

Exp. N° 405-84-13

ConsultPatCu E.I.R.L. – Ministerio de Transportes y Comunicaciones

LAUDO DE DERECHO

Demandante:	ConsultPatCu E.I.R.L.
Demandado:	Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provías Nacional).
Tipo de Arbitraje:	Institucional y de Derecho
Tribunal Unipersonal:	Reynaldo Bustamante Alarcón (Árbitro Único)
Secretaría Arbitral:	Silvia Rodríguez Vásquez Secretaria General de Conciliación y Arbitraje

Resolución N° 12

En Lima, a los seis días del mes de marzo del año dos mil quince, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, analizados los fundamentos expuestos por ellas y valorado el material probatorio aportado a este arbitraje, el Árbitro Único pasa a emitir el presente laudo –conforme a las facultades otorgadas por las partes y la legislación sobre la materia– para poner fin a la controversia sometida a este arbitraje.

VISTOS:

I. LA EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL Y LA INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1.1 El Convenio Arbitral

El convenio arbitral está contenido en la cláusula décimo sexta del Contrato de Servicios N° 87-2012-MTC/20, que las partes celebraron el 22 de octubre del 2012 (en adelante también llamado “el Contrato”).

1.2 Instalación del Tribunal Arbitral

El 27 de mayo de 2014 se instaló el Tribunal Arbitral integrado por el abogado Reynaldo Bustamante Alarcón, como Árbitro Único, levantándose el acta respectiva. La instalación contó con la asistencia de ConsultPatCu E.I.R.L., también llamada Empresa Consultores en Patrimonio Cultural E.I.R.L. (en lo sucesivo denominada

también: "ConsultPatcu" o "la demandante") y de su contraparte, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Proviás Nacional "en adelante llamado también "el Ministerio", "Proviás" o el "demandado").

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación del Tribunal Unipersonal, son de aplicación al presente arbitraje: el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en lo sucesivo: "el Reglamento Arbitral") y en forma supletoria la Ley de Arbitraje contenida en el Decreto Legislativo N° 1071. Asimismo se estableció que, en caso de discrepancias en la interpretación o ante la insuficiencia de las reglas que anteceden, el Árbitro Único resolvería en forma definitiva del modo que considere apropiado.

III. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito de fecha 10 de junio de 2014, ConsultPatcu interpuso demanda arbitral contra el Ministerio formulando los siguientes petitorios (pág. 2):
 - a) *"Otorgamiento de la conformidad de servicio del entregable N° 01, conforme lo estipula el Contrato".*
 - b) *"Se deje sin efecto la aplicación de la penalidad a la factura del primer entregable y en consecuencia se proceda a la devolución del dinero ilegalmente descontado y que asciende a la suma de S/. 1,941.77, más los intereses de ley".*
 - c) *"Pago por concepto de gastos en los que se ha visto obligada a incurrir (ConsultPatcu) para la defensa de sus derechos desde la fecha en la cual el MTC (el Ministerio) se negó a otorgar la conformidad de servicio del Entregable N° 01 y el pago respectivo, los cuales ascienden a S/. 20,000.00".*
 - d) *"Pago de la indemnización de daños y perjuicios ocasionados (a ConsultPatcu), que ascienden a S/. 40,000.00".*
 - e) *"Costos y costas del proceso arbitral".*
2. Por escrito del 14 de julio de 2014, el Procurador Público del Ministerio, actuando en representación de Proviás, contestó la demanda negándola en todos sus extremos y solicitando que los petitorios de la demandante sean declarados improcedentes y/o infundados, por los fundamentos que allí expone.
3. En ese mismo escrito el demandado formuló reconvención solicitando, como único petitorio: *"Que se ordene a la Contratista (ConsultPatcu) que cumpla con pagar a Proviás Nacional la suma de S/ 59,154.58 (cincuenta y nueve mil ciento cincuenta y cuatro con 58/100 nuevos soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios determinados en el artículo segundo de la Resolución Directoral N° 1210-2013-MTC/20 del 15 de noviembre del 2013"* (pág. 18).
4. Con fecha 11 de agosto de 2014 ConsultPatcu absolvió el traslado de la contestación, exponiendo lo que consideró pertinente a su derecho. Asimismo contestó la reconvención, rechazándola y solicitando que la misma sea desestimada por los fundamentos que allí expone. Para tal efecto, ofreció medios probatorios adicionales.

