DE S/. 2, 136,817.34 (DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS DIECISIETE CON 34/100 SOLES) POR EL CONCEPTO DE OTRAS PENALIDADES, A TRAVÉS DE LA CARTA N° 1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR

- 6.31. En lo que respecta a la Segunda Cuestión Controvertida, puesto que se trata de determinar si corresponde o no que el PSI efectúe el pago a la demandante por el importe de S/. 2,136,817.34 esto guarda estrecha relación con lo señalado por el suscrito respecto al Primer Punto Controvertido, debido a que ambos puntos controvertidos se refieren a la misma aplicación de Otras Penalidades.

⁴https://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/cgrnew/as_contraloria/prensa/notas_de_prensa/2020/lima/np_202-2020-cg-gcoc

- 6.32. Como se ha manifestado anteriormente, la Entidad siguió el Procedimiento establecido para la aplicación de las penalidades correspondientes en las que pudiera incurrir el contratista, en las que incurrió el demandante al no cumplir con proveer el personal o maquinaria ofrecida en su propuesta o que esta última no se encuentre 100% operativa el día 04 de enero de 2018.
- 6.33. Por lo tanto, al haberse señalado en la Primera Cuestión Controvertida que las penalidades aplicadas por la entidad hacia el contratista eran válidas por concepto de forma y fondo es que le correspondería a la entidad efectuar el pago de S/. 2,136,817.34 (Dos millones ciento treinta y seis mil ochocientos diecisiete con 34/100 soles) por el concepto de Otras Penalidades que fueron cobradas del monto pactado en el contrato.
- 6.34. De acuerdo a lo anteriormente señalado, correspondería declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la parte demandante.

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL PSI REEMBOLSE A LA DEMANDANTE LAS COSTAS Y COSTOS ARBITRALES EN LOS CUALES SE INCURRA DURANTE EL DESARROLLO DEL PRESENTE PROCESO

- 6.35. 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.

- 6.36. 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.
- 6.37. 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.
- 6.38. 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:
- 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
 - Las partes asuman los honorarios y gastos arbitrales en partes iguales.

CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL PSI REALICE LA DEVOLUCIÓN DE LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO N° 0149-2017-MINAGRI-PSI, ASCENDENTE A S/. 2,129,268.93 (DOS MILLONES CIENTO VEINTINUEVE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO CON 93/100) QUE FUE PARTE DE LA FIRMA DEL CONTRATO

- 6.39. Con relación a la Cuarta Cuestión Controvertida, respecto a la solicitud del demandante sobre la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento por parte del demandado, será necesario señalar cual es la naturaleza jurídica de la Garantía de Fiel Cumplimiento.

- 6.40. De acuerdo a esto, respecto a la naturaleza jurídica de la Garantía de Fiel Cumplimiento, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado hace mención a la función de las garantías⁵, 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.”

- 6.41. En ese sentido, respecto a 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:

“131.2. 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...”

- 6.42. En base a ello, son dos supuestos en donde cabe la posibilidad de que la entidad pueda mantener su derecho de posesión de las garantías, y por lo tanto ejecutarlas.

- 6.43. Con relación al primer supuesto respecto a que será necesario que la resolución contractual quede consentida por parte del contratista, el inciso 1 del Artículo 135

⁵ SEMINARIO ZAVALA, Patricia (2019). Opinión N° 001-2019/DTN. Dirección Técnico Normativa del OSCE.

del Reglamento de La Ley de Contrataciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF menciona lo siguiente respecto a las causales de resolución contractual:

“135.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista: a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; b) 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 c) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.”

6.44. En lo que se refiere el presente caso arbitral, la resolución contractual interpuesta por la entidad, de acuerdo a la Carta Notarial N° 0025-2019-MINAGRI-PSI-OAF, señala que el supuesto de la resolución consta de haberse cumplido con la acumulación del monto máximo de penalidades por concepto de otras penalidades, así como la determinación de penalidad por mora.

6.45. Asimismo, respecto al procedimiento de resolución del contrato, el cuarto párrafo del Artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF señala lo siguiente:

“(…)

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.

(…)”

6.46. Por tal motivo, al tratarse de una resolución contractual por el supuesto de acumulación máxima del monto de las penalidades, la entidad puede resolver el

contrato sin requerir que el contratista cumpla con ejecutar sus obligaciones contractuales.

- 6.47. Con relación a lo mencionado anteriormente, en lo que se refiere a los efectos de la resolución contractual, el tercer párrafo del Artículo 137 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF manifiesta lo siguiente:

“(…)

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida.”

(…)”

- 6.48. Dentro de este marco, se entiende que la resolución contractual por parte de la entidad quedaría consentida, en caso no se hubiera iniciado algún proceso conciliatorio o arbitral, sin embargo, el 25 de marzo de 2019 el consorcio presenta una solicitud de arbitraje en la que exige la invalidación y devolución del monto de penalidades cobradas por la entidad, lo cual guarda relación con el objeto principal de la resolución contractual.
- 6.49. Siendo para el suscrito, es correcta la aplicación de penalidades por concepto de otras penalidades que le fueron imputadas al consorcio.
- 6.50. En lo que se refiere al segundo supuesto requerido para la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento, en donde deberá existir un laudo arbitral que señale la validación de la resolución contractual, se hará el análisis correspondiente.
- 6.51. Si bien el contratista ha iniciado el proceso arbitral mediante su demanda presentada al Tribunal Arbitral, este no hace ninguna mención respecto a la invalidez de la resolución contractual dentro de sus pretensiones, por tal motivo, ya que el Tribunal Arbitral designado para este caso, no puede resolver en base a lo

que no se encuentra dentro de las pretensiones de la demanda, este Tribunal Arbitral no podrá emitir un laudo que señale la validez o invalidez de la resolución contractual, por lo tanto, este supuesto de ejecución de garantías no puede ser aplicado en este proceso.

- 6.52. Asimismo, respecto a la Cuarta Pretensión Principal que se desarrolla en este proceso arbitral, correspondería, en la aplicación de lo señalado por el inciso 1 del Artículo 126 del Reglamento de La Ley de Contrataciones del Estado, el cual se encuentra modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF, donde señala lo siguiente respecto a la Garantía de Fiel Cumplimiento:

“126.1. 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.”

- 6.53. En base a lo anteriormente mencionado, será necesario determinar si el presente caso hace alusión a lo establecido en el inciso 1 del Artículo 126 del Reglamento de La Ley de Contrataciones del Estado, en la medida de que pueda indicarse si el contrato celebrado por las partes concluye con la liquidación final correspondiente.
- 6.54. Ahora bien, el contratista precisa que, al haber obtenido la conformidad de la última prestación de acuerdo a lo señalado en la Carta N° 1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR la que contiene el Informe N° 206-2018-JCR, ya tendría el derecho legal para poder exigir la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento.
- 6.55. Sin embargo, de acuerdo al mismo Informe N° 206-2018-JCR, el cual precisa que es necesario obtener la conformidad de la última prestación para poder aplicar la Liquidación del Servicio y poder cobrarlo, de acuerdo a lo mencionado en la Resolución Ministerial N° 0374-2017-MINAGRI de fecha 20 de setiembre de 2017 respecto a lo mencionado en el Capítulo 6 sobre la Supervisión, Liquidación y Cierre

de las Actividades, los cuales pertenecen a los “Lineamientos para la ejecución de actividades de necesidad inmediata formulados por los gobiernos subnacionales”, el cual señala lo siguiente:

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.

- 6.56. Por tal motivo, en base a lo señalado por la Resolución Ministerial N° 0374-2017-MINAGRI, y de acuerdo a lo manifestado por ambas partes, el contratista, si bien cuenta con la conformidad de la última prestación, **no se llegó a realizar la Liquidación Final ni el cobro respectivo del mismo, por lo que se infiere que, al no existir la Liquidación Final de la ejecución de la prestación, el demandante no tendría la capacidad legal para poder exigir la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento**, lo cual permitiría que la entidad pueda mantener dicha garantía, de acuerdo a lo señalado por el inciso 1 del Artículo 126 del Reglamento de La Ley de Contrataciones del Estado.
- 6.57. En base a lo anteriormente mencionado, en opinión del suscrito correspondería al Tribunal Arbitral declarar **INFUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal de la demanda presentada por el consorcio.

Por las razones expuestas, el suscrito es de la Opinión de resolver de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Principal, en atención a los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal, en atención a los fundamentos expuestos en el presente Laudo.



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

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la Cuarta Pretensión Principal, en atención a los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

IVÁN ALEXANDER CASIANO LOSSIO

ÁRBITRO



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

Iván Alexander Casiano Lossio – Árbitro

Luis Fernando Villavicencio Benites - Secretario Arbitral

LAUDO ARBITRAL

En Lima, a los 27 días del mes de abril 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° 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 Demandante designó como árbitro a la abogada Rita Castro-Prinz Rodríguez, quien aceptó la designación. A su turno, la Entidad designó como árbitro al abogado Alexander Casiano Lossio, quien también acepto dicha aceptación.

Ambos árbitros así designados acordaron nombrar presidente del Tribunal Arbitral al abogado Juan Carlos Pinto Escobedo, quien aceptó tal designación el 7 de agosto de 2019.

3. Resumen de las principales actuaciones arbitrales:

- 3.1. Mediante Decisión N° 1, de fecha 9 de setiembre de 2019 se estableció el plazo para la presentación de los escritos de demanda, contestación, reconvencción y su contestación: diez (10) días hábiles.
- 3.2. Mediante Decisión N° 2, de fecha 17 de octubre de 2019, se admitió la demanda presentada por AMERICAN CONTRATISTAS GENERALES.
- 3.3. Mediante Decisión N° 3, de fecha 25 de noviembre de 2019, se admitió la contestación de la demanda presentada por PSI con conocimiento de la parte contraria.
- 3.4. Mediante Decisión N° 4, de fecha 30 de diciembre de 2019, se admitió la contestación de la reconvencción presentada con fecha 06 de diciembre de 2019 por AMERICAN y se tuvieron por ofrecidos los medios probatorios que sustenta su posición, con conocimiento del PSI.
- 3.5. Mediante Decisión N° 5, de fecha 22 de enero de 2020, se tuvo por variada, a partir del lunes 03 de febrero de 2020, la sede administrativa del presente arbitraje al nuevo local Institucional del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú sito en Calle Esquilache N° 371, piso 9, distrito de San Isidro.
- 3.6. Mediante Decisión N° 6, de fecha 04 de febrero de 2020, se determinó que las cuestiones controvertidas del presente arbitraje son las señaladas en el numeral 3) del análisis de la presente Decisión.
- 3.7. Mediante Decisión N° 7, de fecha 20 de febrero de 2020, se otorgó al PSI el plazo excepcional de tres (03) días hábiles, contados desde el día hábil siguiente de notificada la presente Decisión, a fin de que pudieran cumplir con la exhibición de la ficha técnica definitiva completa, presentada por AMERICAN CONTRATISTAS GENERALES S.A.C., en el marco del Contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI.

- 3.8. Mediante Decisión N° 8, de fecha 10 de marzo de 2020, se estableció que la audiencia única se celebraría el 20 de abril de 2020 y se citaría a las partes a la misma conforme al siguiente detalle:

Audiencia única	Fecha, hora y lugar
Audiencia de ilustración de hechos y sustentación de posiciones	20 de abril de 2020 a horas 3 p.m. en la sala 3, piso 5 del Edificio Esquilache ubicado en Calle Esquilache N° 371, San Isidro.

- 3.9. Mediante Decisión N° 9, de fecha 01 de julio de 2020, se determinó que la audiencia única, se llevó a cabo de forma virtual, circunstancia que fue oportunamente comunicada.

- 3.10. Mediante Decisión N° 10, de fecha 29 de julio de 2020, se estableció que la audiencia única se celebraría el 11 de setiembre de 2020 y se citó a las partes a la misma conforme al siguiente detalle:

Audiencia Única	Fecha, hora y lugar
Audiencia de ilustración de hechos y sustentación de posiciones.	11 de setiembre de 2020 a horas 10:00 a.m. , a través de la plataforma virtual Zoom conforme a las indicaciones que brindará la Secretaría Arbitral.

- 3.11. Mediante Decisión N° 12, de fecha 19 de octubre de 2020, se otorgó a PSI el plazo de tres (3) días hábiles a fin de que remita nuevamente todos los anexos señalados en su escrito i) de los antecedentes.

- 3.12. Mediante Decisión N° 13, de fecha 12 de noviembre de 2020, se dispuso el archivo de las pretensiones del PSI consignadas en su reconvención por falta de pago.

- 3.13. Mediante Decisión N° 14, de fecha 01 de diciembre de 2020, se declaró infundada la oposición formulada por AMERICAN CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. a los medios probatorios presentados por su contraparte.

- 3.14. Mediante Decisión N° 15, de fecha 12 de febrero de 2021, se fijó el inicio del plazo para emitir el laudo arbitral en cuarenta (40) días hábiles, contados desde el día

hábil siguiente de notificada la presente Decisión, el cual queda prorrogado desde ya, por un plazo de diez (10) días hábiles adicionales, de conformidad con el artículo 53° del Reglamento.

4. **SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES:**

4.1. Mediante Comunicación de Secretaría Arbitral de fecha 4 de setiembre de 2019 se efectuó la liquidación de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/.19,047.33 neto por cada árbitro
Gastos Administrativos del Centro	S/ 16,500.00 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 declarar la invalidez, ineficacia o nulidad de la aplicación de la penalidad al Contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, por el concepto de otras penalidades, por el importe de S/ 2, 136,817.34 (Dos millones ciento treinta y seis mil ochocientos diecisiete con 34/100 soles), dispuesto en la Carta N° 1735-2018 -MINAGRI-PSI-DIR.*

Segunda cuestión controvertida: *Que, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que el PSI efectúe el pago a la demandante del importe de S/ 2'136,817.34 (Dos millones ciento treinta y seis mil ochocientos*

diecisiete con 34/100 soles) por el concepto de otras penalidades, a través de la Carta N° 1735-2018 - MINAGRI-PSI-DIR.

Tercera cuestión controvertida: Que, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que el PSI reembolse a la demandante las costas y costos arbitrales en los cuales se incurra durante el desarrollo del presente proceso.

Cuarta cuestión controvertida: Que, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que el PSI realice la devolución de la garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato N° 0149-2017-MINAGRI-PSI, ascendente a S/. 2'129,268.93 (Dos millones ciento veintinueve doscientos sesenta y ocho con 93/100) que fue parte de la firma del contrato.

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 presentado el 23 de setiembre de 2019:
Los documentos signados desde el numeral "1" hasta el numeral "21" y contenidos en el acápite "VII. - Anexos" del escrito de demanda.
- b. Respecto a la contestación de la demanda presentada el 04 de octubre de 2019:
Los documentos signados desde el numeral "4-A" hasta el numeral "4-C" y contenidos en la sección "Anexos" del escrito de la contestación de la demanda.

6. POSICIONES DE LAS PARTES:

Posición del Demandante: Con escrito de fecha 23 de setiembre de 2019, el consorcio presentó su escrito de demanda señalando lo siguiente:

- 6.1. El Consorcio señala que, el contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, deriva del proceso de Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI, que adjuntaron como Anexo 3. Es de notar que la 074-2017-MINAGRI-PSI, 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. Por lo cual, el consorcio advierte que 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 el plazo* de acuerdo con lo establecido en las bases del proceso las 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, En el numeral 16 de los términos de referencia y en la cláusula Décimo tercera del Contrato de servicio N° 149-2017-MINAGRI-PSI, se definen las otras penalidades de la siguiente manera:

Con el objeto de asegurar una mejor calidad de la ejecución de los trabajos; se establecen estas otras penalidades:

Penalidades			
N°	Supuestos de aplicación de penalidad	Forma de cálculo	Procedimiento
1	Cuando el contratista cambie al personal propuesto sin contar con la autorización previa de la Entidad, excepto en Caso Fortuito o Fuerza Mayor, debidamente acreditado.	= 1*UIT Por cada cambio de personal.	Según informe de la Supervisión o de la DIR.
2	No cumple con proveer el personal o maquinaria ofrecida o en las condiciones ofrecidas, en su propuesta o que esta última no se encuentre 100% operativa.	= 0.001*M Por cada día de incumplimiento y por cada personal y/o maquinaria	Según informe de la Supervisión o de la DIR.
3	Cuando el personal del contratista no cuenta con los equipos e implementos de seguridad, de acuerdo con las normas vigentes a la fecha de suscripción de contrato.	= 0.002*M Por cada ocurrencia.	Según informe de la Supervisión o de la DIR.
4	En caso el responsable de la Dirección Técnica no se encuentre presente en el lugar de la prestación de la actividad, excepto en Caso Fortuito o Fuerza Mayor, debidamente acreditado.	= 0.002*M Por cada día de incumplimiento.	Según informe de la Supervisión o de la DIR.

- 6.3. En este punto, el demandante precisa que, al ser las otras penalidades verificables durante la etapa de ejecución, para tomar acciones preventivas, esto es la comunicación oportuna al proveedor para las acciones correctivas, dicho procedimiento no estaría determinado en las bases, solo se consignaría el área que verificara el supuesto de aplicación de esta penalidad, en este caso el informe de supervisión o de la DIR.
- 6.4. Asimismo, el contratista destaca que, por el tipo de procedimiento, (Contratación Directa) donde no se establece una fase para la realización de cuestionamientos, sea a través de consultas u observaciones, donde precisan que no pudieron realizar consultas u observaciones sobre el procedimiento y la forma de contradecir las otras penalidades, ni los plazos de comunicación y descargo de la penalidad por conceptos diferentes a mora en la ejecución de la prestación.
- 6.5. En base a ello, el consorcio hace mención en el segundo párrafo del Artículo 132 del Reglamento del Decreto Supremo N° 056-2017 lo siguiente:

“La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades”.

- 6.6. En esa medida, se advertía que las penalidades que consideraba la normativa de contrataciones del Estado, eran: i) la *“penalidad por mora en la ejecución de la prestación”*; y, ii) *“otras penalidades”*; las cuales se encontraban reguladas conforme a lo establecido en los artículos 133 y 134 del Reglamento, respectivamente.
- 6.7. Asimismo, con relación a las Otras Penalidades, el consorcio precisa: *“El artículo 134 del Reglamento disponía que “Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 133 [es decir, a la penalidad por mora], 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, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la 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”. (El resaltado es agregado).”*
- 6.8. Respecto a lo señalado anteriormente, el contratista manifiesta que los documentos del procedimiento de selección podían establecerse penalidades distintas a la *“penalidad por mora en la ejecución de la prestación”*, siempre y cuando estas *“otras penalidades”* fueran objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Adicionalmente, estas penalidades debían incluir: (i) *los supuestos de aplicación de penalidad*; (ii) *la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto*; y, (iii) *el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar*, siendo tales requisitos necesarios para la aplicación de dicha penalidad.
- 6.9. Además, el consorcio indica que, con fecha 13 de diciembre de 2017, se firmó el Contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, entre la Entidad y el contratista. Siendo el objeto del contrato la contratación del SERVICIO DE ELABORACIÓN

DE FICHA TÉCNICA DEFINITIVA Y DESCOLMATACIÓN DEL CAUCE DEL RÍO LA LECHE TRAMO I, por un monto ascendente a S/ 21'292,689.21 (Veintiún millones doscientos noventa y dos mil seiscientos ochenta y nueve con 21/100 Soles) y un plazo total de 30 días calendarios, los mismos que se dividen en 7 días calendarios *para la elaboración de la FICHA TÉCNICA DEFINITIVA* y 23 días calendarios *para la EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES*.

- 6.10. Respecto a la ejecución de los servicios, el consorcio señala que se solicitó oportunamente el adelanto directo ascendente al 30% del contrato. Adicionalmente, el contratista precisa que presentó oportunamente la ficha técnica definitiva, siendo aprobada por la Entidad y notificada al contratista en fecha 28 de diciembre de 2017, mediante carta N° 057-2017- MINAGRI-PSI-OGZ-CH, que adjuntaron como Anexo 5.
- 6.11. Con relación a esto, el consorcio indica que la ficha técnica definitiva fue presentada dentro del plazo contractual de siete días calendarios y la misma define la forma y modo de ejecución del servicio.
- 6.12. En fecha 29 de diciembre de 2017, se inicia 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 ocurrencia, que adjunta el contratista como Anexo 6, el mismo que se suscribe junto con el supervisor del servicio.
- 6.13. En fecha 18 de enero de 2018, se culmina la ejecución del servicio de descolmatación del Cauce del río la leche tramo I, tal como lo acredita el consorcio con el asiento N° 38 del cuaderno de ocurrencias, que adjuntaron como Anexo 7, donde el contratista deja constancia de la culminación del servicio de descolmatación. Y mediante carta 016-2018-A.C.G.D.R. L, el contratista notifica a la supervisión en fecha 18 de enero de 2018, el informe final del servicio, dentro del plazo contractual, que adjuntaron como Anexo 8. El demandante precisa que, conforme el contrato, el informe final sería la última obligación a cargo del contratista, conforme el último párrafo de la cláusula cuarta del Contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI.

- 6.14. En fecha 19 de enero de 2018, La Supervisión mediante anotación en el cuaderno de ocurrencias, el asiento N° 039, suscrita por el Jefe de la Supervisión Ing. Gamaniel Chirinos Toranzo, verifica la culminación de los servicios de descolmatación del Cauce del río la leche tramo I, de acuerdo a la Ficha Técnica aprobada por el PSI Y DEL Contrato Suscrito, tal como se acredita con el asiento N° 39 del cuaderno de ocurrencias, que adjuntó el consorcio como Anexo 9, los cuales hacen de especial mención que la supervisión, sería la obligada a comunicar a la Entidad, la culminación del servicio, para los fines de recepción del servicio.
- 6.15. El contratista indica que, por actos propios de la Entidad, el acta de recepción fue recién realizada en fecha 19 de setiembre de 2018, fecha en la cual se suscribe el ACTA DE RECEPCIÓN DEL SERVICIO SIN OBSERVACIONES, que adjuntaron como Anexo 10
- 6.16. Con fecha 20 de setiembre de 2018, se emite la Resolución N° 350-2018-MINAGRI-PSI, mediante la cual se resuelve aprobar la modificación del contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, suscribiéndose el 29 de octubre de 2018 la ADENDA N° 1 DEL CONTRATO N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, que el consorcio adjuntó como Anexo 11, donde se modifica el monto total del contrato, al monto de S/ 21'278,001.12 (Veintiún millones doscientos setenta y ocho mil uno con 12/100 Soles), que modifica la cláusula Tercera del contrato Original.
- 6.17. Que, mediante carta 064-2018-A.C.G.D.R.L, de fecha 20 de noviembre de 2018, el contratista señala que subsanó las observaciones efectuadas por la Entidad al informe final del servicio, a fin que se proceda al pago final.
- 6.18. En fecha 10 de diciembre de 2018, La Entidad notifica al Contratista la CARTA 1735-2018 - MINAGRI-PSI-DIR, que el consorcio adjunta como Anexo 12, la cual contiene la conformidad de la última 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.