5. El 26 de agosto de 2014 Provías absolvió el traslado de la contestación a la reconvencción, ofreciendo también medios probatorios adicionales.

IV. AUDIENCIA DE FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

6. El 27 de agosto de 2014 se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, con la participación del Árbitro Único, doctor Reynaldo Bustamante Alarcón, ConsultPatcu, el Ministerio y el secretario arbitral del Centro de Arbitraje de la PUCP, Carlos Seminario Reyes.
7. Al empezar la audiencia se dio cuenta a los asistentes del escrito presentado el 26 de agosto de 2014 por Provías, a través del cual absolvió el traslado de la contestación a la reconvencción; y, seguidamente, con anuencia de las partes, se emitió la Resolución N° 5 disponiéndose “tener presente” lo expuesto en dicho escrito y por ofrecidos los medios probatorios que se adjuntaron a él, con conocimiento de ConsultPatcu para que exponga lo que estime pertinente a su derecho.
8. A continuación el Árbitro Único invitó a las partes a conciliar. Sin embargo, ambas señalaron que no era posible llegar a un acuerdo conciliatorio, razón por la cual se fijaron los puntos controvertidos que se detallan a continuación:
- a) Determinar si corresponde o no ordenar a Provías que emita la conformidad del servicio por el Entregable N° 01, conforme lo estipula el Contrato.
 - b) Determinar si corresponde o no, dejar sin efecto la aplicación de la penalidad a la factura del Entregable N° 01 y, en consecuencia, se proceda a la devolución a ConsultPatcu de S/. 1,941.77, más los intereses de ley.
 - c) Determinar si corresponde o no el pago por concepto de gastos incurridos por ConsultPatcu para la defensa de sus derechos desde la fecha en la cual Provías se negó a otorgar la conformidad de servicio del Entregable N° 01 y el pago respectivo, los cuales ascienden –según se afirma– a S/. 20,000.00.
 - d) Determinar si procede o no el pago de la indemnización de daños y perjuicios que se habrían ocasionado a ConsultPatcu, y que ascienden –según se afirma– a S/. 40,000.00.
 - e) Determinar si procede o no que ConsultPatcu pague a Provías la suma de S/. 59,154.58 (cincuenta y nueve mil ciento cincuenta y cuatro con 58/100 nuevos soles) por concepto de indemnización por los daños y perjuicios determinados en el artículo segundo de la Resolución Directoral N° 1210-2013-MTC/20 del 15 de noviembre del 2013.
 - f) Determinar la distribución de los costas de este arbitraje.
9. Acto seguido se admitieron como medios probatorios de ConsultPatcu los ofrecidos en el acápite “VII. Medios Probatorios” de su escrito de demanda y los ofrecidos en el acápite “III. Medios Probatorios” de su escrito de fecha 11 de agosto de 2014. Como medios probatorios de Provías se admitieron los ofrecidos en el segundo otrosí de su escrito de contestación de demanda y reconvencción. Todos los medios probatorios admitidos son documentales y, por tanto, de actuación inmediata.

V. CIERRE DE ETAPA PROBATORIA Y ALEGATOS

10. Mediante Resolución N° 7, del 9 de octubre de 2014, se declaró cerrada la etapa probatoria del arbitraje y, en consecuencia, se otorgó a las partes el plazo de 5 días hábiles, contados a partir de su notificación, para que presenten sus conclusiones o alegatos escritos y soliciten informar oralmente, si lo considerasen conveniente.
11. Con fecha 17 de octubre de 2014 y 20 de octubre de 2014 ConsultPatcu y Provías, respectivamente, presentaron sus alegatos escritos.

VI. INFORME ORAL

12. El 5 de noviembre de 2014 se realizó la Audiencia de Informe Oral con la asistencia del Árbitro Único y el secretario arbitral, contando además con la participación de ambas partes.

IX. PLAZO PARA LAUDAR

13. Mediante Resolución N° 10 el Árbitro Único declaró que el arbitraje se encuentra listo para ser laudado, por lo que fijó el plazo de treinta (30) días hábiles, prorrogables por treinta (30) días hábiles adicionales, para emitir el laudo arbitral, de lo que se dejó debida constancia. Sobre esa base, por Resolución N° 11 se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, encontrándose vigente este plazo para emitir el presente laudo.
14. El Árbitro Único hace presente que ha efectuado una valoración conjunta y razonada de todos los medios probatorios admitidos en este arbitraje y que, en aplicación del principio de comunidad del material probatorio, se referirá a ellos independientemente de quién los haya ofrecido.

CONSIDERANDO:

I. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no ordenar a Provías que emita la conformidad del servicio por el Entregable N° 01, conforme lo estipula el Contrato.

Lo que sostienen las partes

15. ConsultPatcu señala que el 22 de octubre de 2012 celebró con Provías el Contrato de Servicio N° 087-2012-MTC/20 para la ejecución del "Proyecto de Evaluación Arqueológica PEA con Excavaciones, Delimitación y Señalización de Sitios Arqueológicos, Carretera Lima-Canta"; proyecto que se originó en la Adjudicación Directa Selectiva N° 0029-2012-MTC/20.20.
16. Señala también que el 18 de diciembre de 2012 presentó al Ministerio de Cultura el Entregable N° 01, de conformidad con lo establecido por el numeral 5.1 de los Términos de Referencia (en adelante, los TdR), lo que hizo de conocimiento de Provías mediante correo electrónico de la misma fecha y, posteriormente, el 20 de diciembre de 2012, mediante carta recibida por Provías con la Hoja de Trámite N°

47468. Añade que acompañó a su carta la Factura N° 0000175 por el 15% del monto contractual, que se pactó como honorarios a su favor.

17. ConsultPatcu afirma que Provías no cumplió con lo estipulado en la cláusula cuarta del Contrato, concordante con los numerales 11 y 12 de los TdR, es decir, que no otorgó la conformidad del Entregable N° 01 a los 10 días desde que este fuera entregado; plazo que en su opinión venció el 7 de enero de 2013. Señala además que hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral, Provías no ha cumplido con emitir dicho documento, pese a los requerimientos que se le hizo (pág. 5 de la demanda).
18. Provías rechaza esta posición manifestando que *“mediante Informe N° 016-2013-MTC/20.63/ybc del 28 de febrero de 2013 y Memorandum N° 00997-2013/20.6 del 6 de marzo de 2013 se otorgó la conformidad al Entregable N° 01 (...) recomendándose la cancelación del primer pago, descontándose la aplicación de una penalidad de S/. 1,941.77 (Mil novecientos cuarenta y uno con 77/100 nuevos soles), a favor de la Empresa Consultores en Patrimonio Cultural (ConsultPatcu)”*. Añade Provías que *“el primer pago del servicio se efectuó con cheque de pago N° 1927”* (pág. 5 de la contestación).