- 6.19. Asimismo, el consorcio señala que en los documentos adjuntados en la CARTA 1735-2018 - MINAGRI-PSI-DIR, obran el Memorando 5871-2018 - MINAGRI-PSI-DIR, y el informe 5360-2018 - MINAGRI-PSI-DIR-OS donde se deduce que la Entidad había aplicado la penalidad por el concepto de otras penalidades.
- 6.20. En fecha 13 de diciembre de 2018, el consorcio, mediante CARTA N° 082-2018-A.C.G.D.R.L., que adjuntan como Anexo 13, remite el expediente de la liquidación técnica financiera, y en la misma da respuesta a la CARTA 1735-2018- MINAGRI-PSI-DIR, solicitando que se le cancele el importe de S/. 2`503,634.25 soles.
- 6.21. En base a ello, el consorcio señala que, como consecuencia de la aplicación de penalidades, y al amparo de la Ley de Conciliación Extrajudicial No. 26872 y sus normas complementarias y reglamentarias, y de conformidad con lo acordado en la cláusula décimo octava del CONTRATO N° 0149-2017-MINAGRI-PSI, en fecha 17 de enero de 2019 solicitaron el inicio del procedimiento de conciliación ante el Centro de Conciliación Republica.
- 6.22. Asimismo, el consorcio menciona que, una vez invitada la Entidad, acudió a la Conciliación realizada el 12 de febrero de 2019, en donde, reunidas las partes, no se llegó a acuerdo conciliatorio alguno, razón por la cual se suscribió el Acta de conciliación N- 030-2019.CCR, que adjuntamos como Anexo 14.
- 6.23. Por tal motivo, el contratista indica que, al no llegarse a acuerdo alguno en la etapa de conciliación, interpone el presente arbitraje, solicitándolo ante el centro de Análisis y Resolución de conflictos de la PUCP.

PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- 6.24. El consorcio solicita que se declare la invalidez o ineficacia o nulidad de la aplicación de penalidad al Contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, por el concepto de Otras Penalidades por el importe de S/. 2`136,817.34. soles, dispuesta en la CARTA 1735-2018 - MINAGRI-PSI-DIR, que contiene el Memorando 5871-2018 - MINAGRI-PSI-DIR, y el informe 5360-2018 -

MINAGRI-PSI-DIR-OS y se cumpla con paganos el saldo pendiente de pago ascendente a la suma de S/. 2`136,817.34.

- 6.25. El consorcio señala que la aplicación normativa del presente Contrato se encuentra bajo la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificada por Decreto Legislativo N° 1341, en adelante la Ley, y el 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.
- 6.26. Asimismo, el contratista señala que, conforme la modificación del Decreto Supremo N° 056-2017-EF, la aplicación de penalidades por otras penalidades se basan en lo siguiente:

“Artículo 134.- Otras penalidades

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, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la 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.”

- 6.27. En base a ello, el consorcio hace mención al artículo 134 del Reglamento, que regula la aplicación de “Otras penalidades”, el cual dispone lo siguiente: “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, debe incluir supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.”.

- 6.28. Por tal motivo, el consorcio señala que la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos de selección la aplicación de “Otras penalidades”, distintas a la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”; debiendo precisarse que para tal efecto, la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.
- 6.29. Asimismo, el consorcio indica que, el segundo párrafo del referido artículo precisa que *“Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.”*; advirtiéndose, una vez más, que dichas penalidades tienen un tratamiento diferenciado respecto de la penalidad prevista en el artículo 133 del Reglamento; igualmente, la penalidad por mora en la ejecución se aplicaría automáticamente, mientras que las otras penalidades, se aplicarían de acuerdo a los supuestos, formas del cálculo para cada supuesto, y al procedimiento de verificación del supuesto a penalizar, conforme a lo dispuesto en el artículo 134 del Reglamento.
- 6.30. Según el consorcio, no existe aplicación automática en otras penalidades, lo cual supone la notificación previa al contratista a fin que realice un descargo del mismo a fin de verificar la existencia de justificación.
- 6.31. Asimismo, el contratista indica que de la revisión del contrato y los términos de referencia, se advierte que el procedimiento es “según informe del supervisor o de la DIR”, sin embargo, según el contratista, esto no es un procedimiento, sino el señalamiento del área que realiza la penalización, no estableciéndose el procedimiento de notificación y los plazos para realizar los descargos de mora, al no aplicarse automáticamente la penalización, por ello, el consorcio considera que la notificación cierta del informe del supervisor donde señale un supuesto de mora, a fin de no afectar el derecho de contradicción del contratista y el plazo para tal efecto, son la deficiencia detectada. Y de los medios probatorios y

actuados proporcionados por la Entidad, según el contratista, no se advierte la comunicación cierta del informe del supervisor sobre la incidencia de una aplicación de penalidad por otras penalidades, en este punto, de revisar el cuaderno de servicio, no se indicaría algún supuesto de incumplimiento, o mora o requerimiento de colocación de maquinaria.

6.32. Al respecto el Contratista cita las conclusiones de la Opinión N° 151-2017/DTN, emitido por el OSCE:

- *En el marco de lo dispuesto por el artículo 133 del Reglamento, una Entidad debe aplicar automáticamente la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” cuando haya determinado que existe retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato -esto es, que el contratista no hubiera solicitado una ampliación de plazo, o habiéndola solicitado esta no fuera aprobada-; ante lo cual es posible deducir dicha penalidad de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, así como del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, según corresponda.*
- *No es posible aplicar la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” a supuestos no regulados en el artículo 133 del Reglamento; siendo que, si los documentos del procedimiento de selección establecen “otras penalidades” distintas al retraso injustificado o mora, éstas deben aplicarse de acuerdo a los supuestos, formas del cálculo para cada supuesto, y al procedimiento de verificación del supuesto a penalizar, conforme a lo dispuesto en el artículo 134 del Reglamento.*

6.33. En este contexto, el demandante concluye lo siguiente;

A.- De las bases del proceso de selección y del contenido del contrato el consorcio advierte que el procedimiento sería “según informe del supervisor o de la DIR”, sin embargo, de acuerdo al consorcio, esto no es un procedimiento, sino el señalamiento del área que realiza la penalización, no estableciéndose el

procedimiento de notificación y los plazos para realizar los descargos de mora. Por lo cual, el contratista considera que la insuficiencia en el detalle del procedimiento para la aplicación de otras penalidades, no permite aplicarlas, siendo NULA dicha disposición.

B.- El consorcio señala que, en el supuesto negado que se considere que el procedimiento es “según informe del supervisor o de la DIR”, debe apreciarse ello de los actuados proporcionados por la Entidad, y no se advierte la comunicación cierta del informe del supervisor sobre la incidencia de una aplicación de mora por otras penalidades, En este punto, de revisar el cuaderno de ocurrencias, no se indica algún supuesto de incumplimiento, o mora o requerimiento de colocación de maquinaria. Por lo cual, de acuerdo al contratista, no existe un informe del supervisor o de la DIR, en el periodo de la ejecución del contrato, antes de la culminación del servicio, para que la aplicación de mora de otras penalidades sea efectiva, de otra forma se estaría aplicando las otras penalidades de forma automática como el supuesto del artículo 133 del Reglamento, lo cual no es posible aplicarlo, conforme la OPINIÓN N° 151-2017/DTN, emitido por el OSCE,

C.- El consorcio señala que la aplicación de penalidades por otras penalidades, se basa en el informe de Control concurrente N° 100-2018, el cual, de acuerdo al contratista, no es un documento ni área que realiza la penalización, según el contrato suscrito. Por lo cual, de acuerdo al demandante, sería improcedente que, mediante documento distinto al señalado en el contrato, se tenga por válida una penalización.

D.- Que, conforme el contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, de acuerdo al contratista, el servicio sería ejecutado según la FICHA TÉCNICA DEFINITIVA. Además, el consorcio considera que, conforme la ficha técnica definitiva, no existiría incumplimiento sobre la cantidad de equipos requeridos para realizar el servicio.

6.34. En este punto el consorcio advierte que, conforme las ACTAS DE CONSTATAION FISICA DE MAQUINARIAS DE EQUIPOS de fechas 27 de

diciembre de 2017, 3 de enero de 2018, 18 de enero de 2018, efectuada por el juez de Paz de primera nominación la localidad de Illimo, el contratista cumple con utilizar el equipo mínimo para el cumplimiento conforme la ficha técnica definitiva aprobada por la Entidad.

6.35. El contratista indica que el EQUIPO MINIMO A UTILIZARSE PARA EL CUMPLIMIENTO DEL SERVICIO, aprobado por la Entidad era de;

- 40 Tractores sobre Oruga, de 300 HP
- 20 Excavadoras sobre orugas 170 Hp
- 10 Cargadores Frontales 170 Hp
- 30 Volquetes 6 x 4 de 15 m3

6.36. Sin embargo, el consorcio precisa que, pone en servicio para una mayor aceleración del servicio

- 50 Tractores sobre Oruga, de 300 HP
- 25 Excavadoras sobre orugas 170 Hp
- 10 Cargadores Frontales 170 Hp
- 40 Volquetes 6 x 4 de 15 m3

6.37. Por lo cual, el consorcio precisa que, al ser el servicio a Precios Unitarios, solo la entidad pagaría los metrajes efectivamente realizados, por lo cual, según el consorcio, no se podría considerar que existió una menor cantidad de maquinaria y equipos utilizados, máxime si se cumplió con la finalidad pública del servicio.

6.38. En este aspecto, el consorcio considera que la aplicación de otras penalidades por no proveer la maquinaria ofrecida, no tendría asidero, ya que el servicio debía ejecutarse conforme la ficha técnica definitiva, y como estaría probado, no existiría incumplimiento de maquinaria conforme lo estipulado en la ficha técnica definitiva que se corrobora con la constatación de maquinaria y equipos a través de las Actas de Constatación Física de Maquinarias de Equipos de

fechas 27 de diciembre de 2017, 3 de enero de 2018, y 18 de enero de 2018, efectuada por el juez de Paz de primera nominación la localidad de Illimo.

- 6.39. Por tal motivo, según el consorcio, la supervisión del servicio, no efectuó ninguna observación de maquinaria en la realización del servicio, ni realizó en dichas oportunidades un informe de mora por otras penalidades.
- 6.40. Por ello, la parte demandante considera que este extremo de la demanda arbitral, debe ser declarada FUNDADA y por ende se debería ordenar a la Entidad cumpla con pagarles el saldo puesto a cobro ascendente a la suma de S/. 2`136,817.34.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- 6.41. Adicionalmente a lo antes mencionado, el consorcio solicita que el PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES-PSI, les reembolse las costas y costos Arbitrales en los cuales podrían incurrir durante el desarrollo del presente arbitraje, y que también se declare expresamente la condena en el Laudo.
- 6.42. En base a ello, el consorcio considera que, habiendo demostrado que las pretensiones formuladas corresponden ser amparadas, solicitan al Tribunal Arbitral que ordene a la Entidad el pago de los gastos arbitrales que se generen durante el proceso, así como los gastos incurridos por el Contratista para su defensa en el arbitraje.
- 6.43. Respecto a costas y costos, el consorcio 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.
- 6.44. Asimismo, el consorcio 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 73^o 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.

- 6.45. 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,
- 6.46. Por consiguiente, el consorcio manifiesta que debería considerarse 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.
- 6.47. En consecuencia, respecto de la tercera pretensión planteada, el consorcio considera que corresponde que la misma sea declarada FUNDADA.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- 6.48. Adicionalmente, el contratista solicita que el Tribunal Arbitral ordene al PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES-PSI, realice la devolución de la garantía de Fiel cumplimiento del contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, ascendente a S/. 2` 129,268.93) que fue parte de la firma del contrato.
- 6.49. En base a ello, al ser declarada fundada la pretensión tercera de la demanda, el consorcio considera que también correspondería declarar FUNDADA esta pretensión, y por su efecto que se ordene a la Entidad realice la devolución de la garantía de Fiel cumplimiento del contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, ascendente a S/. 2` 129,268.93) que fue parte de la firma del contrato.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

6.50. Por último, la parte demandante señala que, a fin de poder postular y acumular nuevas prestaciones que se deriven de los actos ejecutados por la Entidad con posterioridad a la resolución de contrato, se reservan el derecho de ampliar su petitorio y acumular nuevas pretensiones.

Posición del demandado:

Con escrito de fecha 04 de octubre de 2019, la entidad presentó su escrito de contestación de demanda señalando lo siguiente:

6.51. El 13.12.2017 el Programa Subsectorial de Irrigaciones-PSI y la empresa American Contratistas Generales S.A.C. suscribieron el Contrato N° 149-2017-MINAGRI-PSI para la “Contratación del Servicio de Elaboración de Ficha Técnica Definitiva y Descolmatación del Cause del Rio La Leche Tramo I” por un monto total de S/. 21'292,689.21 (Veintiún mil doscientos noventa y dos mil seiscientos ochenta y nueve con 21/100 soles).

6.52. Asimismo, la entidad señala que se estableció en la Cláusula Quinta de dicho contrato que el Plazo de Ejecución era de treinta (30) días calendario, dispuestos de la siguiente forma:

- Cinco (05) días calendario para la elaboración de la FTD.
- Dos (02) días calendario para la validación de la FTD por la Autoridad Nacional del Agua (ANA).
- Veintitrés (23) días para la ejecución de la actividad.

6.53. El 03.01.2018 se suscribió el Contrato N° 001-2018-MINAGRI-PSI entre La Entidad y el Consorcio Supervisor Rio La Leche por un monto total de S/. 218, 584.62 (Doscientos dieciocho mil quinientos ochenta y cuatro con 62/100 soles) para la contratación de la Supervisión del Servicio de Elaboración de la Ficha

Técnica Definitiva y S/. 405, 942.16 (Cuatrocientos cinco mil novecientos cuarenta y dos con 16/00 soles) para la Supervisión de la Ejecución de la Descolmatación.

- 6.54. Asimismo, la entidad indica que, mediante Carta N° 327-2018-MINAGRI-PSI-DIR del 15.02. 2018 la Dirección de Infraestructura de Riego – DIR comunicó a la empresa American Contratistas Generales S.A.C la aprobación de la Ficha Técnica del Servicio de Elaboración de Ficha Técnica Definitiva y Descolmatación del Cauce del Río La Leche Tramo I.
- 6.55. En base a esto, la entidad precisa que, mediante Memorando N° 794-2018-MINAGRI-PSI-DIR del 26.02.2018 la Dirección de Infraestructura de Riego dio la conformidad de pago, sustentado en el Informe N° 798-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS de la Oficina de Supervisión y el Informe N° 028-2018-JCR del Especialista en Seguimiento y Monitoreo, remitiendo a la Oficina de Administración y Finanzas la conformidad de pago por la elaboración de la Ficha Técnica Definitiva.
- 6.56. Adicionalmente, la parte demandada indica que, mediante Comprobante de Pago N° 2018-01130 del 01.03.2018 el Jefe de Tesorería procedió con la cancelación de S/. 176,737.73 (Ciento setenta y seis mil setecientos treinta y siete con 73/100 soles) a favor de la empresa American Contratistas Generales S.A.C. por concepto de elaboración de la FTD.
- 6.57. Asimismo, la entidad establece que, mediante Carta N° 033-2018-A.C.G.D.R.L. recibida el 11.04.2018 el contratista remitió a la entidad el descargo de las situaciones adversas detectadas por la Contraloría Regional de Chiclayo, de acuerdo a lo solicitado por la Dirección de Infraestructura de Riego según Carta N° 528-2018-MINAGRI-PSI-DIR.
- 6.58. En base a ello, la entidad precisa que, mediante Informe N° 0040-2018-MINAGRI-PSI-OGZ-CH recibida el 27.08.2018, la Oficina de Gestión Zonal Chiclayo remitió a la Dirección Ejecutiva del PSI, el Acta de Recepción de la Actividad.

- 6.59. Dentro de este orden, la entidad indica que, mediante Carta N° 072-2018-CSRT-RL recibida el 30.10.2018 la Supervisión Presentó a la Entidad el conforme complementario al informe final y valorización única del servicio.
- 6.60. La entidad manifiesta que, mediante Resolución Directoral N° 350-2018-MINAGRI-PSI del 20.09.2018 se aprobó la modificación contractual en conformidad con la Aprobación de la Ficha Técnica Definitiva.
- 6.61. El 29.10.2018 se suscribió la Adenda N° 01 al Contrato N° 149-2018-MINAGRI-PSI, a través de la cual la Entidad y el Congresista acuerdan modificar el tenor de la Cláusula Tercera del Contrato, conforme al siguiente detalle:
- Elaboración de la Ficha Técnica Definitiva: S/. 252,482.48
 - Descolmatación del cause del rio La Leche Tramo I: S/. 21'025,518.64
 - Monto Total del Servicio: S/. 21'278,001.12
- 6.62. La entidad indica que, mediante Resolución Directoral N° 350-2018-MINAGRI-PSI del 20.09.2018 se aprueba la modificación contractual en conformidad con la aprobación de la Ficha Técnica Definitiva.
- 6.63. Asimismo, la entidad precisa que, mediante Memorándum N° 5871-2018-MINAGRI-PSI-DIR del 26.11.2018 la Dirección de Infraestructura de Riego en conformidad con el Informe N° 5360-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS de la Oficina de Supervisión y los Informes N° 087-21018-PLCHS, N° 203-2018-JCR y N° 196-2018-JCR, se recomendó a la Oficina de Administración y Finanzas, continuar con el trámite de pago a favor del contratista.
- 6.64. Además, la entidad señala que, mediante Comprobante de Pago N° 2018-06825 del 03.12.2018 el Jefe de Tesorería tramitó el pago por concepto de Valorización Única por un monto facturado de S/. 11'533,246.89 soles, incluido el IGV, del cual se aplicó la penalidad de S/. 2'136,817.34 soles.
- 6.65. Respecto a la demanda arbitral emitida por el contratista, la entidad considera que se realizó una serie de afirmaciones que no se condicen con la verdad, por lo que

considera pertinente, antes de emitir pronunciamiento respecto de cada una de las pretensiones planteadas, referirse a dichas aseveraciones a fin de desvirtuarlas.

- 6.66. De este modo, la entidad considera que en el punto 4.1.1 del “Proceso de selección que da origen al contrato” (del escrito de demanda) resulta posible advertir que el Contratista pretende cuestionar la aplicación de las otras penalidades, señalando:

(...)

En este punto, puede advertirse que, al ser las otras penalidades verificables durante la etapa de ejecución, para tomar acciones preventivas, esto es la comunicación oportuna al proveedor para las acciones correctivas, dicho procedimiento no está determinado en las bases, sólo se consigna el área que verificará el supuesto de aplicación de esta penalidad, en este caso el informe de supervisión o de la DIR.

Por el tipo de procedimiento (Contratación Directa) donde no se establece una fase para la realización de cuestionamientos, sea a través de consulta u observaciones, nuestra representada no pudo realizar consultas u observaciones sobre el procedimiento y la forma de contradecir las penalidades, ni los plazos de ejecución y de descargo de penalidad por conceptos diferentes a mora en la ejecución de la prestación.

(...)

Así, en los documentos del procedimiento de selección podían establecerse penalidades distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, siempre y cuando estas otras penalidades fueran objetivas, razonables, congruentes, y proporcionales con el objeto de la contratación. Adicionalmente, estas penalidades debían incluir: i) los supuestos de aplicación de penalidad; ii) forma de cálculos de la penalidad por cada supuesto; y iii) el procedimiento mediante el cual se

verifica el supuesto a analizar, siendo tales requisitos necesarios para la aplicación de penalidad”.

- 6.67. De acuerdo a lo mencionado anteriormente, la entidad considera que la cláusula décimo tercera del contrato regula la imposición de las “Otras Penalidades”, verificándose aspectos o presupuestos tales como: i) Supuesto de aplicación de penalidad; ii) Forma de cálculo; iii) Procedimiento.
- 6.68. Asimismo, la entidad manifiesta que, respecto a que las otras penalidades deben ser objetivas, razonables, congruentes, y proporcionales con el objeto de la contratación, señala que todas estas características resultan verificables de la simple lectura y revisión del contrato, donde la entidad considera que no se ajusta a la verdad lo señalado por el demandante.
- 6.69. En base a ello, la entidad indica que en el punto 4.2 “De la Ejecución del Contrato N° 0149-2017-MINAGRI-PSI” señala que el demandante precisa:

“(…) Oportunamente nuestra representada presenta la ficha técnica definitiva, siendo aprobada por la Entidad y notificada al contratista en fecha 28 de diciembre de 2017, mediante Carta N° 057-2017-MINAGRI-PSI-OGZ-CHM que adjuntamos como anexo 5.

Es de notar que la ficha técnica definitiva fue presentada dentro del plazo contractual de siete días calendarios y la misma define la forma y modo de ejecución del servicio.

(…)

En fecha 29 de diciembre de 2017, se inicia la ejecución del servicio (…)”

- 6.70. Respecto a lo señalado anteriormente, la entidad indica que el inicio de la ejecución del servicio fue el 27.12.2017, es decir al día siguiente de la comunicación de la Validación de la Ficha Técnica Definitiva por parte del Jefe de la Oficina de Gestión Zonal Norte mediante Carta N° 057-2017-MINAGRI-PSI-OGZ-CH del 26.12.2017.