Lo que considera el Árbitro Único

19. La cláusula décimo novena del Contrato establece que las Bases Integradas de la Adjudicación Directa Selectiva N° 0029-2012-MTC/20, cuyo Capítulo III se refiere a los TdR, forman parte integrante del mismo. Tanto el numeral 2.11 del Capítulo I de las Bases Integradas como el numeral 12.0 de los TdR establecen que la conformidad del servicio brindado será otorgada por el Jefe de la Oficina del PACRIs y CIRAs y por el Gerente de la Unidad Gerencial de Estudios, previa aprobación del encargado del proyecto. Además, el numeral 2.11 del Capítulo I de las Bases Integradas y el numeral 11.0 de los TdR establecen que la Entidad deberá contar con la conformidad del servicio antes de proceder al pago de las contraprestaciones ejecutadas por el contratista, el mismo que se cancelará dentro de los diez (10) días de entregada la conformidad del Entregable N° 01.
20. Pues bien, el Informe N° 016-2013-MTC/20.63/ybc, emitido el 28 de febrero de 2013 (medio probatorio obrante en autos como anexo 1-AI de la contestación de demanda) acredita que el Jefe de Proyectos Pacri-UGE, ingeniero Luis Chan Cardoso: 1) otorgó la conformidad al Entregable N° 01 del servicio para el “Proyecto de Evaluación Arqueológica con excavaciones, delimitación y señalización de sitios arqueológicos, carretera Lima-Canta”, presentado por ConsultPatcu, y 2) recomendó la cancelación del primer pago a su favor (véase especialmente la conclusión 5.1 del referido informe).
21. Más aún, Provías refiere que esa conformidad fue reiterada o corroborada mediante el Memorandum N° 00997-2013/20.6, del 6 de marzo de 2013 (véase la pág. 5 de la contestación), documento este último que, si bien no ha sido ofrecido como medio de prueba, ConsultPatcu no ha negado su existencia ni contenido. Por el contrario, mediante escrito presentado el 11 de agosto de 2014, ConsultPatcu reconoció en este arbitraje que Provías finalmente emitió su conformidad al Entregable N° 01, a través

del precitado Informe N° 016-2013-MTC/20.63/ybc y del mencionado Memorandum N° 00997-2013/20.6, sólo que esta vez ConsultPatcu refiere que esa conformidad se emitió en forma extemporánea, lo que es una cosa distinta. Así lo explica la empresa demandante: *“En el numeral 10 de la contestación se indica que la conformidad de servicio correspondiente al Entregable N° 01, se emitió mediante informe de fecha 28 de febrero de 2013 y memorándum del 06 de marzo del mismo año, esto es luego de más de 02 meses de emitida la factura y el entregable N° 01, demostrando su irresponsabilidad en honrar los compromisos asumidos a través del contrato; conforme lo indicado el MTC (el Ministerio o Provias) se demoró excesivamente en efectuar el pago (...)”*. En suma, *“la conformidad del entregable N° 01 no fue otorgada oportunamente”* (págs. 5 y 7, respectivamente, del escrito de ConsultPatcu de fecha 11 de agosto de 2014).

22. En consecuencia, tanto por los documentos precedentemente citados, como por el propio dicho de las partes, se verifica que Provias (o, si se prefiere, el Ministerio) sí emitió la conformidad del servicio respecto del Entregable N° 01, según las formalidades estipuladas en el Contrato. Cosa distinta es si lo hizo en el plazo oportuno o si, como lo afirma la demandante, lo hizo en forma extemporánea.
23. Como quiera que a través del petitorio que aquí se examina sólo se ha pedido al Árbitro Único que determine si debe ordenarse a Provias que emita conformidad respecto al Entregable N° 01 (y no que determine si esa conformidad fue emitida en forma extemporánea u oportuna), este Árbitro Único debe ceñirse al petitorio formulado por las partes para no incurrir en un vicio de incongruencia. Así lo exige el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil (artículo que, en aplicación del numeral 7 del Reglamento Arbitral, este Árbitro Único considera aplicable al presente caso) que al respecto dice: *“El Juez (...) no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”*. Un principio que forma parte del derecho fundamental a un debido proceso (aplicable también en sede arbitral) como lo reconoce la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹: *“Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente”*²; este derecho *“garantiza que el juzgador resuelva cada caso concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes”*³; razón por la cual, *“la infracción del deber de congruencia supone no sólo la afectación del principio dispositivo [...], sino que a consecuencia de ello se puede afectar otros derechos constitucionalmente protegidos, verbigracia el derecho de defensa y, en determinadas ocasiones, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial”*⁴.

¹ La aplicación del debido proceso en sede arbitral ha sido ampliamente reconocida por nuestro Tribunal Constitucional. Así, este órgano protector de la constitución afirma: *“[L]a naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso”* (STC del 28 de febrero de 2006, fundamento 9, emitida en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC).