- 6.71. En base a ello, la entidad manifiesta que el hecho descrito en el párrafo anterior se verifica también con el Acta de Recepción de la Actividad, documento que, según el demandado, fue debidamente suscrito por el representante legal de la empresa American Contratistas Generales S.A.C.
- 6.72. Con relación a lo anteriormente mencionado, la entidad argumenta que resulta posible afirmar que la entidad no aprobó la Ficha Técnica Definitiva el 28.12.2017 sino el 15.02.2018 mediante Carta N° 327-2018-MINAGRI-PSI-DIR.

Sobre la primera y segunda pretensión principal

- 6.73. Respecto al primer y segundo informe, la entidad hace mención al Informe de Control Concurrente N° 100-2018-CG/CORECH-CC, señalando lo siguiente:

“(...) Situación Adversa 02:

La Entidad no adoptó las acciones orientadas a que el contratista ejecute los servicios contratados con la totalidad de la maquinaria ofertada generando que las labores de prevención de desastres no concluyan oportunamente, exponiendo a la población ante la ocurrencia de otro fenómeno natural. (...)”

- 6.74. Además, con relación al mismo informe, la entidad precisa:

Cuadro N° 01 tipo de maquinaria requerido en las bases

Tipo de maquinaria y equipo mínimo requerido en las bases integradas

Tipo de maquinaria y equipo	Potencia	Capacidad	Cantidad
Camioneta Pick Up 4*4	≥ 100 HP	≥ C.U. 0.8 T	3
Tractor de Orugas	≥ 300 HP		80
Excavadora sobre orugas	≥ 170 HP		5
Camión Volquete	≥ 15 M3		5
Estación Total (incluye prismas)			5
Nivel (incluye Miras)			5
Equipo de Drones con GPS			1

Fuente: Términos de referencia

Cuadro N° 02 Cantidad de maquinaria ofertada por el contratista

Cantidad de maquinaria y equipo ofertados por el contratista

Tipo de maquinaria y equipo	Potencia	Capacidad	Cantidad
Camioneta Pick Up 4*4	≥ 100 HP	≥ C.U. 0.8 T	6
Tractor de Orugas	≥ 300 HP		128
Excavadora sobre orugas	≥ 170 HP		10
Camión Volquete			5
Estación Total (incluye prismas)			5
Nivel (incluye Miras)			7
Equipo de Drones con GPS			2

Fuente: Oferta del Contratista

enero del 2018				
Tipo de maquinaria y equipo	Cantidad Ofertada	Encontrada	Faltante	Faltante
Camioneta Pick Up 4*4	6	3	3	19 de diciembre de 2017
Tractor de Orugas	116	4	112	
Excavadora sobre orugas	10			
Camión Volquete	5			
Estación Total (incluye prismas)	5			
Nivel (incluye Miras)	7			
Equipo de Drones con GPS	2			
Tipo de maquinaria y equipo	Cantidad Ofertada	Encontrada	Faltante	Faltante
Camioneta Pick Up 4*4	6			20 de diciembre de 2017
Tractor de Orugas	116	6	110	
Excavadora sobre orugas	10	5	5	
Camión Volquete	5			
Estación Total (incluye prismas)	5			
Nivel (incluye Miras)	7			
Equipo de Drones con GPS	2			
Tipo de maquinaria y equipo	Cantidad Ofertada	Encontrada	Faltante	Faltante
Camioneta Pick Up 4*4	6			22 de diciembre de 2017
Tractor de Orugas	116	6	110	
Excavadora sobre orugas	10	5	5	
Camión Volquete	5			
Estación Total (incluye prismas)	5			
Nivel (incluye Miras)	7			
Equipo de Drones con GPS	2			
Tipo de maquinaria y equipo	Cantidad Ofertada	Encontrada	Faltante	Faltante
Camioneta Pick Up 4*4	6	3	3	04 de enero 2018
Tractor de Orugas	116	13	103	
Excavadora sobre orugas	10	10	0	
Camión Volquete	5	27	-22	
Cargador Frontal	0	4	-4	
Estación Total (incluye prismas)	5	5	0	
Nivel (incluye Miras)	7	3	4	
Equipo de Drones con GPS	2	0	2	

- 6.75. Adicionalmente, la entidad manifiesta que el inicio de Actividades se produjo recién el 27.12.2017, acreditándolo en el contenido de las Cartas N° 057-2117-MINAGRI-PSI-OGZ-CH y N° 058-2117-MINAGRI-PSI-OGZ-CH del 26.12.2017, no resultaría posible afirmar que corresponde la aplicación de penalidades por los días 19,20 y 22 de diciembre del 2017.
- 6.76. En base a lo anteriormente mencionado, la entidad sostiene que resultaría posible afirmar que sí corresponde aplicar las penalidades por el día 04.01.2018, ya que el inicio del servicio fue comunicado a la entidad el 27.12.2017.
- 6.77. Asimismo, la entidad señala, a modo de cálculo de penalidades, un cuadro que forma parte del Informe de Control N° 100-2018-CG/CORECH-CC, el cual indica:

Cuadro N° 04, Maquinaria y Equipo trabajando el 04 de enero del 2018, como único día que debe aplicarse la penalidad, ya que, el inicio del servicio comunicado por la Entidad es el 27 de diciembre del 2017.

Tipo de maquinaria y equipo	Cantidad Ofertada	Encontrada	Faltante	Faltante
Camioneta Pick Up 4*4	6	3	3	04 de enero 2018
Tractor de Orugas	116	13	103	
Excavadora sobre orugas	10	10	0	
Camion Volquete	5	27	-22	
Cargador Frontal	0	4	-4	
Estación Total (incluye prismas)	5	5	0	
Nivel (Incluye Miras)	7	3	4	
Equipo de Drones con GPS	2	0	2	

Fuente: Informe de Control Concurrente N° 100 – 2018 – CG/CORECH – CC

6.78. En base a esto, la entidad sostiene que se detectó que el contratista no cumplió con presentar en obra la totalidad de las maquinarias ofertadas, la entidad considera que sí correspondía la aplicación de penalidades, basándose en la Cláusula Décimo Tercera del contrato, por tal motivo, para efectos de calcular las penalidades, presenta el siguiente cuadro:

Cuadro N° 05, Penalidad aplicada por falta de Maquinaria trabajando el 04 de enero del 2018,

Item	Supuesto de Aplicación de Penalidad	Monto Contractual (A)	Factor (B)	Penalidad Diaria (A*B)	N° días (C)	N° Maquinarias/ día (D)	Total (C*D)	Monto (S/.) (A*B*C*D)
2	No cumple con proveer el personal o maquinaria ofrecida o en las condiciones ofrecidas, en su propuesta o que esta última no se encuentre 100% operativa	21,292,689.21	0.001	21,292.69	1.00	103.00	103.00	2,193,166.99

Fuente: Elaboración propia

6.79. Por tal motivo, el demandado afirma que se han demostrado correctamente la aplicación de las penalidades por parte de la entidad, señalando que el contratista tiene conocimiento que dichas penalidades pertenecen al rubro de “otras penalidades”, por la suma de S/. 2’136,817.34 (Dos millones ciento y treinta y seis mil ochocientos diecisiete con 34/100 soles).

6.80. Dentro de este orden de ideas, la entidad hace referencia al Artículo 132 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señalando que el mismo habilita a la entidad para establecer penalidades distintas a la penalidad por mora en la ejecución de las prestaciones objeto de la contratación, estableciendo que las penalidades deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la

convocatoria (el objeto del contrato); siendo que el cumplimiento de estas características, según la entidad, se pueden observar en el propio contrato.

6.81. De acuerdo a lo señalado anteriormente, la entidad considera que la tipificación de “otras penalidades” a las que hace alusión el demandante en su escrito de la demanda, se encontraría especificada en la Cláusula Décimo Tercera del contrato, en el cuadro denominado “Otras Penalidades” en el que se consigna: i) El supuesto de aplicación de penalidad, ii) La forma de cálculo; y, iii) El procedimiento para su aplicación.

6.82. Por tal manera, la entidad manifiesta que los supuestos de aplicación de “otras penalidades” se formularon respetando los criterios establecidos en el marco legal y también su aplicación, razón por la cual, la entidad considera que las dos pretensiones principales (Primera y Segunda) deberían ser declaradas Infundadas en la oportunidad que corresponda.

Sobre la tercera pretensión principal

6.83. Ahora bien, en lo que respecta a la tercera pretensión principal, el demandando considera que las pretensiones anteriores carecerían de sustento, por lo que no deberían ser amparadas por el Tribunal Arbitral, por tal motivo, la entidad señala que quien debería asumir los costos que genere el proceso arbitral, sería la parte demandante.

Sobre la cuarta pretensión principal

6.84. Dentro de este orden de ideas, la parte demandada señala que, respecto a la devolución solicitada por el contratista, de acuerdo a lo pactado en la Cláusula Séptima del Contrato N° 149-2017-MINAGRI-PSI, la Garantía de Fiel Cumplimiento debería mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final, donde indica que este hecho aún no habría sucedido, razón por la cual la entidad considera que se debería declarar infundada esta pretensión.

6.85. Además, la entidad sostiene que, en tanto existan controversias como la presente relacionada al contrato garantizado, la garantía debería ser vigente, es decir, en

poder de la entidad, por tal motivo, la parte demandada señala que la pretensión de su contraparte carece de sustento.

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 04 de febrero de 2020, este Tribunal Arbitral considera conveniente agrupar

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

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 DECLARAR LA INVALIDEZ, INEFICACIA O NULIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA PENALIDAD AL CONTRATO N° 0149-2017-MINAGRI-PSI, POR EL CONCEPTO DE OTRAS PENALIDADES, POR EL IMPORTE DE S/. 2,136,817.34 (DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS DIECISIETE CON 34/100 SOLES), DISPUESTO EN LA CARTA N° 1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR

- 7.1. En relación con este primer punto controvertido, que en realidad es el núcleo de toda la controversia, respecto a las penalidades que el PSI habría aplicado al Consorcio.
- 7.2. Se tiene como hechos del caso que con fecha 13 de diciembre de 2017 las partes suscribieron el contrato N° 0149-2017- MINAGRI-PSI, deriva del proceso de Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI, contratación que se realizó 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.
- 7.3. El Contrato tiene como finalidad el Servicio de elaboración de Ficha Técnica Definitiva y Descolmatación del Cause del Río La Leche tramo I, por el monto de S/. 21,292,689.21 (Veintiún millones doscientos noventa y dos mil seiscientos ochenta y nueve con 21/100 soles) que debía ejecutarse en un plazo total de 30 días calendarios, los mismos que se dividen en 7 días calendario para la elaboración de la Ficha Técnica Definitiva y 23 días calendarios para la Ejecución de Actividades.

- 7.4. Mediante el Memorando 5871-2018 - MINAGRI-PSI-DIR, y el informe 5360-2018 - MINAGRI-PSI-DIR-OS que se encuentran contenidos en la Carta N° 1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR, el PSI informa al Consorcio la aplicación de penalidades por el concepto de “Otras Penalidades” por el importe de S/. 2,136,817.34.
- 7.5. Ahora bien, este Colegiado considera que es necesario definir, de conformidad con las normas aplicables y las opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, los tipos de penalidades existentes, sus definiciones y los requisitos que se han establecido para cada una de ellas.
- 7.6. Al respecto, los artículos 132°, 133° y 134° del Reglamento de la Ley de contrataciones N° 30225 aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, señalan lo siguiente sobre las penalidades:

“Artículo 132. Penalidades

El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales a partir de la información brindada por el área usuaria, las mismas que son objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

*La Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la **penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades**. Estos dos (2) 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.*

En el caso de obras, dentro de las otras penalidades que se establezcan en los documentos del procedimiento, incluyen las previstas en el capítulo VI del presente título.

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.

Artículo 133. Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

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:

Penalidad diaria = 0.10 x monto vigente F x 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

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

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.

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.

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.

Artículo 134. Otras penalidades

*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, **incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la 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.”

- 7.7. Y al respecto, la Dirección Técnico Normativa del OSCE no ha dejado de desarrollar lo referente a la materia de penalidades, de acuerdo con lo señalado en la Opinión N° 061-2018/DTN² del OSCE, donde señala lo siguiente

*“En esa medida, se advierte que las penalidades que prevé la normativa de contrataciones del Estado, son: i) la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”; y, ii) **“otras penalidades”**; las cuales se encuentran reguladas conforme a lo establecido en los artículos 133 y 134 del Reglamento, respectivamente.*

Adicionalmente, cabe precisar que la finalidad de establecer dichas penalidades es desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que le hubiera causado tal incumplimiento o retraso en la ejecución de las prestaciones a su cargo.”

- 7.8. En base a esto, podemos establecer ciertas conclusiones en relación a la diferencia de la naturaleza y tratamiento con el cual deben abordarse ambas penalidades, centrándonos por tanto en el tipo de penalidad que nos importa para el presente caso: las “otras penalidades”; las cuales son aquellas de naturaleza distinta a la mora, y que pueden abarcar cualquier supuesto que haya sido

² SEMINARIO ZAVALA, PATRICIA (2018). OPINIÓN N° 061-2018/DTN. Dirección Técnica Normativa del OSCE.

regulado en las Bases, de acuerdo al tipo de objeto materia de contratación en el procedimiento de selección,

- 7.9. No obstante la libertad que poseerían las Entidad para la definición de los supuestos pasibles de ser calificados como “Otras Penalidades”, estas deben ser objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; y tal como se expresa de forma literal en el artículo 134 antes citado, la regulación o explicación de la penalidad, **debe incluir con claridad los supuestos de aplicación de penalidad** (distintas al retraso o mora), **la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar**.
- 7.10. En ese sentido, y siendo la regulación de las Otras Penalidades, una que suficientemente puede analizarse, para su aplicación al presente caso, tenemos que, de acuerdo a lo señalado por las partes, se han aplicado penalidades del tipo “Otras Penalidades” durante la ejecución del Contrato, debido a que la entidad considera que el contratista no cumplió con proveer el personal o maquinaria ofrecida en su propuesta o que esta última no se encuentre 100% operativa en el día 04 de enero de 2018.
- 7.11. De acuerdo a todo lo señalado anteriormente, correspondería realizar el respectivo análisis sobre la forma y fondo de la penalidad aplicada por la entidad, en vista de poder determinar si es válida o no.
- 7.12. En primer lugar, lo que respecta a **la forma** de la penalidad aplicada al contratista por parte de la entidad, la parte demandada argumenta que la Entidad mediante Informe de Control Concurrente N° 100-2018-CG/CORECH-CC habría calificado que el consorcio no cumplió con lo establecido en el inciso 16 de los Términos de Referencia de las Bases del proceso de Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI, específicamente con el punto 2 respecto a los supuestos de Otras Penalidades, señalando el siguiente cuadro:

N°	Supuestos de aplicación de penalidad	Forma de cálculo	Procedimiento
1	Cuando el contratista cambie al personal propuesto sin contar con la autorización previa de la Entidad, excepto en Caso Fortuito o Fuerza Mayor, debidamente acreditado.	= 1*UIT Por cada cambio de personal.	Según informe de la Supervisión o de la DIR.
2	No cumple con proveer el personal o maquinaria ofrecida o en las condiciones ofrecidas, en su propuesta o que esta última no se encuentre 100% operativa.	= 0.001*M Por cada día de incumplimiento y por cada personal y/o maquinaria	Según informe de la Supervisión o de la DIR.

7.13. Y asimismo, de acuerdo al Informe de Control N° 100-2018-CG/CORECH-CC, sí resultaría posible aplicar la penalidad debido a que el contratista no cumplió con presentar la totalidad de las maquinarias ofertadas, de acuerdo a lo que precisan en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 04, Maquinaria y Equipo trabajando el 04 de enero del 2018, como único día que debe aplicarse la penalidad, ya que, el inicio del servicio comunicado por la Entidad es el 27 de diciembre del 2017.

Tipo de maquinaria y equipo	Cantidad Ofertada	Encontrada	Faltante	Faltante
Camioneta Pick Up 4*4	6	3	3	04 de enero 2018
Tractor de Orugas	116	13	103	
Excavadora sobre orugas	10	10	0	
Camion Volquete	5	27	-22	
Cargador Frontal	0	4	-4	
Estación Total (incluye prismas)	5	5	0	
Nivel (Incluye Miras)	7	3	4	
Equipo de Drones con GPS	2	0	2	

Fuente: Informe de Control Concurrente N° 100 – 2018 – CG/CORECH – CC

7.14. En base a esto, la entidad señala el cálculo del monto de la penalidad que considera que ha incurrido el demandante, indicando lo siguiente:

Cuadro N° 05, Penalidad aplicada por falta de Maquinaria trabajando el 04 de enero del 2018,

Item	Supuesto de Aplicación de Penalidad	Monto Contractual (A)	Factor (B)	Penalidad Diaria (A*B)	N° días (C)	N° Maquinarias/día (D)	Total (C*D)	Monto (S/.) (A*B*C*D)
2	No cumple con proveer el personal o maquinaria ofrecida o en las condiciones ofrecidas, en su propuesta o que esta última no se encuentre 100% operativa	21,292,689.21	0.001	21,292.69	1.00	103.00	103.00	2,193,146.99

Fuente: Elaboración propia

- 7.15. De acuerdo a lo mencionado anteriormente, corresponderá al Tribunal Arbitral, verificar y analizar si la penalidad por concepto de Otras Penalidades se aplicó de acuerdo al Artículo 134° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, anteriormente aplicado.
- 7.16. Si bien, la imputación por parte de la entidad hacia el contratista respecto al hecho de no presentar la cantidad de maquinarias pactadas, corresponde al segundo supuesto de “Otras Penalidades” que señala el inciso 16 de los Términos de Referencia de las Bases del proceso de Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI, específicamente en su numeral 2; y esta línea de ideas, correspondería analizar si dicha imputación cumple con los elementos requeridos para aplicar penalidades por concepto de Otras penalidades.
- 7.17. Dentro de la lógica legal que ha demarcado la normativa de Contrataciones del Estado antes citada, el OSCE, mediante su Opinión N° 131-2019/DTN³, establece una serie de elementos que permiten centrar para el caso concreto, el análisis respectivo a la calificación de penalidades por el concepto de Otras Penalidades, disponiendo lo siguiente:

“En esa medida, se desprende que la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos de selección la aplicación de “Otras penalidades”, distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación; debiendo precisarse que para tal efecto, la Entidad deberá:

- i) Prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación;*
- ii) Definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora previsto en el artículo 162 del Reglamento;*
- iii) Delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y,*

³ SEMINARIO ZAVALA, Patricia (2019). OPINIÓN N° 131-2019/DTN. Dirección Técnica Normativa del OSCE.

- iv) ***Establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.***”

Y hemos resaltado este literal de lo desarrollado por el OSCE, debido a que el artículo 134 así lo dispone, y es un primer aspecto de forma que debe verificarse para calificar la validez de la aplicación de la penalidad, pues el procedimiento es un requisito que debe ser claramente definido por las Bases, y cumplido por las partes:

Artículo 134. Otras penalidades

*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, incluyen** los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el **procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.***

- 7.18. Bajo esta perspectiva, si bien la entidad ha desarrollado los supuestos de Otras Penalidades aplicando (a criterio de este Tribunal) objetividad, razonabilidad, congruencia y proporcionalidad con el objeto de la prestación, ha definido y delimitado tanto la forma de cálculo de la penalidad que le correspondería en base a los supuestos que originan su aplicación, así como también el procedimiento para aplicarla.
- 7.19. En efecto, de acuerdo a lo indicado en el inciso 16 de los Términos de Referencia de las Bases del proceso de Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI, el procedimiento de aplicación de penalidades se desarrollaría **según el informe de la Supervisión o de la DIR**; disposición que si bien no establece con claridad tiempo u oportunidad para su aplicación, sí dispone con claridad qué organo o funcionario es el competente para calificar la penalidad.

- 7.20. Este Tribunal Arbitral considera que, si bien la entidad estableció en un pequeño cuadro, **el procedimiento** que consideró, era suficiente para dar por cumplido lo establecido en la norma; este no resulta claro en lo absoluto, pues solo se señala lo siguiente:

Procedimiento
Según informe de la Supervisión o de la DIR.

Y con esta única indicación, las partes debían entender que se daba cumplimiento al procedimiento que ordena la Ley de Contrataciones, como necesario para que una penalidad de esta naturaleza pueda aplicarse.

- 7.21. Ahora bien, debemos cuidar de recordar que este procedimiento posee como finalidad, aquella indicada en el artículo 134 del Reglamento:

Artículo 134. Otras penalidades

*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, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el **procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.***

Es decir que, el referido Informe de la Supervisión o de la DIR, debe ser uno de **verificación** del supuesto a penalizar; y dicha interpretación no hace más que seguir la simple lectura de lo ordenado en la norma y lo dispuesto en las Bases: un organo competente, y un contenido o finalidad del referido informe, a través del cual se debe verificar si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.

- 7.22. Así también se ha citado anteriormente, la Opinión N° 131-2019/DTN⁴ emitida por el OSCE, que claramente dispone lo siguiente:

*“(...) “Otras penalidades”, distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación; debiendo precisarse que para tal efecto, la Entidad **deberá**:*

(...)

*iv) Establecer el procedimiento a través del cual **verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.**”*

Estando alineados, tanto la norma, como la Opinión del OSCE, y el criterio de este colegiado, a advertir que el contenido u objeto del Informe no tendría que ser otro que de verificación del supuesto, objeto de penalización.

- 7.23. Ahora, bien, de lo expuesto por las partes, queda claro para este Tribunal Arbitral que la parte demandada no estaría cumpliendo con el propio procedimiento que desarrolló en las bases, puesto que, como bien ha sido mencionado en los hechos y antecedentes del caso, en el presente Laudo Arbitral, la entidad estaría aplicando penalidades por medio de un documento y área que no corresponde a lo señalado por el inciso 16 de los Términos de Referencia de las Bases del proceso de Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI, puesto que la aplicación de penalidades se verificó por medio de un Informe de Control Concurrente, cuando en realidad el procedimiento de aplicación de penalidades correspondería al Informe del área de Supervisión o a la DIR.

- 7.24. Al respecto, amerita mención que, de las pruebas aportadas por las partes, se advierte que, no obstante **no ha sido sostenido por el PSI dentro de su defensa** para argumentar que se cumplió con el procedimiento, este colegiado ha verificado si alguno de los documentos aportados como prueba, da cumplimiento al procedimiento establecido en las Bases, encontrando que el siguiente informe amerita mención:

⁴ SEMINARIO ZAVALA, Patricia (2019). OPINIÓN N° 131-2019/DTN. Dirección Técnica Normativa del OSCE.

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

INFORME N° 5360 -2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS

A : ING. JORGE LEONIDAS LIZARRAGA MEDINA
Director
Dirección de Infraestructura de Riego

Asunto : Pronunciamiento a las medidas correctivas de los Controles Concurrente para el Pago de Valorización Única al Contratista American Contratistas Generales SAC correspondiente al Servicio de Elaboración de Ficha Técnica Definitiva y Descolmatación del Cauce del río La Leche I

Referencia : a) Informe N° 086-2018-PLCHS
b) Informe N° 203-2018-JCR
c) Informe N° 196-2018-JCR

Fecha : Lima, 26 NOV. 2018

Mediante el presente, informo a usted, que mediante los informes de la Referencia b) y c), el Ingeniero José Carril Rulz responsable de Seguimiento y Monitoreo, atende lo solicitado por la empresa contratista AMERICAN CONTRATISTAS GENERALES SAC en lo referente al pago de la Valorización Única, la misma que cuenta con la conformidad de la Supervisión; así como se pronuncia en base al descargo presentado por el Supervisor en relación al Control Concurrente N°671-2018-CG/CORCH-CC.

Al respecto, con el Informe N° 086-2018-PLCHS, del Ingeniero Pedro Chimoy Samamié, ha realizado el análisis a la implementación de las medidas correctivas de los controles concurrentes remitidos por la Contraloría Regional de Chiclayo, que en base a la documentación anexada por el Órgano de Control, recomienda la aplicación de penalidades por Mora y Otras Penalidades, en la presente Valorización Única, de acuerdo a lo advertido y demostrado en las Inspecciones de Campo de los días 04 y 12 de enero del 2018, realizado por la Contraloría y personal del supervisor que la suscriben.

Así mismo, en lo referido a las medidas correctivas ante lo advertido en el Control Concurrente N°671-2018-CG/CORECH-CC; relacionado al plazo de ejecución, las penalidades que correspondan, bajo la opinión legal a solicitar, tener presente su implementación en la Liquidación del Contrato.

En ese sentido, se recomienda continuar con el trámite de pago a favor del contratista AMERICAN CONTRATISTA GENMERALES S A C, por la suma de Once Millones Quinientos Treinta y Tres Mil Doscientos Cuarenta y Seis con 89/100 soles (S/. 11. 533,246.89) Incluye IGV, conforme a la revisión efectuada por el Ingeniero José Carril Rulz como responsable de Seguimiento y Monitoreo con el Informe N° 196-2018-JCR, donde se adjunta la Hoja de Liquidación y la Conformidad de Servicio F2.

Se precisa, que corresponde a la Oficina de Administración y Finanzas – OAF aplicar en el presente pago la penalidad recomendada en las conclusiones 3.1 y 3.2 del Informe N° 086-2018-PLCHS; que corresponden Penalidad por Mora y Otras Penalidades.

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

Atentamente,

PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES
ING. PERCY ALFREDO FLORES FLORES
Jefe de la Oficina de Supervisión

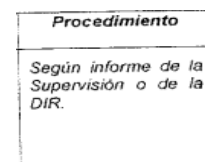
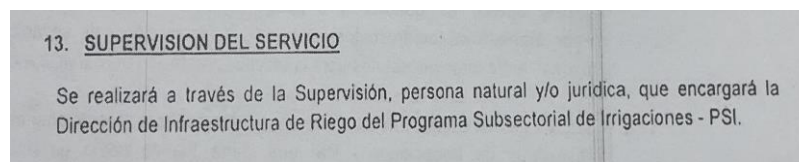
FFFIplchS CUT 4788-2018-PSI

7.25. Este colegiado advierte que el texto del referido Informe N° 5360-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS, no ha sido uno orientado al sentido ordenado por el citado artículo

134 del Reglamento, toda vez que únicamente se limita a citar el Informe N° 086-2018-PLCHS, el cual (al igual que el Informe N° 5360) **realiza el análisis de la implementación de las medidas correctivas de controles concurrentes** remitidos por la Contraloría Regional de Chiclayo, indicando de forma expresa que es la Contraloría la que recomienda la aplicación de penalidades, toda vez que **es ella la que realiza visita de campo**, dentro de su función de fiscalización.

Es decir, el Informe N° 5360-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS, no es uno que posea un contenido relacionado con la “verificación” del supuesto de infracción, a la que aluden tanto la norma como la Opinión del OSCE; sino que quien hizo la verificación y emitió un acta e informes, fueron otros funcionarios distintos, que habrían terminado emitiendo los Informes de Control Concurrentes Nos. 100, 316 y 617-2018-CG/GORECH-CC.

- 7.26. Adicionalmente a ello, amerita igual mención que, el organo que emite el referido informe se encuentra firmando como “Jefe de la Oficina de Supervisión”, el cual no es la Supervisión del Servicio, el Consorcio Río La Leche (según se ha mencionado por las partes). Recordemos que es la Supervisión, por medio del Supervisor, el competente para verificar el supuesto y emitir el informe que se indica como procedimiento (Términos de Referencia – Num. 13).



- 7.27. Resulta evidente que la Supervisión a la cual se hace referencia en los Terminos de Referencia, al momento de indicar el “procedimiento” para aplicación de las “Otras Penalidades”, es la Supervisión del Servicio; y no así una Oficina de Supervisión; sin embargo, tal como se ha indicado en los considerandos precedentes, ya sea que se quiera interpretar dicho cargo como “Supervisor” o como “DIR”, no resulta correcto, de la simple lectura de su remitente.

Y del mismo modo, más evidente resulta para este Tribunal que, el Informe 5360 no ha sido uno que desarrolle la verificación de una infracción, sino por el contrario, se ha limitado a indicar que los Controles Concurrentes han sugerido las penalidades, remitiendolo incluso a opinión legal, para considerarlo en la Liquidación del Contrato (según el mismo texto del informe).

7.28. En esta misma línea, lo mismo ocurriría con el Informe N° 086-20 18-PLCHS (citado en el Informe 5360), el cual mucho menos cumpliría con el fondo o la forma:

<u>INFORME N° 086 - 2018 - PLCHS</u>	
A :	ING. JORGE LEONIDAS LIZARRAGA MEDINA Director Dirección de Infraestructura de Riego
Atención :	ING. PERCY FLORES FLORES Jefe Oficina de Supervisión
ASUNTO :	Prnunciamento a las Medidas Correctivas de Controles Concurrentes para el pago de la Valorización Única del Contratista American Contratista Generales SAC "Servicio de Elaboración de Ficha Técnica Definitiva y Descolmatación del Cauce del Rio La Leche Tramo I
REFERENCIA :	a) Informe 196-2018-JCR del pago de la Valorización Única. b) Informe N° 203-2018-JCR del Control Concurrente N° 671
FECHA :	Lima, 20 de noviembre del 2018

Es grato dirigirme a usted, en atención a los documentos de la referencia a) y b); presentado por el Ing. José Carril Ruiz como Responsable de Seguimiento del servicio; que contiene la revisión al Informe Final para el trámite de la Valorización Única del Servicio de Descolmatación del cauce del río La Leche, correspondiente al periodo del 27 de diciembre del 2017 al 18 de enero del 2018, ejecutado por la empresa American Contratistas Generales S.A.C; así como lo referente al Control Concurrente N° 671-2018-CG/CORECH-CC donde se adjunta el descargo del Supervisor del servicio.

Al respecto, en razón de lo indicado en el asunto del rubro, se cuenta con los resultados del análisis y tratamiento de los Controles Concurrentes N° 100, 316 y 617 – 2018-CG/CORECH-CC, con las acciones correctivas recomendadas, ante lo advertido por la Contraloría, siendo una de las acciones a adoptar la aplicación de penalidades por incumplimiento contractual tanto al Contratista Ejecutor como a la Supervisión; lo cual fue comunicado al Ingeniero de Seguimiento y Monitoreo, que siendo el motivo del presente informar lo relacionado al trámite de la Valorización Única del Contratista, se manifiesta lo siguiente;

Toda vez que dicho informe es firmado por el Ing. Pedro Chimoy Samamé, el cual no ostenta cargo alguno; y asimismo, el contenido del informe (al igual que lo ocurrido en el 5360) no hace sino sugerir que es el Control Concurrente, con las actas levantadas, el que habría hecho una verificación y advertencia de la infracción, la misma que incluso habría recibido una contradicción por parte de la supervisión (hecho que se abordará en los siguientes considerandos), no siendo en modo alguno, la forma establecida en las Bases para la penalidad:

Situación Adversa N°02: La Entidad no adoptó acciones orientadas a que el contratista ejecute los servicios contratados con la totalidad de maquinaria ofertada, generando que las labores de prevención de desastres no concluyan oportunamente, exponiendo a la población ante la ocurrencia de otro fenómeno natural.

Con Carta N°033-2018-A.C.G.D.R.L. de fecha de recepción 11 de abril del 2018 (numeral 1.4); El Contratista manifiesta lo siguiente respecto a la Situación Adversa N°02 del Informe de Control Concurrente N°100-2018-CG/CORECH-CC:

...en cumplimiento de lo pactado, corresponde señalar que la Ejecución de las Actividades se computa a partir del día siguiente de comunicada la validación de la Ficha en mención (26.12.2017), es decir la ejecución de actividades se inicia a partir del 27.12.2017, hasta el 18.01.2018.

Así también, indica respecto a las Actas N° 1, 2, 3 y 4 del Anexo N° 2 del Informe de Control Concurrente N°100-2018-CG/CORECH-CC, corresponden a Visitas de Campo de fechas:

- 19.12.2017: (Fuera del periodo de ejecución de la actividad)
- 20.12.2017: (Fuera del periodo de ejecución de la actividad)
- 22.12.2017: (Fuera del periodo de ejecución de la actividad)
- 04.01.2018: (El contratista impugna el Acta por no haberse hecho partícipe del acto al Ing. Residente, además sustenta haber tenido toda la maquinaria y equipamiento de acuerdo a los partes diarios reportados).

A.- En base a las actas descritas en el control concurrente, la contraloría verifico el siguiente equipo trabajando en campo:

7.29. En consecuencia, tanto el referido Informe N° 5360-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS como el Informe N° 086-2018-PLCHS no cumplen con verificar el supuesto de infracción, ni tampoco demuestran corresponder al Supervisor o la Dirección de Infraestructura.

7.30. Por otro lado, este colegiado no puede dejar de advertir que, de los hechos del caso, se advierte **que es el mismo funcionario competente** para la emisión del

informe que verifique la infracción, el Supervisor, el que indica todo lo contrario; pues no solo no presentó en ningún momento alguna notificación o indicación que indique que el contratista estaría incurriendo en algún supuesto de penalidad por concepto de Otras Penalidades, sino por el contrario, es quien habría indicado mas bien que el Contratista NO HABRIA INCUMPLIDO con la maquinaria requerida:

Con Carta N°051-2018-CSRT-RL (numeral 1.7) y Carta N°072-2018-CSRT-RL de fecha de recepción 30 de octubre de 2018 (numeral 1.13), la Supervisión manifiesta lo siguiente, en referencia a la presente situación adversa del control concurrente:

"...esta Supervisión opina que el contratista NO ha incumplido con la maquinaria mínima requerida en campo, no debiéndose aplicar penalidad alguna por esta situación adversa comunicada por la Contraloría por estar fuera de lo razonable y formal."

~~Adicionalmente, la Supervisión ha efectuado un cuadro comparativo del listado de maquinaria con lo establecido en los TDR y BASES (80 tractores), lo validado por la ANA (40 Tractores), lo Ofertado (116 tractores) y la Aprobación de la Ficha Técnica Definitiva (50 Tractores); concluyendo que cumplió con el número de tractores que finalmente fue aprobado en la Ficha Técnica Definitiva.~~

~~Al respecto de la manifestada...~~

- 7.31. Este hecho, genera incluso duda en el colegiado sobre el fondo de la penalidad, pues en esta línea de ideas, no puede dejar de anotarse tampoco que de los hechos se tiene que no ha existido algún tipo de reclamo u observación que sugiera penalidad por parte de la Supervisión (o anotación alguna en el cuaderno de ocurrencias), sino por el contrario, la verificación de la culminación de las labores, y la no existencia de observaciones para dicho momento; lo cual conllevaría a generar duda en este Tribunal incluso sobre si la infracción habría existido o no; sin embargo, en este nivel de analisis (de la forma) no vamos a entrar a desarrollar los aspectos de fondo.
- 7.32. En efecto, no se ha advertido anotación alguna, que haya mencionado el PSI que de cuenta de la verificación de alguna infracción, pues durante la ejecución del

servicio (en el cuaderno de ocurrencias del Servicio), el Supervisor no habría formulado observación alguna al servicio que amerite el levantamiento o descargo por el Contratista, y que dicho incumplimiento conllevaría a la aplicación de penalidades; pues es el Supervisor el competente para formular observaciones, aplicar y notificar penalidades.

- 7.33. Asimismo, tal como se ha desarrollado en los puntos precedentes, las observaciones al servicio devienen del resultado del Informe de Control Concurrente efectuado por la Contraloría, que, en ejercicio de sus competencias de control gubernamental, habría señalado que se encontraron observaciones al servicio prestado y es a razón de ello que la Entidad, mediante el área no competente determinó la aplicación de penalidades al Contratista.
- 7.34. Respecto al Informe de Control Concurrente efectuado por la Contraloría, este Tribunal considera necesario mencionar que, si bien su finalidad es la “*de acompañar a los gestores públicos y examinar de forma objetiva y sistemática, de principio a fin, los hitos o las actividades de un proceso o intervención en curso, con el propósito de identificar y comunicar oportunamente a la Entidad la existencia de situaciones adversas para que esta las valore y adopte las medidas correctivas que garanticen el uso correcto y transparente de los fondos públicos en beneficio de los ciudadanos⁵”, no puede confundirse con la finalidad del Informe de verificación de infracción, señalado como procedimiento en las Bases para la aplicación, de la penalidad.*
- 7.35. Tal como lo señala, la finalidad del Control Concurrente es la de informar a la Entidad de situaciones que adversas a fin de que se valore y se adopte las medidas correctivas necesarias a fin de mitigar dicha situación; sin embargo el PSI, determinó la existencia de observaciones y la posterior aplicación de penalidades al Contratista, tomando como único fundamento dicho Informe de Control, sin analizar y determinar si efectivamente existieron dichas observaciones por parte de algún funcionario competente; y más aún sin tomar en consideración

⁵https://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/cgrnew/as_contraloria/prensa/notas_de_prensa/2020/lima/np_202-2020-cg-gcoc

que el Supervisor o la DIR no habría advertido alguna observación al servicio y en consecuencia la aplicación de penalidad alguna.

- 7.36. Finalmente, cabe precisar que, para este Tribunal en mayoría, mediante la Carta N° 1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR, el PSI informa al Consorcio la conformidad del servicio y sugiere continuar con el procedimiento de Liquidación, no haciendo mayor mención en su contenido.

Es preciso mencionar también, que la referida carta, incluye como referencias diversos memorandos e informes⁶, más no se ha afirmado (ni negado) la notificación de los mismos, junto con la referida carta; y ya se ha analizado los contenidos (forma y fondo) de los citados informes, pudiendo concluir que no cumplirían con verificar la infracción, como parte del procedimiento.

- 7.37. De todo lo antes expuesto, este Colegiado señala que el PSI no habría cumplido con lo señalado en las Bases Administrativas del Servicio, por lo que el supuesto de la norma, en el extremo de cumplimiento del procedimiento establecido en las Bases, no se habría cumplido; y por tanto, no existiendo un documento emitido por funcionario competente para calificar la infracción, objeto de penalidad, correspondería al Tribunal Arbitral declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la parte demandante, invalidando la penalidad aplicada por la parte demandada.

Consideraciones adicionales

- 7.38. Sin perjuicio del análisis efectuado en el primer punto controvertido, este Tribunal Arbitral advierte que dentro de los argumentos señalados por las partes, así como de los medios probatorios presentados, durante la ejecución del contrato, el PSI habría resuelto el contrato por la causal de acumulación de máxima penalidades

⁶ Se mencionan el Memorandum N° 5871-2018-MINAGRI-PSI-DIR del 26.11.2018 y el Informe N° 5360-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS de la Oficina de Supervisión, respectivamente, así como el Informe N°086-2018-PLCHS, del ingeniero Pedro Chimoy Samamé. Documentos que ya han sido analizados por este Tribunal.

por concepto de “Otras penalidades”, de acuerdo a lo señalado en el contrato y las Bases Integradas; mediante Carta Notarial N° 0025-2019-MINAGRI-PSI-OAF.

- 7.39. Al respecto, este Tribunal Arbitral, señala también que las partes no han ahondado mayor argumento sobre dicha resolución contractual, tampoco si ésta habría quedado consentida o no; siendo necesario determinar alguno puntos al respecto; ***pues la causal de dicha resolución es la acumulación de máximas penalidades; materia (penalidades) que si fue sometida a arbitraje*** de acuerdo a lo formulado en sus pretensiones del presente proceso.
- 7.40. En ese sentido, como ya se ha mencionado, es estrictamente necesario señalar que ***la principal materia que fue sometida a conocimiento de este Colegiado es la validez, ineficacia y/o nulidad de las penalidades aplicadas por el PSI al Contratista***, no siendo puesta a conocimiento de este colegiado, pretensión alguna (o defensa y debate) respecto a la resolución contractual practicada, y que si bien la aplicación de las penalidades y la resolución contractual estarían directamente relacionadas, este Colegiado se pronuncia única y exclusivamente sobre la aplicación de dichas penalidades (estas y no otras), debido a que son ellas las que de forma estricta han sido objeto de pretensión y defensa; más no sobre la validez o eficacia; o declaratoria de consentimiento o firmeza de alguna resolución contractual practica por el PSI.
- 7.41. Este Colegiado no ha señalado declaración alguna sobre la referida resolución contractual, puesto que no ha sido puesto de su conocimiento como materia controvertida, ni tampoco se ha indicado que las penalidades deudas en este proceso hayan sido aquellas que motivaron la resolución contractual; y pronunciarnos sobre aspectos no sometidos a conocimiento excedería la competencia otorgada y que no pueden contemplarse de oficio, caso contrario se estaría incurriendo en el pronunciamiento ***extra petita***.
- 7.42. En consecuencia, este Tribunal Arbitral señala que el presente Laudo contiene única y exclusivamente resolución de la materia de aplicación de penalidades efectuadas por el PSI al Contratista.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL PSI EFECTÚE EL PAGO A LA DEMANDANTE DEL IMPORTE DE S/. 2,136,817.34 (DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS DIECISIETE CON 34/100 SOLES) POR EL CONCEPTO DE OTRAS PENALIDADES, A TRAVÉS DE LA CARTA N° 1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR

- 7.43. En lo que respecta a la Segunda Cuestión Controvertida, puesto que se trata de determinar si corresponde o no que el PSI efectúe el pago a la demandante por el importe de S/. 2,136,817.34 esto guarda estrecha relación con lo señalado por este Tribunal Arbitral respecto al Primer Punto Controvertido, debido a que ambos puntos controvertidos se refieren a la misma aplicación de Otras Penalidades.
- 7.44. Como se ha manifestado anteriormente, debido a que la Supervisión, área encargada de aplicar o informar con las penalidades correspondientes en las que pudiera incurrir el contratista, no precisa o acredita lo manifestado por la parte demandada, en donde esta señala que el demandante sí incurrió en un supuesto de aplicación de penalidades por concepto de Otras Penalidades al no cumplir con proveer el personal o maquinaria ofrecida en su propuesta o que esta última no se encuentre 100% operativa en el día 04 de enero de 2018.
- 7.45. Por lo tanto, al haberse señalado en la Primera Cuestión Controvertida que las penalidades aplicadas por la entidad hacia el contratista eran inválidas por concepto de forma, le correspondería a la entidad efectuar el pago de S/. 2,136,817.34 (Dos millones ciento treinta y seis mil ochocientos diecisiete con 34/100 soles) por el concepto de Otras Penalidades que fueron cobradas del monto pactado en el contrato.
- 7.46. De acuerdo a lo anteriormente señalado, correspondería declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la parte demandante.

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL PSI REEMBOLSE A LA DEMANDANTE LAS COSTAS Y COSTOS ARBITRALES EN LOS CUALES SE INCURRA DURANTE EL DESARROLLO DEL PRESENTE PROCESO

- 7.47. 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.
- 7.48. 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.
- 7.49. 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.
- 7.50. 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:

- 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
- Las partes asuman los honorarios y gastos arbitrales en partes iguales.

CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL PSI REALICE LA DEVOLUCIÓN DE LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO N° 0149-2017-MINAGRI-PSI, ASCENDENTE A S/. 2,129,268.93 (DOS MILLONES CIENTO VEINTINUEVE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO CON 93/100) QUE FUE PARTE DE LA FIRMA DEL CONTRATO

- 7.51. Con relación a la Cuarta Cuestión Controvertida, respecto a la solicitud del demandante sobre la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento por parte del demandado, será necesario señalar cual es la naturaleza jurídica de la Garantía de Fiel Cumplimiento.
- 7.52. De acuerdo a esto, respecto a la naturaleza jurídica de la Garantía de Fiel Cumplimiento, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado hace mención a la función de las garantías⁷, 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.”

- 7.53. En ese sentido, respecto a 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

⁷ SEMINARIO ZAVALA, Patricia (2019). Opinión N° 001-2019/DTN. Dirección Técnico Normativa del OSCE.

Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, el cual desprende lo siguiente:

“131.2. 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...”

7.54. En base a ello, son dos supuestos en donde cabe la posibilidad de que la entidad pueda mantener su derecho de posesión de las garantías, y por lo tanto ejecutarlas.

7.55. Con relación al primer supuesto respecto a que será necesario que la resolución contractual quede consentida por parte del contratista, el inciso 1 del Artículo 135 del Reglamento de La Ley de Contrataciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF menciona lo siguiente respecto a las causales de resolución contractual:

“135.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista: a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; b) 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 c) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.”

7.56. En lo que se refiere el presente caso arbitral, la resolución contractual interpuesta por la entidad, de acuerdo a la Carta Notarial N° 0025-2019-MINAGRI-PSI-OAF, señala que el supuesto de la resolución consta de haberse cumplido con la acumulación del monto máximo de penalidades por concepto de otras penalidades, así como la determinación de penalidad por mora.

7.57. Asimismo, respecto al procedimiento de resolución del contrato, el cuarto párrafo del Artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF señala lo siguiente:

“(…)

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.

(…)”

7.58. Por tal motivo, al tratarse de una resolución contractual por el supuesto de acumulación máxima del monto de las penalidades, la entidad puede resolver el contrato sin requerir que el contratista cumpla con ejecutar sus obligaciones contractuales.

7.59. Con relación a lo mencionado anteriormente, en lo que se refiere a los efectos de la resolución contractual, el tercer párrafo del Artículo 137 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF manifiesta lo siguiente:

“(…)”

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida.”

(…)”

7.60. Dentro de este marco, se entiende que la resolución contractual por parte de la entidad quedaría consentida en caso no se hubiera iniciado algún proceso conciliatorio o arbitral, sin embargo, el 25 de marzo de 2019 el consorcio presenta una solicitud de arbitraje en la que exige la invalidación y devolución del monto de penalidades cobradas por la entidad, lo cual guarda relación con el objeto principal de la resolución contractual; por lo tanto, no podría aplicarse este supuesto de

ejecución de garantías, puesto que ya existe un proceso arbitral que pone de manifiesto el no consentimiento del cobro de penalidades por concepto de otras penalidades que le fueron imputadas al consorcio.

- 7.61. En lo que se refiere al segundo supuesto requerido para la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento, en donde deberá existir un laudo arbitral que señale la validación de la resolución contractual, se hará el análisis correspondiente.
- 7.62. Si bien el contratista ha iniciado el proceso arbitral mediante su demanda presentada al Tribunal Arbitral, este no hace ninguna mención respecto a la invalidez de la resolución contractual dentro de sus pretensiones, por tal motivo, ya que el Tribunal Arbitral designado para este caso no puede resolver en base a lo que no se encuentra dentro de las pretensiones de la demanda, este Tribunal Arbitral no podrá emitir un laudo que señale la validez o invalidez de la resolución contractual, por lo tanto, este supuesto de ejecución de garantías no puede ser aplicado en este proceso.
- 7.63. Por tal motivo, respecto a la Cuarta Pretensión Principal que se desarrolla en este proceso arbitral, correspondería, solamente, aplicar lo señalado por el inciso 1 del Artículo 126 del Reglamento de La Ley de Contrataciones del Estado, el cual se encuentra modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF, donde señala lo siguiente respecto a la Garantía de Fiel Cumplimiento:

“126.1. 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.”

- 7.64. En base a lo anteriormente mencionado, será necesario determinar si el presente caso hace alusión a lo establecido en el inciso 1 del Artículo 126 del Reglamento de

La Ley de Contrataciones del Estado, en la medida de que pueda indicarse si el contrato celebrado por las partes concluye con la liquidación final correspondiente.

- 7.65. Ahora bien, el contratista precisa que, al haber obtenido la conformidad de la última prestación de acuerdo a lo señalado en la Carta N° 1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR la que contiene el Informe N° 206-2018-JCR, ya tendría el derecho legal para poder exigir la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento.
- 7.66. Sin embargo, de acuerdo al mismo Informe N° 206-2018-JCR, el cual precisa que es necesario obtener la conformidad de la última prestación para poder aplicar la Liquidación del Servicio y poder cobrarlo, de acuerdo a lo mencionado en la Resolución Ministerial N° 0374-2017-MINAGRI de fecha 20 de setiembre de 2017 respecto a lo mencionado en el Capítulo 6 sobre la Supervisión, Liquidación y Cierre de las Actividades, los cuales pertenecen a los “Lineamientos para la ejecución de actividades de necesidad inmediata formulados por los gobiernos subnacionales”, el cual señala lo siguiente:

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.

- 7.67. Por tal motivo, en base a lo señalado por la Resolución Ministerial N° 0374-2017-MINAGRI, y de acuerdo a lo manifestado por ambas partes, el contratista, si bien cuenta con la conformidad de la última prestación, no se llegó a realizar la Liquidación Final ni el cobro respectivo del mismo, por lo que se infiere que, al no existir la Liquidación Final de la ejecución de la prestación, el demandante no tendría la capacidad legal para poder exigir la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento, lo cual permitiría que la entidad pueda mantener dicha garantía, de acuerdo a lo señalado por el inciso 1 del Artículo 126 del Reglamento de La Ley de Contrataciones del Estado.

7.68. En base a lo anteriormente mencionado, correspondería al Tribunal Arbitral declarar **INFUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal de la demanda presentada por el consorcio.

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


PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la Primera y Segunda Pretensiones Principales.

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

TERCERDO: DECLARAR INFUNDADA la Cuarta Pretensión Principal.



JUAN CARLOS PINTO ESCOBEDO
PRESIDENTE



RITA CASTRO-PRINZ RODRÍGUEZ
ÁRBITRO

Caso N° 07-2020.



CORTE SUPERIOR DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE AYACUCHO

Consorcio Riego Chipao

c.

Proyecto Especial Sierra Centro Sur

(Caso N° 07-2020)

LAUDO.

ARBITRAJE NACIONAL Y DE DERECHO.

LEGISLACIÓN PERUANA.

Árbitro Único

Dr. Leonardo Manuel Chang Valderas

Secretaría Arbitral

Carol Elena Prosopio Almonacid

Fecha de depósito del Laudo: 28 de abril de 2021.

INDICE

I.- LUGAR Y FECHA DE EMISIÓN

II.- EL CONTRATO, EL CONVENIO ARBITRAL, LA CONTROVERSIA Y LAS PARTES.

III.- TERMINOLOGÍA Y RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL UNIPERSONAL

IV.- ANTECEDENTES PROCESALES

V.- DE LA DEMANDA ARBITRAL

**V.1. - ARGUMENTOS DEL CONTRATISTA EN RELACIÓN A LA PRIMERA
PRETENSIÓN PRINCIPAL**

**V.2.- ARGUMENTOS DEL CONTRATISTA EN RELACIÓN A LA SEGUNDA
PRETENSIÓN PRINCIPAL**

**V.3.- ARGUMENTOS DEL CONTRATISTA EN RELACIÓN A LA TERCERA
PRETENSIÓN PRINCIPAL**

VI.- DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

VI.1.- FUNDAMENTOS DE HECHO

**VI.2.- ARGUMENTOS DE LA ENTIDAD EN RELACIÓN A LA PRIMERA
PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**

**VI.3.- ARGUMENTOS DE LA ENTIDAD EN RELACIÓN A LA SEGUNDA
PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**

Caso N° 07-2020.

**VI.4.- ARGUMENTOS DE LA ENTIDAD EN RELACIÓN A LA TERCERA
PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**

VII.- ALEGATOS Y ESCRITOS COMPLEMENTARIOS

VII.1.- CONTRATISTA

VII.2.- ENTIDAD

VIII.- CUESTIONES PRELIMINARES

IX.- ANALISIS

**IX.1.- ANÁLISIS SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA
DEMANDA.**

**IX.2.- ANÁLISIS SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA
DEMANDA**

**IX.3.- ANÁLISIS SOBRE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA
DEMANDA**

X.- LAUDA.

Caso N° 07-2020.**GLOSARIO DE TÉRMINOS DEFINIDOS**

Abreviatura	Término completo
ENTIDAD	Proyecto Especial Sierra Centro Sur
CONTRATISTA	Consorcio Riego Chipao
ADJUDICACIÓN SIMPLIFICADA	Adjudicación Simplificada N° 008-2019-MINAGRI-PESCS para la contratación del Servicio de Consultoría de Obra para la Elaboración del Expediente Técnico del Proyecto “Mejoramiento del Servicio de Agua Potable para el Sistema de Riego Pichccaccocha de las comunidades de Villa San José y Santa Rosa, Distrito de Chipao – Lucanas – Región Ayacucho”.
CONTRATO	Contrato N° 012-2019-MINAGRI-PESCS, para la elaboración del Expediente Técnico del Proyecto “Mejoramiento del Servicio de Agua Potable para el Sistema de Riego Pichccaccocha de las comunidades de Villa San José y Santa Rosa, Distrito de Chipao – Lucanas – Región Ayacucho”.
RESOLUCIÓN DIRECTORAL	Resolución Directoral N° 074-2020-MINAGRI-PESCS
CENTRO	Corte Superior de la Cámara de Comercio de Ayacucho
LCE	Ley de Contrataciones del Estado.
RLCE	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Caso N° 07-2020.

I.- LUGAR Y FECHA DE EMISIÓN.

En Lima, a los 28 días del mes de abril de dos mil veintiuno.

II.- EL CONTRATO, EL CONVENIO ARBITRAL, LA CONTROVERSIA Y LAS PARTES.

El Contrato N 012-2019 MINAGRI-PUSCE, suscrito el 28 de junio de 2019, derivado de la Adjudicación Simplificada N 08-2019 MINAGRI-PESCS, tiene por objeto la contratación del servicio de consultoría de obra para la elaboración del expediente técnico de proyecto: Mejoramiento del servicio de agua para el sistema de riego Pichccacocha de las comunidades de Villa San José y Santa Rosa, distrito de Chipao – Lucanas – Región Ayacucho. Código SNIP N 381006.

En el Capítulo I Etapas del procedimiento de selección se la Sección General de las Bases del procedimiento de selección, se estableció, respecto del marco legal, lo siguiente:

CAPÍTULO I ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

1.1. REFERENCIAS

Cuando en el presente documento se mencione la palabra Ley, se entiende que se está haciendo referencia a la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y cuando se mencione la palabra Reglamento, se entiende que se está haciendo referencia al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

Asimismo, en la cláusula décima séptima del contrato, se estableció que:

CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado 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.

El monto del contrato asciende a S/. 352 148.12 soles, que incluye todos los impuestos de ley. Este monto comprende el costo del servicio de consultoría de obra, todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales conforme la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que puede tener incidencia sobre la ejecución del servicio materia del presente contrato.

Caso N° 07-2020.

La entidad se obligó a pagar la contraprestación al contratista en soles, en pagos parciales (conforme a los entregables), luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 171 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El plazo de ejecución del contrato era de 90 días calendario, el mismo que se computa desde el día siguiente de efectuada la entrega del terreno. El sistema de contratación fue el de suma alzada.

La controversia de las partes se refiere a la resolución contractual que efectuó la ENTIDAD del CONTRATO, por causa imputable al CONTRATISTA.

El CONTRATISTA sostiene que la RESOLUCIÓN DIRECTORAL que resolvió el CONTRATO es ineficaz y que tal conducta abusiva de la ENTIDAD le provocó daños y perjuicios que deben ser indemnizados; así, como también, la ENTIDAD debe asumir los gastos del presente arbitraje.

Por su parte, la ENTIDAD alega que está acreditado el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales del CONTRATISTA al no haber presentado el primer entregable ni atendido el apercebimiento efectuado, por lo que correspondía resolver el CONTRATO; y, en consecuencia, es ilógico que indemnice al CONTRATISTA, por lo que debería asumir los gastos de este arbitraje.

Respecto al convenio arbitral, en la cláusula décima octava del CONTRATO, se estableció lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS³

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 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 del 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 numeral 45.21 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Caso N° 07-2020.

El Demandante en este proceso arbitral es el Consorcio Riego Chipao integrado por Consorcio BWE Pockras S.A.C., Olubet E.I.R.L. y Sergio Augusto Choccechanca Cuadros. Interviene como su representante, el Sr. Wilber Flores Martinez. Intervienen en su defensa, el abogado Julio, Salazar Morales, identificado con D.N.I. N° 28309057 y con Reg. C.A.A. N° 1103; teniendo como direcciones electrónicas, las siguientes: sz.solucionesyasesoriaslegales@gmail.com, ihesa_25@hotmail.com, c_pockrassac@hotmail.com

La Demandada en este proceso arbitral es el Proyecto Especial Sierra Centro, adscrita al Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego. Interviene en su defensa, la abogada Katty Mariela Aquize Cáceres, en su calidad de Procuradora Pública del Ministerio de Agricultura y Riego y los abogados, Lisset Delgado Valdez, Carolina López Costa, Nerybelle Callirgos Janampa, Omar Alberto Figueroa Camacho, Ricardo Alejandro Inga Huarcaya y Harold López Noriega; y, la ingeniera Yeni Nuñez Cuadros, identificada con D.N.I. N° 40896884 y del contador Luis Alberto Espinoza Meneses, identificado con D.N.I. N° 42208095; teniendo como direcciones electrónicas, las siguientes: kaquize@minagri.gob.pe; gvivar@minagri.gob.pe y ringa@minagri.gob.pe.

Intervino como perito de parte, el CPCC. Jaer Salvatierra Lapa, con Registro de Perito N° 077.

III.- TERMINOLOGÍA Y RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL UNIPERSONAL

De otro lado, el Árbitro Único deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión. Asimismo, el Árbitro Único para resolver los puntos controvertidos, podrá modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad del proceso, que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos.

Caso N° 07-2020.

IV.- ANTECEDENTES PROCESALES

Con fecha 23 de junio de 2020, el CONTRATISTA presentó su solicitud de arbitraje ante la Secretaría de la Corte Superior de la Cámara de Comercio de Ayacucho.

Con fecha 01 de julio de 2020, la ENTIDAD contestó la solicitud de arbitraje.

Mediante sesión de Consejo de fecha 15.07.2020, los miembros del Consejo de la Corte Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Ayacucho, designaron al Árbitro Único, abogado Leonardo Manuel Chang Valderas, para resolver la controversia suscitada entre el Consorcio Riego Chipao con el Proyecto Especial Sierra Centro Sur.

La aceptación del Árbitro Único ocurrió el 28 de julio de 2020, sin que, notificadas, las partes hayan objetado la designación.

Mediante Resolución N° 01 de fecha 03 de septiembre de 2020, el Tribunal Arbitral Unipersonal quedó constituido. Asimismo, se fijaron las reglas procesales del arbitraje y se otorgó a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles para que formulen sus observaciones.

Con fecha 11 de septiembre de 2020, el CONTRATISTA presentó escrito con sumilla *“expresamos nuestra posición respecto de las reglas arbitrales”*.

Con fecha 11 de septiembre de 2020, la ENTIDAD presentó escrito con sumilla *“Propongo modificaciones de Reglas”*.

Mediante Resolución N° 02 de fecha 21 de septiembre, se corrió traslado a las partes el escrito presentado por su contraparte.

Con fecha 28 de septiembre de 2020, el CONTRATISTA presentó el escrito con sumilla *“Emitimos pronunciamiento respecto de las modificaciones arbitrales propuestas por la Procuraduría del Minagri”*.

Caso N° 07-2020.

Con fecha 29 de septiembre, la ENTIDAD presentó escrito con sumilla “*Absolvemos traslado*”.

Mediante Resolución N° 03 de fecha 30 de septiembre de 2020, se tuvo por modificado las reglas arbitrales establecidas en la Resolución N° 01 y se otorgó al CONTRATISTA el plazo de veinte (20) días hábiles para que presente su demanda.

El 29 de octubre de 2020, el CONTRATISTA presentó su demanda arbitral.

Mediante Resolución N° 04 de fecha 03 de noviembre de 2020, se tuvo por presentada la demanda arbitral y se la corrió traslado a la ENTIDAD.

El 02 de diciembre de 2020, la ENTIDAD contestó la demanda arbitral.

Mediante Resolución N° 05 de fecha 11 de diciembre de 2020, se tuvo por contestada la demanda y se citó a las partes a Audiencia, la misma que se llevó a cabo el 08 de enero de 2021, en la que se aprobó el calendario procesal que establecía que, con posterioridad al 26 de febrero de 2021, corría el plazo para laudar.

Mediante Resolución N° 06 de fecha 04 de enero de 2021, se denegó el plazo ampliatorio de veinte (20) días hábiles solicitados por el CONTRATISTA para la presentación de su pericia, toda vez que no lo ofreció como medio probatorio en su demanda arbitral. Asimismo, se dejó a salvo el derecho de las partes de presentar los medios probatorios que consideran pertinentes hasta el 29 de enero de 2021, fecha en la que se iba a proceder al cierre de la etapa probatoria, conforme a lo establecido en el calendario de actuaciones arbitrales.

Con fecha 27 de enero de 2021, el CONTRATISTA presentó la pericia contable.

El 26 de febrero de 2021, el CONTRATISTA presenta el escrito con la sumilla “*Presentamos escrito complementario*”, señalando en su Segundo Otrosí Decimos que no se habrían respetado los Reglamentos de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Ayacucho, por cuanto no se habría realizado las audiencias de alegatos orales y actuación del peritaje de parte, asimismo, deja constancia que las decisiones del Árbitro no se han emitido por resoluciones conforme se venía dando hasta la Resolución N° 6.

Caso N° 07-2020.

Mediante Resolución N° 07 de fecha 02 de marzo de 2021, a pesar de que el CONTRATISTA intervino en la determinación del calendario procesal fijado en la Audiencia del 08 de enero de 2021, es que, en atención a lo indicado por el CONTRATISTA en su escrito de fecha 26 de febrero de 2021, se dejó sin efecto el calendario procesal aprobado por las partes en lo concerniente al plazo para laudar, a fin de habilitar la programación de una Audiencia Virtual de Informe Pericial, dejándose constancia que la ENTIDAD no expresó oposición alguna a la pericia presentada por su contraparte. Se citó a las partes al informe pericial para el día 15 de marzo de 2021. Asimismo, se precisó que posteriormente se programaría la Audiencia de Informes Orales.

Con fecha 15 de marzo de 2021 se celebró la audiencia pericial que quedó registrada en un Acta y que contó con la participación de las partes y sus representantes y del perito de parte Sr. Jaer Salvatierra Lapa, con registro de perito N 077 del CCPA. En la misma Acta, se otorgó a las partes un plazo de 10 días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y, en coordinación con las partes, se les citó para la Audiencia virtual de informes orales para el día 09 de abril de 2021 a las 9am; precisándose que, luego de la Audiencia, se computaría el plazo para laudar.

Con escrito de fecha 24 de marzo de 2021, la ENTIDAD presenta el escrito con la sumilla *“apersonamiento”* y *“presentamos alegatos y conclusiones finales”*.

Con escrito N 16, presentado el 30 de marzo de 2021, el CONTRATISTA deja constancia que las actuaciones arbitrales transgreden las reglas arbitrales fijadas por las partes, bajo el argumento de que no correspondía otorgar un plazo para la presentación de alegatos; pese a que, contradictoriamente, en su escrito de fecha 26 de febrero de 2021, el CONTRATISTA señaló que, respecto del primer calendario procesal aprobado, no se habrían respetado los Reglamentos de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Ayacucho, por cuanto no se habría realizado las audiencias de alegatos orales y actuación del peritaje de parte.

En el Acta de Audiencia virtual de Informes orales de fecha 09 de abril de 2021, se registró la participación de los representantes del CONTRATISTA y ENTIDAD quienes realizaron una exposición sobre sus respectivas posiciones. Asimismo, en la misma Acta se dispuso

Caso N° 07-2020.

el cierre de instrucción y se fijó el plazo para laudo en un plazo no mayor a 30 días hábiles prorrogable por una única vez, por decisión del Árbitro Único, por 20 días hábiles adicionales.

No existe Laudo parcial emitido.

No existe intervención de partes no signatarias.

No se formularon excepciones u objeciones a la competencia del Árbitro Único.

No se solicitaron o dictaron medidas cautelares.

No existen procesos arbitrales vinculados al presente.

V.- DE LA DEMANDA ARBITRAL

El CONTRATISTA solicita que se amparen las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Se declare la ineficacia de la Resolución Directoral N° 074-2020-MINAGRI-PESCS del 11 de marzo de 2020, mediante el cual se resuelve el Contrato N° 12-2019-MINAGRI-PESCS de fecha 28 de junio de 2019, suscrito con el representante legal del CONTRATISTA, por haber incurrido en incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Se ordene el pago de una indemnización de daños y perjuicios provocados como consecuencia del ejercicio abusivo del derecho de la ENTIDAD de resolver el contrato.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Ordene a la ENTIDAD asumir los gastos que irroque la organización del arbitraje solicitado, incluyendo honorarios arbitrales, gastos administrativos por la organización

Caso N° 07-2020.

del proceso arbitral, así como los costos de la asesoría técnica y legal contratados para resolver la controversia.

V.1. - ARGUMENTOS DEL CONTRATISTA EN RELACIÓN A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Señala que la RESOLUCIÓN DIRECTORAL resuelve el contrato, alegando un supuesto incumplimiento en su obligación de presentar el primer entregable en el plazo previsto contractualmente.

Sin embargo, alega que los términos de referencia del procedimiento de selección N° 08-2019-MINAGRI-PESCS-CS – Primera Convocatoria, Capítulo III (Requerimiento), numeral 13 “Informes de Avance” establecen que el contratista debe presentar, entre otros:

PRIMER ENTREGABLE

Será presentado en un plazo que no excederá de los sesenta (60) días calendario contabilizados a partir del día siguiente de la firma del contrato, debe contener lo siguiente:

Estudio de topografía

Estudio de hidrología

Estudio geológico – geotecnia

Estudio de impacto ambiental

Análisis de riesgo y desastres

Diseño de reservorios

Diseño Hidráulico y estructural del sistema de riego

Indica que el primer entregable no pudo ser presentado dentro de los sesenta (60) días, según el TDR; ni dentro de los sesenta (60) días posteriores a la entrega del terreno, de acuerdo al CONTRATO; por causas ajenas a su voluntad.