² STC del 20 de junio del 2002, fundamento N° 11, emitida en el Expediente N° 1230-2002-HC/TC.

³ STC de 19 de junio de 2007, fundamento 9, emitida en el Expediente N° 7022-2006-PA/TC.

⁴ STC de 17 de setiembre de 2008, fundamento 5, emitida en el Expediente N° 3151-2006-AA/TC.

24. Por lo expuesto, y atendiendo a que se ha comprobado que Provías (o, si se prefiere, el Ministerio) sí emitió la conformidad de servicio, respecto del Entregable N° 01, que precisamente es el objeto del petitorio de ConsultPatcu que aquí se analiza, no procede ordenar a Provías que emita esa conformidad cuando esta ya fue emitida con anterioridad.

II. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no, dejar sin efecto la aplicación de la penalidad a la factura del primer entregable y, en consecuencia, que se proceda a la devolución a ConsultPatcu de S/. 1,941.77, más los intereses de ley.

Lo que sostienen las partes

25. ConsultPatcu refiere que, en virtud del Contrato, Provías se obligó a proporcionarle la información técnica necesaria para cumplir con los objetivos contractuales, sin embargo –añade– esa información le fue proporcionada con demora y en forma paulatina. Tal información consistía en lo siguiente: 1) planos del Proyecto en sistema WGS 84, y 2) descripción, ubicación y características de los componentes del proyecto (botaderos para desmonte, canteras para extraer materiales de relleno, campamentos, depósitos donde poner las herramientas, maquinaria, etc.) y de la documentación adicional.
26. ConsultPatcu afirma que su trabajo recién pudo hacerse efectivo a partir del momento en que terminó de recibir toda la información técnica de Provías. Y como quiera que esta información –según la demandante– terminó de serle proporcionada el 11 de diciembre de 2012, el plazo para que ConsultPatcu entregase el Entregable N° 01 concluía –según indica– el 10 de enero del 2013. ¿Por qué razón? Porque sin esa información –explica– no podía elaborarse la solicitud del “Proyecto de Evaluación Arqueológica (PEA) con Excavaciones, Delimitación y Señalización de sitios Arqueológicos en la Carretera Lima-Canta”, que precisamente constituye el Entregable N° 01.
27. Añade la demandante que, a pesar de que Provías es la directa responsable del retraso en la entrega de la información, aplicó una penalidad al pago del Entregable N° 01 por el monto de S/. 1,941.77 aduciendo un retraso injustificado, imputable a la demandante, cuando en realidad –reitera– este se produjo por la demora en la entrega de información a cargo de Provías.
28. Por otro lado, ConsultPatcu indica que, con fecha 28 de noviembre de 2012, Provías le remitió la Resolución Directoral N° 833-2012-DGPC-VMPCIC/MC, emitida en esa misma fecha, la misma que de desaprueba el Informe Final del “*Proyecto de evaluación arqueológica de reconocimiento con excavaciones restringidas con fines de delimitación estudio definitivo para la rehabilitación y mejoramiento de la carretera Lima – Canta – La Viuda – Unish, Tramo: Lima-Canta*”, presentado por la empresa ECSA Ingenieros S.A., y declara improcedente la expedición del Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA). La demandante sostiene que la existencia de este proyecto paralelo fue contratado por Provías, imposibilitando así que el Ministerio de Cultura pudiera recibir otro proyecto antes de la desaprobación de

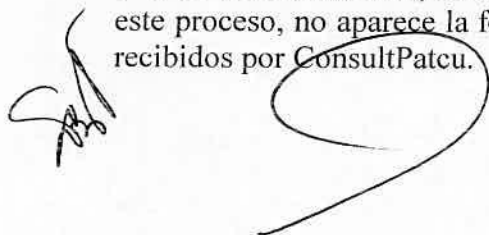
aquel (desaprobación que recién se produjo el 28 de noviembre de 2012); hecho que, según sostiene, es ajeno a su responsabilidad y que constituía un impedimento para la presentación del Entregable N° 01 dentro de los plazos estipulados en el Contrato. Por este motivo ConsultPatcu sostiene que también por esta razón la supuesta demora en la entrega del Entregable N° 01 no le es imputable, por lo que la penalidad que se le impuso no le era aplicable, debiendo ordenarse que el importe que se le descontó por concepto de penalidad le sea devuelto.