Así, afirma que las autoridades de la Comunidad de Andamarca no le permitieron el acceso del consultor como de los especialistas a la laguna Pichccacocha en donde se proyectó la construcción de la presa, por lo que no pudo realizar las perforaciones de diamantina.

Caso N° 07-2020.

Señala que ello está acreditado mediante el acta de acuerdo de fecha 17 de agosto de 2019, suscrita por las autoridades comunales de Villa San José, Santa Rosa, Moyobamba, el representante y equipo técnico del CONTRATISTA, así como por el supervisor de consultoría.

Menciona que tal acontecimiento es de conocimiento de la ENTIDAD, pues dio origen a la suscripción del acta de suspensión de plazo de ejecución contractual del 20 de septiembre de 2019, por cuarenta y cinco (45) días computados desde el 20 de setiembre de 2019.

Explica que dicha suspensión no cesó por ese número de días, porque con Carta Notarial N° 003-2020-MINAGRI-PESCS-1601, la ENTIDAD le comunicó su decisión de ampliar el plazo hasta el 12 de diciembre de 2019.

Asimismo, refiere que el 16 de enero de 2020, la ENTIDAD le transmitió la Carta Notarial N° 002-2020-MINAGRI-PESCS-1601, la cual aprobó la ampliación de plazo por treinta y cinco (35) días calendario, trasladando la presentación del primer entregable del 12 de diciembre de 2019 al 16 de enero de 2020.

Expone que el mismo 16 de enero de 2020, mediante Carta N° 02-2020-CONSORCIO RIEGO CHIPAO, solicitó a la ENTIDAD la ampliación de plazo debido a la falta de disponibilidad de terreno para la ejecución de los trabajos de perforación de diamantina; pues los comuneros de la Comunidad Campesina de Andamarca se negaron a autorizar la realización de los referidos trabajos.

Indica que lo anterior se puede comprobar mediante el acta de sesión extraordinaria de negación para inicio de trabajos de perforación de diamantina suscrita por el Presidente, Secretario, Presidente de la comisión de riego y otras autoridades de la Comunidad Campesina de Andamarca.

Da cuenta que dicha solicitud de ampliación fue negada por aún no haber cesado el hecho generador.

Caso N° 07-2020.

En consecuencia, sostiene que la resolución contractual es arbitraria, pues no se verifica el supuesto incumplimiento injustificado.

V.2.- ARGUMENTOS DEL CONTRATISTA EN RELACIÓN A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Señala que son aplicables los artículos 1321, 1351, 1352, 1361, 1362 y 1373 del Código Civil.

Alega que la ENTIDAD resolvió el CONTRATO de manera abusiva, pues no existía causa para tal efecto. Así la ENTIDAD abusó del Derecho, pues se extralimitó en la resolución del CONTRATO sin que exista causa para ella.

V.3.- ARGUMENTOS DEL CONTRATISTA EN RELACIÓN A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Sostiene que no existe pacto entre las partes respecto del pago de los costos y costas arbitrales y tampoco se ha señalado nada en el acta de instalación, por lo que el Árbitro Único deberá fijar a que parte corresponde el pago.

VI.- DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

VI.1.- FUNDAMENTOS DE HECHO

Refiere que el 26 de julio de 2019, se hizo la entrega del terreno y se dio inicio a la ejecución contractual.

Indica que el 20 de septiembre de 2019, firmó con el CONTRATISTA el Acta de Suspensión de Plazo de Ejecución del CONTRATO, conviniendo suspenderlo por cuarenta y cinco (45) días o hasta que se encuentre solución al impase generado por la comunidad de Andamarca.

Señala que el 28 de octubre de 2019, se llevó a cabo una reunión en las instalaciones de la ENTIDAD en la que arribaron a los siguientes acuerdos:

Caso N° 07-2020.

- Los representantes de las comunidades, del Comité de Riego y de la Municipalidad de Chipao sustenta que el proyecto sí cuenta con libre disponibilidad hídrica.
- Ante la negativa de autorización de pago a las lagunas por parte de la Comunidad de Andamarca, para poder culminar con los estudios de diamantina, se propone el acceso a través de otra ruta que queda completamente en la jurisdicción de Chipao, para cuya apertura comunican que requieren de veinte (20) días calendario contados a partir del 02 de noviembre de 2019.

Manifiesta que el 29 de octubre de 2020, mediante el Oficio N° 399-2019-ALC-MDCH/A, el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Chipao comunicó que se iniciaría con la apertura de un acceso a las lagunas para poder proceder con los estudios de perforación diamantina, comunicando que se daría inicio el 02 de noviembre de 2019 y que se requerían veinte (20) días calendario para su culminación.

Sostiene que el 29 de octubre de 2020, a través de la Carta N° 025-2019-CONSORCIO RIEGO CHIPAO-WFM7RC, el CONTRATISTA solicitó la ampliación del plazo de la suspensión del plazo de ejecución del CONTRATO hasta la culminación de la apertura del acceso señalado.

Menciona que el 13 de noviembre de 2019, mediante el Oficio N° 408-2019-ALC-MDCH/A, el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Chipao comunicó inconvenientes en el proceso de apertura del acceso hacia la laguna Pichccaccocha, el cual estaría terminando el 12 de diciembre de 2019.

Expone que el 13 de diciembre de 2019, a través de la Carta N° 028-2019/PROVER-PESCS-CH, el supervisor comunicó que el acceso con trocha carrozable había sido concluido en virtud del compromiso adquirido por la Municipalidad Distrital de Chipao.

Que, dicho acceso debería ser previsto en el expediente técnico como alternativa al proyectado en el perfil, el cual se ubicaba en la C.C. Andamarca. Asimismo, señala que, mencionó lo siguiente: *“En cuanto a la oposición de la CC Andamarca a la ejecución del*

Caso N° 07-2020.

proyecto, esta carece de sustento legal alguno, ya que no se puede impedir el acceso a los recursos naturales del estado por parte de otras comunidades”.

Afirma que el 23 de diciembre de 2019, mediante Carta N° 030-2019-PROVER-PESCS-CH, el supervisor emitió opinión complementaria sobre la solicitud de ampliación de suspensión de plazo de ejecución, precisando que la supervisión lo consideraba procedente, pues los trabajos de acceso de la trocha carrozable ya habían sido concluidos.

Indica que a través de la Carta N° 001-2020/PROVER-PESCS-CH, el supervisor emitió opinión favorable respecto a la ampliación de plazo presentado por el CONTRATISTA.

Así, señala que el 07 de enero de 2020, mediante Informe N° 0002-2020-MINAGRI-PESCS-1606 del 07 de enero de 2020, se emitió opinión favorable sobre la solicitud de ampliación de plazo presentada por el CONTRATISTA.

Asimismo, sostiene que el 15 de enero de 2020, mediante la Carta Notarial N° 003-2020-MINAGRI-PESCS-1601, comunicó al CONTRATISTA su decisión de ampliar el plazo de ejecución del CONTRATO hasta el 12 de diciembre de 2019, fecha en que terminó satisfactoriamente la construcción de la trocha carrozable desde Soraccasa hacia la laguna de Pichcaccocha.

En ese contexto, refiere que el 15 de enero de 2020, a través de la Carta Notarial N° 002-2020-MINAGRI-PESCS-1601 comunicó al CONTRATISTA la aprobación de la ampliación de plazo por treinta y cinco (35) días calendario, los cuales iniciaban el 12 de diciembre de 2019 y culminaban el 16 de enero de 2020.

Expresa que el 16 de enero de 2020, mediante Carta N° 02-2020-CONSORCIO RIEGO CHIPAO, el CONTRATISTA le solicitó la ampliación de plazo debido a la falta de disponibilidad de terreno para la ejecución de los trabajos de perforación de diamantina; pues los comuneros de la Comunidad Campesina de Andamarca se negaron a autorizar la realización de los referidos trabajos.

Caso N° 07-2020.

En ese sentido, manifiesta que el 23 de enero de 2020, mediante Carta Notarial N° 006-2020-MINAGRI-PESCS-1601, le comunicó al CONTRATISTA la improcedencia de su pedido.

Señala que el 30 de enero de 2020, mediante Carta Notarial N° 011-2020-MINAGRI-PESCS-1601, le requirió al CONTRATISTA presentar el primer entregable de la elaboración del expediente técnico, dentro del plazo de tres (03) días calendario.

Sostiene que nuevamente, el 11 de febrero de 2020, mediante Carta Notarial N° 19-2020-MINAGRI-PESCS-1601, requirió al CONTRATISTA la presentación del primer entregable de la elaboración del expediente técnico, en el plazo de tres (03) días, bajo apercibimiento de resolución del CONTRATO.

Finalmente, afirma que el 11 de marzo de 2020, resolvió el CONTRATO a través de la Resolución Directoral N° 074-2020-MINAGRI-PESCS, que fue comunicada al CONTRATISTA a través de la Carta Notarial N° 028-2020-MINAGRI-PESCS-1601.

VI.2.- ARGUMENTOS DE LA ENTIDAD EN RELACIÓN A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

Alega que el perfil técnico del proyecto contemplaba el acceso a la laguna Pichccaccocha a través de la comunidad de Andamarca en el distrito de Carmen Salcedo, hecho que generó la negativa de acceso por parte de la citada comunidad y, como consecuencia, se suspendió el plazo de ejecución del servicio de consultoría.

Sin embargo, expresa que el hecho concluyó con la construcción de un acceso hacia dicha laguna, a través del distrito de Chipao, que se comprueba con lo señalado por el supervisor a través de las Cartas N° 028 y 030-2019-PROVER-PESCS-CH del 13 y 23 de diciembre de 2019, respectivamente.

En relación a lo anterior, afirma que a través de la Carta Notarial N° 003-2020-MINAGRI-PESCS-1601, comunicó que correspondía la ampliación de la suspensión del plazo hasta el 12 de diciembre de 2019, fecha en que se terminó satisfactoriamente la construcción de la trocha carrozable desde Soraccasa hacia la laguna Pichccaccocha.

Caso N° 07-2020.

En virtud de ello, sostiene que la causal para la suspensión del plazo contractual culminó con la apertura del acceso hacia la citada laguna, trabajo que fue efectuado por la Municipalidad Distrital de Chipao.

Así señala que, desde el 12 de diciembre de 2019, el CONTRATISTA contaba con la accesibilidad necesaria a efectos de continuar con los estudios correspondientes en la referida laguna.

De ese modo, indica que los plazos para la presentación del primer entregable son como a continuación se señala:

Fecha suscripción de contrato	: 28 de junio de 2019
Fecha entrega de terreno	: 25 de julio de 2019
Fecha inicio plazo contractual	: 26 de julio de 2019
Plazo primer entregable	: 60 días
Fin de plazo para primer entregable	: 23 de setiembre de 2019
Inicio suspensión de plazo	: 20 de setiembre de 2019
Fin suspensión de plazo	: 12 de diciembre de 2019
Total días suspendido	: 84 días
Ampliación de plazo	
Fecha inicio ampliación de plazo	: 13 de diciembre de 2019
Plazo ampliado	: 35 días
Fin plazo primer entregable + susp. + amp.	: 16 de enero de 2020

Alega que, mediante Carta N° 002-2020-CONSORCIO RIEGO CHIPAO/WFR-RC, el CONTRATISTA señaló que recién el 14 de enero de 2020, inició con los preparativos para el reinicio de las actividades de geología y geotécnica y realizaron una visita de inspección a la trocha carrozable para el ingreso de la maquinaria de perforación diamantina.

Señala que dicha afirmación del CONTRATISTA corrobora que, desde el 12 de diciembre de 2019 (fecha en que concluyó el impedimento), hasta el 14 de enero de 2020, no había realizado ningún tipo de trabajo en campo, lo que demuestra la desidia del CONTRATISTA.

Subraya que a escasos dos (02) días del plazo para la presentación del primer entregable (14 de enero de 2020), pretendió iniciar los trabajos de geología y geotecnia.

Asimismo, refiere que mediante Carta N° 003-2020/PROVER-PESCS-CH del 22 de enero de 2020, el supervisor advirtió que el CONTRATISTA no mostraba predisposición para

Caso N° 07-2020.

continuar con la prestación, conforme al literal b de las conclusiones; así como también recomendó a la ENTIDAD aperciba al CONTRATISTA de cumplir con sus obligaciones, conforme el literal c.

Menciona que de acuerdo a las Bases Integradas, el primer entregable debía ser presentado dentro de los sesenta (60) días de iniciado el plazo contractual, que ello constituía una obligación esencial de parte del CONTRATISTA y que esta no fue cumplida en plazo y forma establecidos en el CONTRATO y los términos de referencia.

Refiere que, en razón de ello aplicó el procedimiento de resolución contractual contenido en el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, de acuerdo a lo siguiente:

Fecha primer apercibimiento	: 30 de enero de 2020
Documento apercibimiento	: Carta Notarial N° 011-2020-MINAGRI-PESCS-1601
Plazo otorgado	: 03 días calendario
Fin de plazo otorgado	: 02 de febrero de 2020
Fecha segundo apercibimiento	: 11 de febrero de 2020
Documento apercibimiento	: Carta Notarial N° 019-2020-MINAGRI-PESCS-1601
Plazo otorgado	: 03 días calendario
Fin de plazo otorgado	: 14 de febrero de 2020
Fecha resolución de contrato	: 11 de marzo de 2020
Documento resolución	: Resolución Directoral N° 074-2020-MINAGRI-PESCS-1601
Fecha notificación resolución de contrato	: 12 de marzo de 2020
Documento notificación	: Carta Notarial N° 028-2020-MINAGRI-PESCS-1601

En conclusión, señala que ha demostrado fehacientemente el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales del CONTRATISTA, pues éste no presentó el primer entregable ni atendió los apercibimientos efectuados; en consecuencia, está justificado que la ENTIDAD haya activado el procedimiento de resolución contractual.

VI.3.- ARGUMENTOS DE LA ENTIDAD EN RELACIÓN A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

Alega que ha quedado demostrado el incumplimiento de las obligaciones contractuales del CONTRATISTA, por lo que resulta ilógico el pedido de indemnización que solicita.

Caso N° 07-2020.

VI.4.- ARGUMENTOS DE LA ENTIDAD EN RELACIÓN A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

Sostiene que al haber demostrado que la demanda del CONTRATISTA carece de sustento técnico y jurídico, este debe asumir la totalidad de los gastos arbitrales.

VII.- ALEGATOS Y ESCRITOS COMPLEMENTARIOS

VII.1.- CONTRATISTA

Mediante escrito de fecha 26 de febrero de 2021, el CONTRATISTA presentó escrito con sumilla "*Presentamos Escrito Complementario*", sosteniendo lo siguiente:

- En relación a la Primera Pretensión Principal, que la resolución contractual de la ENTIDAD es un acto arbitrario, pues no incumplió con su obligación de presentar el primer entregable y que ello obedece a hechos ajenos a su voluntad, como la falta de disponibilidad del terreno.
- Que la ENTIDAD tenía pleno conocimiento de que se encontraba impedido de ingresar a la laguna Pichccacocha por los comuneros de la Comunidad Campesina de Andamarca, por lo que no era posible realice las actividades vinculadas al primer entregable, esto es, estudios de geología y geotecnia.
- Que mediante carta N° 002-2020-CONSORCIO RIEGO CHIPAO-WFM/RC de fecha 16 de enero de 2020, solicitó ampliación de plazo de la prestación por la persistencia del problema social respecto a la disponibilidad hídrica o ingreso a la laguna Pichccacocha, la que fue declarada improcedente porque el hecho generador del atraso aún no había concluido.

En ese contexto, señala que el requerimiento de cumplimiento de obligaciones que realizó la ENTIDAD es un acto arbitrario, pues estaba impedido de entregar el primer entregable por una causa ajena a su voluntad.

Asimismo, indica que la resolución del CONTRATO también es un acto arbitrario, pues se basa en el incumplimiento de obligaciones que no le son atribuibles.

Caso N° 07-2020.

Expone que, si bien el ingreso a la laguna se superó con la construcción de una troza carrozable por la Comunidad de Chipao, otra controversia se presentó en torno a la ubicación de la laguna, por lo que mediante Carta N° 033-2019-Consorcio Riego Chipao-WFM/RC solicitó a la Dirección de Catastro y Formalización Rural, le aclare los límites territoriales entre las comunidades de Andamarca del Distrito de Carmen Salcedo y la Comunidad de Moyobamba perteneciente al Distrito de Chipao, por causa de la ubicación jurisdiccional de la laguna Pichccaccocha.

Apunta que, a través del Informe N° 002-2020.GRA/GG-GRDE-DRAA-DCFR-SDCCN/EDAB de fecha 15 de enero de 2020, la Dirección Regional Agraria Ayacucho – Oficina de Catastro y Formalización Rural, le informó que, de acuerdo a las coordenadas brindadas, estas recaen sobre el Territorio de la Comunidad Campesina de Andamarca, no habiendo sido esta comunidad considerada en el Proyecto, conforme se aprecia del CONTRATO, por cuanto la comunidad considerada era la de Chipao.

Indica que, mediante Carta N° 002-2020-CONSORCIO RIEGO CHIPAO-WFM/RC de fecha 16 de enero de 2020, anexó el acta de sesión extraordinaria de negación para inicio de trabajos de perforación de diamantina que celebraron las autoridades de la Comunidad Campesina de Andamarca y el CONTRATISTA.

Señala que ha quedado acreditado que la ENTIDAD conocía de la persistencia de las discrepancias existentes respecto a la libre disponibilidad de ingreso a la laguna Pichccaccocha, es decir, si estaba ubicada en la Comunidad de Chipao o Andamarca.

Así, la ENTIDAD no puede fundamentar que la resolución del CONTRATO es un incumplimiento injustificado, pues el retraso en la presentación del primer entregable fue por causa de un hecho ajeno a su voluntad.

En relación a la Segunda Pretensión Principal, que ha ofrecido un peritaje contable el cual ha concluido con el monto por indemnización por la ilegal y arbitraria resolución contractual ascendente a S/. 117,803.81 soles.

En ese contexto, refiere que el lucro cesante asciende a S/. 23,903.76; el daño emergente a S/. 62,927.20 y el daño moral a S/. 30,000.00 más los intereses generados.

Caso N° 07-2020.

Manifiesta que existe abuso de derecho por parte de la ENTIDAD, pues fundó la resolución contractual en un supuesto incumplimiento injustificado en la presentación del primer entregable, cuando sabía que el retraso se encontraba justificado.

En relación a la Tercera Pretensión Principal, señala que habiendo quedado demostrado el actuar arbitrario de la ENTIDAD, es justo que ella cubra con el pago total en que ha incurrido por verse forzado a hacer valer sus derechos antes esta instancia.

VII.2.- ENTIDAD

Mediante escrito con sumilla “*i) Apersonamiento. ii) Presentamos Alegatos y Conclusiones Finales*” de fecha 24 de marzo de 2021, la ENTIDAD expuso, en relación a la Primera Pretensión Principal que en las Bases Integradas se encontraba claramente establecido como obligación del CONTRATISTA la presentación de tres (03) entregables, donde el primero sería entregado a las sesenta (60) días de iniciado el plazo contractual, debiendo contener el estudio de topografía, estudio de hidrología, estudio geológico – geotecnia, estudio de impacto ambiental, análisis de riego y desastres, diseños de reservación, diseño hidráulico y estructural del Sistema de Riego, todos ellos esenciales para el desarrollo del Expediente Técnico del Proyecto.

En ese contexto, indica que el CONTRATISTA no presentó el primer entregable.

Refiere que en el perfil técnico del proyecto se contemplaba el acceso a la laguna Pichccacocha a través de la Comunidad de Andamarca en el distrito de Carmen Salcedo.

Así, indica que dicho hecho generó la negativa de acceso por parte de la Comunidad de Andamarca y la posterior suspensión de ejecución del CONTRATO; sin embargo, manifiesta que tal evento terminó con la construcción del acceso hacia la laguna por un tramo que se encuentra totalmente en el distrito de Chipao, lo que se acredita con la Carta N° 028-2019/PROVER-PESCS-CH de fecha 13 de diciembre de 2019 y la Carta N° 030-2019/PROVER-PESCS-CH de fecha 23 de diciembre de 2019.

Caso N° 07-2020.

Afirma que con Carta Notarial N° 003-MINAGRI-PESCS-1601 el PESCS comunicó la ampliación de la suspensión del plazo hasta el 12 de diciembre de 2019, fecha en la que terminó satisfactoriamente la construcción de la trocha carrozable desde Soraccasa hacia la laguna Pichccaccocha, poniéndose fin al problema suscitado.

En esa línea, refiere que la suspensión del plazo contractual culminó con la apertura del acceso hacia la laguna Pichccaccocha realizada por la Municipalidad Distrital de Chipao, por lo que desde el 12 de diciembre de 2019 el CONTRATISTA contaba con el acceso a la citada laguna a fin de realizar los estudios correspondientes.

Así, menciona que los plazos para la presentación del primer entregable son como sigue:

2.4.4. Los plazos para la presentación del primer entregable son como sigue:	
Fecha suscripción de contrato	: 28 de junio de 2019
Fecha entrega de terreno	: 25 de julio de 2019
Fecha inicio plazo contractual	: 26 de julio de 2019
Plazo primer entregable	: 60 días
Fin de plazo para primer entregable	: 23 de setiembre de 2019
Inicio suspensión de plazo	: 20 de setiembre de 2019
Fin suspensión de plazo	: 12 de diciembre de 2019
Total días suspendido	: 84 días
Ampliación de plazo	
Fecha inicio ampliación de plazo	: 13 de diciembre de 2019
Plazo ampliado	: 35 días
Fin plazo primer entregable + susp. + amp.	: 16 de enero de 2020

Sostiene que el CONTRATISTA mediante Carta N° 002-2020-CONSORCIO RIEGO CHIPAO/WFM-RC menciona que recién el 14 de febrero de 2020, iniciaron los preparativos para el reinicio de las actividades de geología y geotecnia y realizaron una vista de inspección de la trocha carrozable para el ingreso de la máquina de perforación diamantina.