29. Provías rechaza estas afirmaciones. Manifiesta que la demandante nunca comunicó de manera formal la falta de información técnica, y que no fue hasta el 24 de octubre de 2012 en que solicitó por escrito esa información para el cumplimiento del Contrato. Añade que ese pedido fue atendido extraoficialmente a los dos días siguientes y que mediante Oficio N° 2752-2012-MTC/20.6, del 13 de noviembre de 2012, cumplieron con remitirle formalmente un CD (es decir, un soporte informático) con toda la información técnica de la carretera Lima-Canta-La Viuda-Unish, Tramo: Lima-Canta. En tal sentido, concluye Provías, el plazo para la presentación del Entregable N° 01 comenzó a computarse a partir del día siguiente. Agrega que la aplicación de la penalidad se aplicó de conformidad con el numeral 13.0 de los TdR, al existir un retraso injustificado en la ejecución de la prestación de 10 días calendario. Según Provías el Entregable N° 01 debió entregarse a los 30 días de iniciado el servicio, por lo que dicho plazo venció el 12 de diciembre de 2012; sin embargo, recién fue presentado el 20 de diciembre de 2012, es decir, con 10 días de atraso, razón por la cual –concluye– la aplicación de la penalidad resultaba procedente.
30. Asimismo, Provías indicó que el día en que se hizo entrega de manera extraoficial de la información solicitada por ConsultPatcu, se hizo de conocimiento de esta de los antecedentes de la gestión y desarrollo del Proyecto presentado por la empresa ECSA Ingenieros S.A., a la que se refiere ConsultPatcu; Proyecto que, según afirma Provías, fue contratado por terceros particulares, y no por Provías ni el Ministerio. Además, refiere que el Informe Final de ese Proyecto fue finalmente desaprobado por el Ministerio de Cultura mediante Resolución Directoral N° 883-2012-DGPC-VMPCIC/MC del 28 de noviembre de 2012, resolución que remitió por correo electrónico a ConsultPatcu para que tome conocimiento de ella. Concluye Provías que, por esa razón, esta comunicación no fue un error, y tal circunstancia no exime a ConsultPatcu de la demora en la entrega del Entregable N° 1, ya que *“todo proyecto arqueológico culmina a la presentación de su Informe Final, siendo de conocimiento de todos los involucrados la situación del expediente, por lo que la Entidad contrató los servicios de una Empresa para cumplir con las recomendaciones técnicas del Ministerio de Cultura”* (pág. 11 de la contestación de demanda).
31. Por tanto, señala Provías que esta pretensión de ConsultPatcu también debe ser desestimada.

Lo que considera el Árbitro Único

32. La cláusula décimo sexta del Contrato establece que las controversias que surjan –entre otros puntos– sobre su ejecución, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje (salvo aquellas excluidas por ley; causales de exclusión que no se refieren a la controversia materia del presente proceso).

33. La controversia sometida al presente arbitraje, con relación al punto controvertido que aquí se examina, presupone analizar si el pago efectuado por Provías a ConsultPatcu (por el Entregable N° 01) fue un pago íntegro o no. Provías afirma que sí porque la deducción de la penalidad que impuso a ConsultPatcu, por el supuesto cumplimiento tardío de la prestación a su cargo, fue hecha conforme a ley y a lo pactado en el Contrato. ConsultPatcu, por su parte, considera que ese pago no fue íntegro porque el importe que se le dedujo se refiere a una penalidad que –según refiere– nunca le debió ser impuesta, razón por la cual solicita la devolución de aquella deducción más los intereses correspondientes. En suma, lo que se discute en el fondo del presente punto controvertido –como ya ha sido dicho– es si el pago efectuado fue hecho en forma correcta o no. Confirma este acierto el hecho de que, conforme a la cláusula duodécima del Contrato, *“esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la Liquidación Final (...)”*.
34. Pues bien, de los actuados obrantes en este proceso se aprecia lo siguiente:
- a) Que tanto ConsultPatcu como Provías están de acuerdo en que el Entregable N° 01 fue entregado el 20 de diciembre de 2012; sus respectivos escritos de demanda y de contestación lo confirman.
 - b) Que ambos están de acuerdo también (como se verificó al resolver el primer punto controvertido) que Provías brindó su conformidad por el Entregable N° 01 el 6 de marzo de 2013 (sin perjuicio de que ConsultPatcu considera que lo hizo con retraso).
 - c) Que, por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 11.0 de los TdR y la cláusula cuarta del Contrato, Provías tenía la obligación de pagar el 15% del costo del servicio a ConsultPatcu dentro de los diez (10) días siguientes de otorgada la conformidad del servicio, es decir el 16 de marzo de 2013. Un plazo computado en días naturales porque, conforme a lo señalado en el artículo 151° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF), durante la vigencia del Contrato los plazos se computan en días calendario, excepto en los casos en los que dicho Reglamento indique lo contrario; y como quiera que él no establece que el plazo para el pago deba computarse en días hábiles, se concluye que su cómputo debe hacerse en días calendario.
 - d) Que mediante Oficio N° 980-2013-MTC/20.6, de fecha 2 de mayo de 2013, emitido por Provías y dirigido a ConsultPatcu, Provías remitió a este última el Informe N° 036-2013-MTC/20.6.3/ycb donde se expresan las razones por las cuales *“a la cancelación del primer pago de la referida factura (se refiere a la factura por el Entregable N° 01), se aplicó una penalidad por el retraso injustificado de diez (10) días calendario”* (medio probatorio obrante como anexo 1-Q de la contestación). No obstante, en la copia del referido oficio, aportado a este proceso, no aparece la fecha en la que ese oficio y su informe adjunto fueron recibidos por ConsultPatcu.



- e) Que por lo menos el 21 de junio de 2013 ConsultPatcu conoció el contenido del oficio en mención y de su informe adjunto, es decir, por lo menos en esa fecha conoció que se le había aplicado una penalidad y descontado el importe de la misma en el pago de la factura por el Entregable N° 01. Decimos que por lo menos en esta fecha conoció de estos hechos porque ConsultPatcu se refiere a ellos en la Carta Notarial que en dicha fecha envió a Provías haciendo referencia al contenido de aquel oficio y de su informe adjunto, solicitando además que se le notifique formalmente *“la resolución que ha dado lugar a la aplicación de penalidad”* (medio probatorio obrante como anexo 1-S de la contestación).
- f) Que **mediante Carta Notarial del 29 de julio de 2013, dirigida a Provías y recepcionada por esta el 1° de agosto del mismo año, ConsultPatcu comunicó su decisión de “dar por resueltas todas las negociaciones” que venía manteniendo con Provías “respecto de la ejecución del Contrato”** (medio de prueba obrante como anexo 1-T de la contestación).
35. Como se puede apreciar, el 1° de agosto de 2013 quedó establecido (por la recepción de la Carta Notarial que ConsultPatcu envió a Provías, de fecha 29 de julio de 2013) que las negociaciones entre las partes para encontrar una solución a las controversias derivadas del Contrato habían sido finalizadas por voluntad de ConsultPatcu; controversias que evidentemente incluían la discusión sobre la supuesta falta de integridad en el pago del Entregable N° 01, ya que ConsultPatcu rechazaba que Provías le hubiere aplicado, y descontado del pago de ese Entregable, una penalidad por el supuesto retraso.
36. Frente a ello, tanto por las normas legales como las contractuales establecen que ConsultPatcu tenía dos alternativas para solucionar sus controversias con Provías, en especial las referidas a la integridad del pago: o acudía a una conciliación o acudía a un arbitraje (pudiendo acudir a un arbitraje después de haber acudido infructuosamente a un procedimiento de conciliación). Así lo estipula la décimo sexta cláusula del Contrato: *“Las partes acuerdan que las controversias que surjan, sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del Contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje (...). Si la conciliación concluyera por inasistencia de una o ambas partes, con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes se someterán a la competencia arbitral de la solución definitiva de las controversias”*.
37. No obstante, como la controversia que aquí se examina versa sobre la integridad del pago que tenía que efectuar la Entidad a favor del contratista, el inicio del procedimiento de conciliación o del arbitraje para solucionar esa controversia no podía realizarse en cualquier momento. El uso de cualquiera de esos dos mecanismos de solución de conflictos se encuentran sujetos –en ese caso– a un plazo de caducidad. Sustentamos esta afirmación en los siguientes fundamentos:
- a) Conforme al artículo 52°, inciso 52.2 del Decreto Legislativo N° 1017 (Ley de Contrataciones del Estado, modificado por la Ley N° 29873, en adelante “la Ley”): *“Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a (...) recepción y*