Que lo anterior corrobora que, desde el 12 de diciembre de 2019, fecha en la que concluyó el acceso a la laguna Pichccaccocha hasta el 14 de enero de 2020, fecha en que el CONSTRATISTA comunicó su visita a campo, el CONTRATISTA no realizó visitas ni trabajos en campo, aun cuando el acceso estaba disponible, lo que muestra desidia de su parte. Añade que, a escasos dos días de la culminación del plazo para la

Caso N° 07-2020.

presentación del primer entregable pretendió reiniciar los trabajos de geología y geotecnia para los cuales se habilitó el acceso carrozable.

Precisa que, oportunamente, con Carta N° 003-2020/PROVER-PESCS-CH de fecha 22 de enero de 2020, el supervisor advirtió que el CONTRATISTA no mostraba predisposición de continuar con la Elaboración del Proyecto, lo que corrobora su inactividad desde la apertura del acceso a la laguna de Pichccacocha.

En ese sentido, alega que procedió a resolver el CONTRATO conforme lo establecido en el artículo 165 del RLCE, de la siguiente manera:

Fecha primer apercibimiento	: 30 de enero de 2020
Documento apercibimiento	: Carta Notarial N° 011-2020-MINAGRI-PESCS-1601
Plazo otorgado	: 03 días calendario
Fin de plazo otorgado	: 02 de febrero de 2020
Fecha segundo apercibimiento	: 11 de febrero de 2020
Documento apercibimiento	: Carta Notarial N° 019-2020-MINAGRI-PESCS-1601
Plazo otorgado	: 03 días calendario
Fin de plazo otorgado	: 14 de febrero de 2020
Fecha resolución de contrato	: 11 de marzo de 2020
Documento resolución	: Resolución Directoral N° 074-2020-MINAGRI-PESCS-1601
Fecha notificación resolución de contrato	: 12 de marzo de 2020
Documento notificación	: Carta Notarial N° 028-2020-MINAGRI-PESCS-1601

Concluye que se ha demostrado el incumplimiento injustificado del CONTRATISTA, pues no presentó el primer entregable y no atendió los apercibimientos efectuados, por lo que correspondía resolver el CONTRATO.

En relación a la Segunda Pretensión Principal, señala que el CONTRATISTA presentó una pericia contable, de donde se extrae las siguientes pretensiones de indemnización:

- Lucro cesante. – Solicita S/. 23,903.76 por las utilidades dejadas de percibir en relación a la oferta económica.

En relación a ello la ENTIDAD señala que el valor de las utilidades asciende a S/. 21,549.76 considerando que el CONTRATISTA ganó la adjudicación con una oferta económica del 90% del valor referencial.

Caso N° 07-2020.

Así, indica que el CONTRATISTA pretende sorprender al Árbitro Único al mostrar la estructura de costos del procedimiento de selección como si fuera su oferta económica, siendo que su oferta económica se ajusta al 90% del valor referencial, por lo que la pericia no se ajustaría a la realidad.

- Daño emergente. – Solicita S/. 62,927.20 por los gastos realizados en relación al primer entregable.

Al respecto, precisa que cuando resolvió el CONTRATO, el CONTRATISTA no presentó ningún estudio o documento que haya podido ser de utilidad a la ENTIDAD para continuar con la elaboración del expediente técnico, habiéndose iniciado la formulación con un nuevo contratista el cual cumplió a cabalidad los plazos establecidos, habiendo sido aprobado el Expediente Técnico mediante Resolución Director N° 300-2020-MINAGRI-PESCS/1601.

- Daño moral. – Solicita S/. 30,000.00.

Refiere que el CONTRATISTA no presentó evidencia para acreditarlo y que el daño ha sido causado por él.

Indica que está acreditado que el CONTRATISTA incumplió sus obligaciones y, por tanto, es ilógico que pretenda se le indemnice.

En relación a la Tercera Pretensión Principal, que habiendo demostrado que las pretensiones formuladas por el CONTRATISTA carecen de sustento técnico y jurídico, le corresponde asumir la totalidad de los gastos arbitrales que demande la tramitación del presente proceso arbitral.

Finalmente, concluye señalando lo siguiente:

- El CONTRATISTA no ha remitido ningún avance físico del estudio, así como ninguno de los estudios básicos establecidos como parte de su primer entregable pese haber sido requerido notarialmente su presentación.

Caso N° 07-2020.

- El CONTRATISTA no ha presentado argumentos nuevos de los ya presentados anteriormente, por lo que, con el informe pericial no adjunta pruebas nuevas que sustenten fehacientemente en cuanto a sus pretensiones formuladas.
- Concluye del análisis y evaluación efectuado a los medios de prueba e Informe Pericial por parte del Consorcio y Peritos, que debe ser DESESTIMADO de plano por el Árbitro Único, toda vez que pone en tela de Juicio la Objetividad, imparcialidad, prudencia en el análisis de los hechos constatados ya que no guardan razonable relación de equivalencia como resultado de sus cuantificaciones y/o cuantías calculadas.

Acota que el objeto del Informe Pericial es colaborar con el Árbitro Único, o con la parte que lo encarga, en determinar, explicar, esclarecer y/o cuantificar determinados aspectos relacionados con la controversia como pueden ser cuantías, plazos, cumplimiento de obligaciones, cumplimiento de expediente técnico, pagos, etc., necesarios para la toma de decisiones por parte del Árbitro.

Que se debe tener en claro que el Árbitro Único no se encuentra obligado a tomar en cuenta de manera íntegra, el resultado y conclusiones de la pericia contable.

Finalmente, ha demostrado los incumplimientos injustificados del CONTRATISTA, por lo que sus pretensiones deben ser declaradas infundadas.

VIII.- CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral Unipersonal se constituyó conforme se consigna en la Resolución N° 01 de fecha 03 de septiembre de 2020, (ii) que el calendario procesal fue determinado inicialmente con la participación de ambas partes y luego modificado en función de lo solicitado por el consorcio en su escrito del 26 de febrero de 2021; (iii) que el CONSORCIO presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que la ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda y la contestó; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios e, inclusive se desarrolló la audiencia de debate pericial y alegatos; y, (vi) que, el Árbitro

Caso N° 07-2020.

Único está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

IX.- ANALISIS

IX.1.- ANÁLISIS SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

Que, se declare la ineficacia de la Resolución Directoral N° 074-2020-MINAGRI-PESCS del 11 de marzo de 2020, mediante el cual se resuelve el Contrato N° 12-2019-MINAGRI-PESCS de fecha 28 de junio de 2019, suscrito con el representante legal del CONTRATISTA, por haber incurrido en incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales.

Mediante carta notarial N° 0713-2020 de fecha 12 de marzo de 2020, la entidad resolvió el CONTRATO alegando que el CONTRATISTA incumplió sus obligaciones. Es por ello que el CONTRATISTA solicita que se declare la nulidad de dicha resolución; mientras que la entidad pretende que se declare la validez de la resolución contractual que practicó.

A efectos de dilucidar la validez o no de la resolución del CONTRATO efectuada por la entidad, el Tribunal Arbitral analizará: i) el derecho de la ENTIDAD para resolver el CONTRATO, (ii) las causales de resolución alegadas y (iii) el procedimiento correspondiente.

(i) El derecho de la entidad a resolver el CONTRATO

En primer lugar, para analizar la existencia del derecho de la parte demandada a resolver el contrato, conviene hacer referencia al mismo. En la cláusula décimo cuarta: responsabilidad de las partes se establece lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, de conformidad con el numeral 32.3 del artículo 32 y artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, y el artículo 164 de su Reglamento. De darse el caso, LA ENTIDAD procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

La citada cláusula se remite a la LCE y al RLCE. Precisamente, el numeral 3 del artículo 32 de la LCE, dispone lo siguiente:

Caso N° 07-2020.

“32.3. Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a: Garantías, b) Anticorrupción, c) solución de controversias y d) resolución de contrato por incumplimientos, conforme a lo previsto en el reglamento.

El artículo 36 de la LCE, establece lo siguiente:

“Artículo 36. Resolución de 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.

En concordancia con lo anterior, conviene remitirse al artículo 164 del RLCE el cual dispone lo siguiente:

Artículo 164. Causales de resolución

164.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista: a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; b) 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 c) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

Caso N° 07-2020.

164.2. 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 165.

164.3. 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.

Y el artículo 165 del RLCE, sostiene que:

Artículo 165. Procedimiento de resolución de contrato

165.1. Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada requiere mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

165.2. 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.

165.3. 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.

165.4. 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.

Como se puede apreciar, el contrato, la LCE y el RLCE facultan a la Entidad a resolver el contrato cuando el contratista incumpla sus obligaciones. Para ello, la Entidad primero debe hacer un requerimiento previo y otorgar un plazo de subsanación, vencido el cual recién podrá aplicar la resolución contractual. Excepcionalmente, se puede omitir el requerimiento previo en los siguientes casos: a) acumulación del

Caso N° 07-2020.

monto máximo de penalidad y b) la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.

Habiéndose establecido el marco teórico y los presupuestos para que la ENTIDAD ejerza válidamente su derecho a resolver el CONTRATO, corresponde revisar los términos de la resolución contractual practicada por la ENTIDAD.

Mediante carta notarial N° 0713-2020 de fecha 12 de marzo de 2020, la entidad resolvió el CONTRATO alegando que el CONTRATISTA incumplió sus obligaciones, indicado lo siguiente:

ASUNTO : Notifica Resolución Directoral N° 074-2020-MINAGRI-PESCS-1601



=====

Por medio de la presente que le es notificada por conducto notarial la **Resolución Directoral N° 074-2020-MINAGRI-PESCS-1601**, mediante el cual se **RESUELVE: RESOLVER** en forma total el Contrato N° 012-2019-MINAGRI-PESCS de fecha 28 de junio de 2019, suscrito con el Representante Legal del CORSORCIO RIEGO CHIPAO para la elaboración del Expediente Técnico del Proyecto: "MEJORAMIENTO DEL SERVICIO DE AGUA PARA EL SISTEMA DE RIEGO PICHCCACCOCHA DE LAS COMUNIDADES DE VILLA SAN JOSE Y SANTA ROSA, DISTRITO DE CHIPAO – LUCANAS - AYACUCHO", por haber incurrido en incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, por lo fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente acto resolutivo; por consiguiente se adjunta a la presente **copia autenticada del precitado acto resolutivo en 04 folios**, dándose por notificada válidamente dicha Resolución Directoral, para los fines que crea conveniente.

Y si nos remitidos al cuerpo de la Resolución Directoral referida, advertimos lo siguiente:

"(...)"

Caso N° 07-2020.

Que, en consecuencia, se verifica que el consultor Consorcio Riego Chipao ha incurrido en incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, en razón a que no ha cumplido con presentar el primer entregable de la Elaboración del Expediente Técnico del Proyecto “Mejoramiento del Servicio de Agua para el Sistema de Riego Pichcaccocha de las Comunidades de Villa San José y Santa Rosa, Distrito de Chipao-Lucanas- Ayacucho”, dentro del plazo de 60 días calendario establecido, pese al requerimiento efectuado por la Entidad mediante Carta Notarial N° 019-2020-MINAGRI-PESCS-1601 de fecha 11 de febrero del 2020, a través del cual se requirió al Consorcio Riego Chipao a fin que en el plazo perentorio de tres (03) días calendario cumpla con presentar el primer entregable de la elaboración del Expediente Técnico, bajo expreso apercibimiento en caso de incumplimiento de procederse con la resolución del contrato; por lo que, de conformidad con lo dispuesto por el inciso a) del numeral 164.1 del artículo 164 y el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado con Decreto Supremo N° 344-2018-EF, la Entidad está en la facultad de resolver el contrato por incumplimiento injustificadamente de sus obligaciones contractuales. Asimismo, deberá disponerse a la Oficina de Administración a través del órgano encargado de las contrataciones a efectos que proceda a efectuar el cálculo de las penalidades por mora en que habría incurrido el contratista - de corresponder-, para cuyo efecto deberá requerirse por conducto notarial el pago de las penalidades al contratista, y en caso de verificarse la falta de pago, deberá remitirse los antecedentes correspondientes a la Procuraduría Pública del MINAGRI a efectos que en ejercicio de sus atribuciones inicie las acciones legales en la vía correspondiente con la finalidad de hacer valer el derecho al cobro; sin perjuicio de ponerse de conocimiento del Tribunal de Contrataciones del OSCE para el inicio del procedimiento administrativo sancionador que corresponda contra el contratista por haber dado lugar a la resolución del contrato, así como deberá disponerse la cuantificación de los daños y perjuicios irrogados, a fin de requerir la indemnización en la vía correspondiente;

(...)

Como se puede apreciar, la ENTIDAD alegó la situación de incumplimiento, por lo cual se acogió a lo dispuesto en el numeral 165.1 del artículo 165° del RLCE y resolvió el CONTRATO con requerimiento previo, efectuado mediante carta notarial N 019-2020-MINAGRI-PESCS-1601 de fecha 10 de febrero de 2020.

Pues bien, continuando con el análisis de la resolución contractual, ahora es necesario que el Árbitro Único verifique si el CONTRATISTA incumplió sus obligaciones contractuales.

(ii) La causal de resolución alegada por la ENTIDAD.

En la comunicación de resolución del contrato, se observa que la entidad, específicamente, invocó el siguiente incumplimiento del contratista: *Incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales por no haber cumplido con presentar el primer entregable dentro del plazo de 60 días calendario.*

Por su parte, el contratista sostiene que no incumplió sus obligaciones, pues los retrasos y problemas que afectaron la ejecución de la prestación a su cargo no le eran imputables ni tenían la condición de injustificados.

Caso N° 07-2020.

Al respecto, debe mencionarse que **sólo los incumplimientos injustificados** generan a la Entidad el derecho a resolver el contrato. Así lo establece el artículo 164 del reglamento:

Artículo 164.- Causales de resolución.

164.1 La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en los que el contratista:

- a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*
- b) 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;*
- c) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación. (...).” (Énfasis agregado)*

Teniendo ello en cuenta, se evaluará si se configuraron los incumplimientos imputados al CONTRATISTA y si los mismos fueron injustificados.

- a. Incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales por no haber cumplido con presentar el primer entregable dentro del plazo de 60 días calendario.

Ambas partes reconocen que el plazo de ejecución contractual, computado desde el día siguiente de efectuada la entrega del terreno, era de 90 días calendario y que el primer entregable debería presentarse en un plazo que no excedería los 60 días calendario contabilizados a partir del día siguiente de la firma del contrato.

Reconocen también que con fecha 20 de septiembre de 2019, suscribieron el Acta de suspensión del plazo de ejecución del contrato número 012-2019-MINAGRI-PESCS conviniendo en la suspensión del plazo por 45 días o hasta que se encuentre solución al impase generado por la comunidad de Andamarca; condiciones, cualquiera de ellas que se computarían desde el 20 de septiembre de 2019.

Coinciden en señalar que como la razón que justificó la suspensión no cesó en el plazo convenido, mediante Carta Notarial N 003-2020.MINAGRI-PESCE-1601, de fecha 15

Caso N° 07-2020.

de enero de 2020, notificada el día inmediato siguiente, la Entidad dispuso ampliar la suspensión hasta el 12 de diciembre de 2019, fecha que terminó satisfactoriamente la construcción de la trocha carrozable desde Socaccassa hacia la laguna Pichccaccocha. Y, como consecuencia de ello, también el 16 de enero de 2020, la Entidad notificó al contratista la Carta notarial N 002-2020-MINAGRI-PESCS-1601, que disponía aprobar la solicitud de ampliación de plazo, por lo que la presentación del primer entregable se realizaría el 16 de enero de 2020, conforme se señalaba en el Informe N 0002-2020.

La ENTIDAD, inclusive, respecto de la suspensión acordada y ampliaciones de plazo aprobadas, en el numeral 8 de literal C de su escrito de contestación de demanda, sostuvo que los plazos se habían modificado de la siguiente manera:

Fecha suscripción de contrato	: 28 de junio de 2019
Fecha entrega de terreno	: 25 de julio de 2019
Fecha inicio plazo contractual	: 26 de julio de 2019
Plazo primer entregable	: 60 días
Fin de plazo para primer entregable	: 23 de setiembre de 2019
Inicio suspensión de plazo	: 20 de setiembre de 2019
Fin suspensión de plazo	: 12 de diciembre de 2019
Total días suspendido	: 84 días
Ampliación de plazo	
Fecha inicio ampliación de plazo	: 13 de diciembre de 2019
Plazo ampliado	: 35 días
Fin plazo primer entregable + susp. + amp.	: 16 de enero de 2020

En ese contexto, se ha podido verificar que la suspensión del plazo de ejecución contractual desde el 20 de setiembre de 2019 y, adicionalmente, la aprobación del plazo de ejecución contractual hasta el 12 de diciembre de 2019 y luego hasta el 16 de enero de 2020, constituyen situaciones ajenas a la voluntad del contratista o, en todo caso, no imputables al contratista, pero sí reconocidas y aprobadas por la entidad que han modificado la ruta crítica o el calendario programado de actividades o el plazo de ejecución contractual previsto en el numeral 13 del Capítulo III del requerimiento de las Bases integradas de procedimiento de selección adjudicación simplificada N 008-2019-MINAGRI-PESCE, en conjunción con lo previsto en la cláusula quinta del CONTRATO.

En consecuencia, estando acreditado objetivamente que el mayor tiempo transcurrido después del 23 de setiembre de 2019, no le resultaba imputable al CONTRATISTA, se concluye que, en el marco de lo dispuesto en el literal a) del artículo 164 del RLCE,

Caso N° 07-2020.

la entidad no estaba habilitada para exigir el cumplimiento de la prestación, específicamente cumplir con el depósito del primer entregable a los 60 días calendario contabilizados a partir del día siguiente de la firma del contrato o a partir de ocurrida la entrega del terreno, según acta registrada el 25 de julio de 2019, dado que no se había configurado el incumplimiento injustificado de la obligación referida.

Luego de analizar los hechos y argumentos esgrimidos por las partes, en este acápite el Árbitro Único concluye que no se ha configurado el incumplimiento que la Entidad imputó al contratista y que utilizó como causal para resolver el CONTRATO.

Ahora, si bien es clara la causal imputada al determinar que el incumplimiento injustificado ocurre por la falta de presentación del entregable primero dentro del plazo de 60 días calendario establecidos en las Bases, cierto es también que, en los hechos, la discusión se centra en determinar si, vencido el 16 de enero de 2020, el contratista estaba habilitado o no para cumplir con el primer entregable; razón por la que, independientemente de lo antes determinado, corresponde al Árbitro Único, abordar el asunto controvertido y resolverlo.

Al respecto, la ENTIDAD sostiene que desde el 12 de diciembre de 2020, en adelante, por haber cesado la causal que imposibilita la apertura de acceso hacia la laguna, el CONTRATISTA estaba en condición de acceder al lugar para continuar con los estudios que le permitan cumplir con el primer entregable.

Por su lado, el CONTRATISTA señala que la Carta Notarial N 003-2020.MINAGRI-PESCE-1601, que dispuso ampliar la suspensión hasta el 12 de diciembre de 2019, y la Carta notarial N 002-2020-MINAGRI-PESCS-1601, que dispuso aprobar la solicitud de ampliación de plazo hasta el 16 de enero de 2012, le fueron, ambas, notificadas el mismo 16 de enero de 2021, por lo que le resultaba imposible disponer la ejecución de la prestación a su cargo, por un periodo que ya transcurrido. Además, sostiene que la imposibilidad de ejecutar la prestación se debe a que existe el acta¹ de sesión extraordinaria de negación para inicio de trabajos de perforación diamantina de fecha 15 de enero de 2021, celebrada entre su representante común y las autoridades de la

¹ Hecho distinto y posterior al que motivara la suspensión del plazo de ejecución desde el 20 de septiembre al 12 de diciembre de 2019.

Caso N° 07-2020.

comunidad campesina de Andamarca, que contiene el siguiente acuerdo:

ACUERDO

COMO ACUERDO DE LA SESION EXTRAORDINARIA SE SEÑALA AL SR. WILBER FLORES MARTINEZ, REPRESENTANTE DEL CONSORCIO RIEGO CHIPAO, QUE MIENTRAS NO SE SOLUCIONE EL PROBLEMA SOCIAL DE DELIMITACION TERRITORIAL NO AUTORIZAMOS LA EJECUCION DE LOS TRABAJOS DE PERFORACION DIAMANTINA, POR CONSIGUIENTE LA EJECUCION DEL PROYECTO, HASTA QUE UNA AUTORIDAD TECNICA COMO LA DIRECCION REGIONAL AGRARIA DE AYACUCHO U OTRAS AUTORIDADES DEL ESTADO SOLUCIONEN LOS LINDEROS RESPECTIVOS EN CALIDAD DE ARBITRO PARA EL BIENESTAR DE LAS COMUNIDADES INVOLUCRADAS.

DE IGUAL MANERA SEÑALAMOS QUE ESTAREMOS PRESENTANDO DOCUMENTOS PERTINENTES DE ESTE PROBLEMA DE DELIMITACION TERRITORIAL ANTE LA DIRECCION REGIONAL AGRARIA DE AYACUCHO Y EL PROYECTO ESPECIAL SIERRA CENTRO SUR, A FIN DE LLEGAR A UNA SOLUCION.

EN CALIDAD DE CONFORMIDAD A LO SEÑALADO EN EL PRESENTE DOCUMENTO FIRMAMOS AL PIE DEL PRESENTE DOCUMENTO, CULMINANDO LA SESION A HORAS 9:10 DE LA NOCHE DEL MISMO DIA.

The image shows several handwritten signatures and official stamps. On the left, there is a signature with the number 28812933 below it. In the center, there is a circular stamp for 'Comunidad Campesina Andamarca' with the name 'Feliciano Cúpe Apaco' and 'PRESIDENTE' below it, and another signature with the number 43841347. To the right, there is a circular stamp for 'Comunidad Campesina Andamarca' with the name 'EUGENIO FLORES HUAMANI' and 'VICE PRESIDENTE' below it, and another signature with the number 13432879. Below these, there is a signature with the number 10738442 and another signature with the number 88812957. At the bottom center, there is a stamp for 'CONSORCIO RIEGO CHIPAO' with the name 'Wilber Flores Martínez' and 'DNI: 29308955' below it.

En ese contexto, el Árbitro Único ha podido verificar que si bien el contratista ha revelado en la carta N 002-2020-CONSORCIO RIEGO CHIPAO de fecha 16 de enero de 2020, que con fecha 12 de diciembre de 2019, conocía que la apertura de la trocha carrozable había concluido, con lo que era posible acceder al lugar para ejecutar la prestación, lo cierto es que el incumplimiento contractual que le imputa la ENTIDAD está vinculado a la falta de presentación del entregable primero al vencimiento del plazo para ejecutar la prestación, ocurrido el 16 de enero de 2020, y no por la inexecución de prestaciones antes del vencimiento del referido plazo.

Entonces, si bien la ejecución tardía o reducida de las prestaciones a su cargo puede ser causal de resolución a la luz de lo previsto en el literal c) del numeral 164.1 del art'164 del RLCE, lo cierto es que la causal atribuida al CONTRATISTA fue distinta, específicamente, la prevista en el literal a) del mismo numeral; por lo que el análisis de la controversia solo versará sobre esta última causal.

Ahora, respecto del acta de sesión extraordinaria de negación para inicio de trabajos de perforación diamantina de fecha 15 de enero de 2021, celebrada entre el

Caso N° 07-2020.

representante común del CONTRATISTA y las autoridades de la comunidad campesina de Andamarca, la ENTIDAD no ha expresado posición en su escrito de contestación de demanda y, antes, tampoco, en la Carta notarial N 011-2020-MINAGRI-PESCE-1601 de fecha 29 de enero de 2020 (primer apercibimiento); en la Carta notarial N 019-2020-MINAGRI-PESCE-1601, de fecha 10 de febrero de 2020 (segundo apercibimiento); y, en la Resolución Directoral N 074-2020-MINAGRI-PESCE-1601 de fecha 11 de marzo de 2020, con la que se dispone, entre otros extremos, resolver el contrato.

Sin embargo, es en el Informe N 0027-2020-MINAGRI-PESCS-1006 de fecha 22 de enero de 2020, elaborado con motivo de sustentar la Carta notarial N 006-2020-MINAGRI-PESCE-1601, también del 22 del mismo mes, por la que comunica al CONTRATISTA la improcedencia de la ampliación de plazo, que la ENTIDAD sostiene conocer del problema social de disponibilidad hídrica contenido en el acta de sesión extraordinaria de negación para el inicio de trabajos de perforación diamantina de fecha 15 de enero de 2021.

En el referido Informe, el representante de la ENTIDAD dispone que la improcedencia de la solicitud de ampliación de plazo se base en que, a la luz de lo previsto en el numeral 158.2 del art. 158 del RLCE, el hecho generador del atraso o la paralización no ha cesado, por lo que el consultor deberá formular su pedido una vez haya conocido que el cese haya ocurrido. Los términos contenidos en el Informe son:

Que mediante Carta N° 003-2020/PROVER-PESCS-CH, recibida en fecha 22 de enero del 2020, el Supervisor de la Elaboración del Expediente Técnico manifiesta en el literal a. del análisis que "La descrito por el Consultor, debe ser considerado por la Entidad como un precedente del accionar del consultor, puesto que, para formular una solicitud de ampliación de plazo se debe regir al procedimiento indicado en la normativa vigente, y para el presente caso, no se tiene definido el hecho generador de la causal invocada, por tanto, resulta imposible definir el plazo cuantificado de dicha ampliación"; en el literal b. del análisis manifiesta que "En ese sentido, consideramos improcedente la solicitud de ampliación de plazo por los términos expuestos en el presente documento, debiendo el Consultor reformular su pedido una vez conocido la finalización del hecho generador. Recomendando, además, agilizar las actividades en los demás frentes de trabajo, y presentar su Plan de Trabajo actualizado"

Al respecto, lo que revela la posición de la ENTIDAD al emitir el Informe N 0027-2020-

Caso N° 07-2020.

MINAGRI-PESCS-1006, es que:

- Conoció del problema social de disponibilidad hídrico contenido en el acta de sesión extraordinaria de negación para el inicio de trabajos de perforación diamantina de fecha 15 de enero de 2021, sin que haya expresado oposición o controvertido su existencia.
- Rechazó la solicitud de ampliación de plazo, señalando que el hecho generador del atraso o la paralización no había cesado.
- Postuló que el contratista reformule su pedido una vez que el hecho generador del atraso o la paralización haya cesado.

Sobre el particular, el numeral 158.2 del artículo 158 del RLCE, establece que:

(...)

158.2 El contratista solicita la ampliación de plazo dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.

(...)

Por lo analizado, el Árbitro Único ha verificado que el día 15 de enero de 2020, un día antes del vencimiento del plazo contractual para la presentación del entregable primero, el CONTRATISTA estaba imposibilitado por causa atribuible a un tercero, de ejecutar la prestación que la ENTIDAD le reclama incumplida y que, además, la propia ENTIDAD, a la fecha de formular el primer y segundo requerimiento notarial y finalmente disponer la resolución del contrato, estaba enterada de la referida imposibilidad, sin que haya incorporado en su análisis la situación a fin de valorar la trascendencia o alcance de sus efectos negativos en el cumplimiento oportuno de la prestación exigida.

Por las razones expuestas, sobre la falta de presentación del entregable primero el 16 de enero de 2020, el Árbitro Único también concluye que no se ha configurado el incumplimiento que la ENTIDAD imputó al contratista y que utilizó como causal para resolver el CONTRATO.

Caso N° 07-2020.

(iii) El procedimiento de resolución contractual por la entidad.

La resolución contractual efectuada por la entidad se amparó en el artículo 164° del RLCE, el cual faculta a resolver ante el incumplimiento de las obligaciones. En concordancia con el artículo 165° del RLCE, el incumplimiento de las obligaciones debe ser injustificado. Entonces, el requisito esencial para resolver un contrato es que exista un incumplimiento injustificado de las obligaciones.

En este caso, el Árbitro Único ha verificado que al 16 de enero de 2020, en adelante, no existió incumplimiento injustificado de obligaciones por parte del CONTRATISTA. Así pues, no se cumplió con el requisito fundamental para realizar la resolución contractual. Por tanto, la ENTIDAD no estaba facultada a aplicar el procedimiento de resolución contractual establecido en el artículo 165° del RLCE y no tenía derecho a resolver el CONTRATO.

En ese sentido, el Árbitro Único considera que la resolución contractual practicada por la ENTIDAD, mediante carta notarial N° 0713-2020 de fecha 12 de marzo de 2020, es injustificada por no existir incumplimiento. Al ser una resolución contractual inválida, el Árbitro Único concluye que debe declararse la ineficacia de la misma.

Al haberse declarado la ineficacia, se deja sin efecto la resolución contractual realizada por la ENTIDAD. En consecuencia, el CONTRATO siguió vigente y surtió efectos entre las partes a partir del 12 de marzo de 2020, fecha en la que la ENTIDAD inválidamente resolvió el CONTRATO.

Por todo lo expuesto, el Árbitro Único declara fundada la primera pretensión principal de la demanda.

IX.2.- ANÁLISIS SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

<p>Que, se ordene el pago de una indemnización de daños y perjuicios provocados como consecuencia del ejercicio abusivo del derecho de la ENTIDAD de resolver el contrato.</p>

Caso N° 07-2020.

Con escrito N 09, el contratista presentó la pericia contable con el fin de acreditar los daños y perjuicios ocasionados por la Entidad, por los conceptos de lucro cesante, daño emergente y daño moral, por las sumas de S/. 24 102.81 soles, S/. 63 451.19 soles y S/. 30 249.81 soles, respectivamente; pericia que no fue observada por la ENTIDAD en su oportunidad, pero sí cuestionada con oportunidad de desarrollar la audiencia de debate pericial y en los alegatos.

Al haberse declarado la ineficacia de la decisión de resolución de contrato, se deja sin efecto la resolución contractual realizada por la ENTIDAD. En consecuencia, el CONTRATO siguió vigente y surtió efectos entre las partes a partir del 12 de marzo de 2020, fecha en la que la ENTIDAD inválidamente resolvió el CONTRATO.

En ese contexto, para analizar la pretensión indemnizatoria, surge la pregunta si el acreedor tiene el derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios sólo cuándo el incumplimiento de la obligación en especie es ya imposible, o si, por el contrario, puede hacerlo aunque la obligación sea aún posible.

En nuestro derecho civil, tal como lo propone el CONTRATISTA, no es necesario que la ejecución directa de la obligación sea imposible para pedir la indemnización de daños y perjuicios. El acreedor, dentro de los límites que vamos a señalar, puede renunciar a la prestación en forma específica, y demandar, en cambio, el resarcimiento en dinero. La doctrina enseña que el hecho de pedir en los casos necesarios la prestación en forma específica, en lugar del equivalente, no es una obligación, sino una facultad del acreedor. Y que el acreedor, por consiguiente, puede elegir el equivalente en dinero.

Si el deudor inexecuta la obligación por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, a tenor de lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil. Esta norma significa que el deudor doloso o culpable no tiene por qué ser compelido judicialmente por su acreedor para que cumpla la obligación en especie. El acreedor puede hacerlo, no hay duda, en caso de que la prestación aún sea posible, como también puede, a su entera elección, hacérsela procurar por otro, a costa del deudor, y exigir a éste la indemnización de daños y perjuicios, porque estos derechos se los concede el artículo 1219 del Código Civil.

Caso N° 07-2020.

Sería injusto, por decir lo menos, que el incumplimiento de la obligación exigiera al acreedor proseguir una larga controversia destinada a obtener la reparación en especie. Bien puede el acreedor proveerse, por su parte, de la prestación, y limitarse a exigir al deudor la indemnización de los daños y perjuicios que le ha irrogado su incumplimiento.

Esta regla general admite, sin embargo, una excepción. El artículo 1337 del Código Civil prescribe que cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste podrá rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios. Si la obligación tiene utilidad para el acreedor, éste no puede rehusar su ejecución. Sólo podrá, en estos casos, exigir el pago de los daños y perjuicios moratorias. El acreedor, sin embargo, no está obligado a esperar indefinidamente la ejecución de la obligación, que es posible y útil, pero que el deudor rehusa cumplir. Si transcurre un tiempo prudencial desde que el deudor es constituido en mora y no cumple la obligación, entonces el acreedor tendrá derecho, sin duda, a exigir la reparación de los daños y perjuicios, prescindiendo de la ejecución en especie. Este precepto excepcional se justifica porque el acreedor, en los casos previstos por la norma legal, no tendría interés alguno en rehusar la prestación en forma específica.

Sin embargo, a la luz del numeral 45.10 del art. 45 de la LCE, que establece que *“Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.”*, antes que el Código Civil, al caso concreto corresponde aplicar la normativa de contratación pública, la que, particularmente en el numeral 32.6 del art. 32 del RLCE, establece que *“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.”*. Así, en materia de contratación pública no existe posibilidad de que el contratista tenga derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios cuando la obligación sea aún posible de ejecutar, como ocurre en este caso.

Caso N° 07-2020.

Por consiguiente, si el CONTRATISTA consideraba que la ejecución de prestación le resultaba imposible y ello justificaba la indemnización de daños y perjuicios, estaba habilitado para invocar, previamente, lo previsto en la cláusula décima cuarta del CONTRATO, resolviendo el mismo a fin de tener la condición de parte agraviada en los términos establecidos en el numeral 166.2 del art. 166 del RLCE, esto, en congruencia con lo establecido en el art. 164 y 165 del RLCE; pero no lo hizo.

En consecuencia, el Árbitro Único concluye que el contratista no puede renunciar a la prestación en forma específica, y demandar, en cambio, el resarcimiento en dinero puesto que, estando vigente el contrato, existe la posibilidad de percibir la utilidad esperada (lucro cesante) y valorizar los gastos en los que ha incurrido o incurrirá (daño emergente).

Por último, con relación al daño moral, la pericia ofrecida señala que el mismo se sustenta en que resulta amparable la segunda pretensión principal de la demanda, en los siguientes términos:

Para determinar el daño moral en el presente caso, se tomará en consideración la segunda pretensión principal señalada por el Consorcio Riego Chipao en su escrito de DEMANDA ARBITRAL, en la cual se señala que el daño moral asciende a la suma de **S/ 30,000.00 (Treinta mil con 00/100 Soles).**

POR TANTO, SE PUEDE CONCLUIR QUE EL MONTO DETERMINADO POR EL DAÑO MORAL OCASIONADO AL CONSORCIO RIEGO CHIPAO ES S/ 30,000.00 (Treinta mil con 00/100 soles).

Al respecto, el Árbitro Único considera que la sola acción antijurídica producida por la ENTIDAD al resolver el contrato, no acredita, por sí misma, el perjuicio moral a la persona jurídica y mucho menos la cuantía que se pretende; dado que, bajo el alcance del artículo 1331 del Código Civil, el daño debe ser probado por quien se considera perjudicado por la inejecución de la obligación.

En ese sentido, el solo ofrecimiento de la pericia de parte, no causa al Árbitro Único la convicción para acreditar el daño solicitado, motivo por el cual no corresponde conceder al CONTRATISTA la indemnización por daños y perjuicios, declarándose infundada en todos sus extremos, incluyendo el reclamo de intereses.

IX.3.- ANÁLISIS SOBRE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

Que, se ordene a la ENTIDAD asumir los gastos que irrogue la organización del arbitraje solicitado, incluyendo honorarios arbitrales, gastos administrativos por la organización del proceso arbitral, así como los costos de la asesoría técnica y legal contratados para resolver la controversia.

Ambas partes han solicitado que su contraparte asuma las costas y costos del presente arbitraje. Ahora bien, en el convenio arbitral celebrado entre las partes, no existe pacto expreso de las partes acerca de la imputación de los costos y costas del arbitraje, razón por la cual corresponde apelar a lo dispuesto en el Reglamento arbitral y la Ley de arbitraje.

En congruencia con las disposiciones del Centro de Arbitraje y su Reglamento, sobre los gastos arbitrales, se estableció lo siguiente:

GASTOS ARBITRALES

De conformidad con el Reglamento de Aranceles y Pagos de la Corte de Arbitraje, la Tabla de Aranceles, así como la Preliquidación efectuada por su Secretaría General, se hace el cálculo de los anticipos de honorarios arbitrales sobre el monto de la solicitud de arbitraje, siendo este la suma de S/. 352,148.12 (Trescientos cincuenta y dos mil ciento cuarenta y ocho con 12/100) soles.

*El total del primer anticipo de honorarios del Árbitro Único ascienden a la suma neta de S/. 8,321.48 (Ocho mil trescientos veinte uno con 48/100 Soles). netos. Monto que deberá ser asumido por ambas partes en proporciones iguales (50%), ascendente a S/. 4,160.74 (Cuatro mil ciento sesenta con 74/100) **soles netos por cada parte.***

Del mismo modo, se fija como anticipos por Gastos administrativos (honorarios por secretaria arbitral) la suma neta de S/. 4,380.74 (Cuatro mil trescientos ochenta con 74/100 soles) netos. Monto que deberá ser asumido

Caso N° 07-2020.

por ambas partes en proporciones iguales (50%) ascendente a S/. 2,190.37 (Dos mil ciento noventa con 37/100) soles netos por cada parte.

Se deja constancia que los montos a pagar son netos, debiendo las partes agregar a ello los impuestos que se generen por ley, respectivamente.

El pago de los anticipos fijados como honorarios arbitrales deberá efectuarse en un plazo de diez (10) días hábiles, el mismo que empezará a computarse a partir del día siguiente de remitido los recibos por honorarios electrónicos y/o factura correspondiente.

La falta de pago oportuno de los honorarios suspende el proceso, incluyendo los plazos en curso. Si transcurren quince (15) días hábiles adicionales sin que se verifique el pago correspondiente, el Tribunal Arbitral Unipersonal podrá disponer la suspensión del arbitraje; otorgándosele un plazo final, de persistir el pago de los honorarios se podrá proceder a decretar el archivo definitivo del arbitraje.

Los pagos de los honorarios del Árbitro Único y de los Gastos Administrativos deberán ser informados y acreditados por escrito, debiendo remitirse para tal efecto, copia de los Boucher de depósitos o transferencias bancarias que dejen constancia de dichos pagos.

Mediante Resolución N 04, considerando el escrito N 04 del contratista, se resolvió, entre otros, lo siguiente:

CUARTO: TÉNGASE POR PAGADOS *los honorarios del Árbitro Único y gastos administrativos de la Corte de Arbitraje, efectuado por el Consorcio Riego Chipao conforme se estableció en la resolución Nro. 03, con conocimiento de la contraparte.*

En cuanto a la solicitud de reconocimiento de costas y costos, los artículos 56° 69°, 70° y 73° de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, disponen que los árbitros

Caso N° 07-2020.

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, el árbitro se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.

En este sentido, el Árbitro Único ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y que, por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia. Por consiguiente, considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, y, en consecuencia, resulta conforme que cada parte asuma el 50% de todas las costas y costos del presente proceso.

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 resuelve declarar FUNDADA EN PARTE la pretensión, debiendo la ENTIDAD devolver al contratista el monto de S/. 4,160.74 (Cuatro mil ciento sesenta con 74/100) soles netos, por concepto de pago de los honorarios del Árbitro Único y la suma de S/. 2,190.37 (Dos mil ciento noventa con 37/100) soles netos por concepto de gastos administrativos.

Fuera de estos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas en que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente arbitraje, como son los honorarios de sus abogados, asesores, auxiliares, peritos, entre otros.

X. LAUDA

PRIMERO. – FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la demanda y, por su efecto, se declara la ineficacia de la Resolución Directoral N° 074-2020-MINAGRI-PESCS del 11 de marzo de 2020.

SEGUNDO. – INFUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL y, por su efecto, no corresponde ordenar a favor de **Consortio Riego Chipao** el pago de una indemnización de daños y perjuicios provocados como consecuencia del ejercicio abusivo del derecho del **Proyecto Especial Sierra Centro Sur** de resolver el contrato.

TERCERO. – DISPONER que cada parte asuma el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios de árbitro y del Centro de Arbitraje. Los gastos arbitrales, quedan determinados de la siguiente manera:

- *Los honorarios del Árbitro Único ascienden a la suma neta de S/. 8,321.48 (Ocho mil trescientos veinte uno con 48/100 Soles). netos. Monto que debió ser asumido por ambas partes en proporciones iguales (50%), ascendente a S/. 4,160.74 (Cuatro mil ciento sesenta con 74/100) **soles netos por cada parte.***

- *Los Gastos administrativos (honorarios por secretaria arbitral) ascienden a la suma neta de S/. 4,380.74 (Cuatro mil trescientos ochenta con 74/100 soles) netos. Monto que debió ser asumido por ambas partes en proporciones iguales (50%) ascendente a S/. 2,190.37 (Dos mil ciento noventa con 37/100) **soles netos por cada parte.***

CUARTO.- FUNDADA EN PARTE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL y, habiendo el **Consortio Riego Chipao** pagado el íntegro de los gastos arbitrales, corresponde al **Proyecto Especial Sierra Centro Sur** devolver al **Consortio Riego Chipao** el monto de S/. 4,160.74 (Cuatro mil ciento sesenta con 74/100) soles netos, por concepto de pago de los honorarios del Árbitro Único y la suma de S/. 2,190.37 (Dos mil ciento noventa con 37/100) soles netos por concepto de gastos administrativos.

Caso N° 07-2020.

Fuera de estos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas en que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente arbitraje, como son los honorarios de sus abogados, asesores, auxiliares, peritos, entre otros.

CUARTO. – Registrar el Laudo en el SEACE.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Chang', with a large, stylized initial 'C' and a horizontal flourish at the end.

LEONARDO CHANG VALDERAS

Árbitro

**LAUDOS DE ARBITRAJE CONCLUIDOS - ABRIL 2021
MINISTERIO DE DESARROLLO AGRARIO Y RIEGO - MIDAGRI**

Ord.	FILE	EXPEDIENTE	CENTRO DE ARBITRAJE	DEMANDANTE	DEMANDADO	LAUDO
10	285-17	1342-54-17	Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú	PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIÓN – PSI - MIDAGRI	CONSORCIO CHUYAS.	LAUDO ARBITRAL DE DERECHO Resolución N° 24 (05/04/2021)
11	1348-16	S/N	TRIBUNAL AD HOC	MYD CONSTRUCTORES Y PROMOTORES SAC	PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL – AGRO RURAL -MIDAGRI	LAUDO ARBITRAL DE DERECHO Resolución N° 48 (21/04/2021)
12	261-20	049-2020-CCL	CENTRO DE ARBITRAJE CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA	TELEFONICA DEL PERU S.A.A.	AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA - ANA	LAUDO ARBITRAL DE DERECHO Orden Procesal N° 3 (27.04.2021)
13	578-19	2174-136-19	Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú	AMERICAN CONTRATISTAS GENERALES S.A.C.	PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIÓN – PSI -MIDAGRI	LAUDO ARBITRAL DE DERECHO (27/04/2021). VOTO DE DISCORDIA (26.04.2021)
14	360-20	007-2020	CORTE SUSPERIOR DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE AYACUCHO	CONSORCIO RIEGO CHIPAO .	PROYECTO ESPECIAL SIERRA CENTRO SUR PESCS . MIDAGRI.	LAUDO ARBITRAL DE DERECHO (28/04/2021)

TIPO DE ARBITRAJE
Arbitraje de Derecho Institucional -Tribunal Arbitral.
Arbitraje de Derecho Ad Hoc - Tribunal Arbitral Ad Hoc.
Arbitraje de Derecho Institucional - Tribunal Arbitral
Arbitraje de Derecho Institucional - Tribunal Arbitral
Arbitraje de Derecho Institucional - Arbitro Unico.