conformidad de la prestación (...) liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento”.

- b) En armonía con ello, el tercer párrafo del artículo 181° del Reglamento de esta Ley (el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, en adelante, “el Reglamento”) establece que ***“las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidos a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago”.***
- c) Complementando estas normas, el artículo 215° del Reglamento (en concordancia con la remisión de la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley) señala que ***“cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos (...) 181° (del Reglamento), en concordancia con lo dispuesto en el numeral 52.2 del artículo 52° de la Ley”.*** Es decir, por imperio de esta norma, el plazo de quince días hábiles para poder iniciar un procedimiento de conciliación o un arbitraje, por una controversia relacionada con los pagos que la Entidad debe realizar al contratista (y que se computan a partir del día siguiente en que debió producirse el pago) es un plazo de caducidad.
38. Este plazo de caducidad es importante por dos razones. En primer lugar, porque conforme a la definición contenida en el artículo 2003° del Código Civil (de aplicación supletoria al presente caso por mandato del artículo IX de su Título Preliminar y por no ser incompatible con su naturaleza): ***“La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente”***, es decir, no solo impide que prospere una pretensión sometida a un plazo de caducidad sino que extingue también el derecho o situación jurídica material que la subyace. En segundo lugar, porque conforme a los artículos 2005° y 2006° del mismo Código (aplicables supletoriamente al presente caso por la misma razón), ***“la caducidad no admite interrupción ni suspensión (...)”*** y ***“la caducidad puede ser declarada de oficio”***, respectivamente. En consecuencia, aunque Provías no haya deducido una excepción de caducidad como medio de defensa, el Árbitro Único debe verificar si la pretensión de ConsultPatcu que aquí se analiza ha caducado o no, más aún si –conforme se advierte de su texto– las precitadas normas son disposiciones imperativas que, por tal razón, no están sujetas a la voluntad de las partes.
39. Sobre esa base, y teniendo en cuenta que la pretensión que aquí se examina se refiere al pago efectuado por Provías a ConsultPatcu, específicamente a la supuesta falta de integridad en el pago, pues ConsultPatcu rechaza que sea válido que se le haya aplicado una penalidad y descontado su importe al momento de pagársele el Entregable N° 01; se concluye, en aplicación del artículo 52°, inciso 52.2 de la Ley, concordados con los artículos 181° (tercer párrafo) y 215° de su Reglamento, que ***dicha pretensión debió ser sometida a un procedimiento de conciliación y/o a un arbitraje dentro del plazo de caducidad de quince (15) días hábiles, a los que se refieren dichas normas, computados a partir del día siguiente en que se produjo el pago.***



40. Según los dichos de las partes (contenidos en su demanda y contestación) el pago del Entregable N° 01, al que se le acusa de falta de integridad, se realizó antes del 2 de mayo de 2013 (pues en dicha fecha se emitió el Oficio N° 980-2013-MTC/20.6, por el que se comunicó ConsultPatcu que se le había aplicado una penalidad y descontado su importe de aquel pago). Por lo tanto, si tomamos esta fecha como el término inicial del plazo de caducidad de quince (15) días hábiles, se concluye que **este plazo venció el 23 de mayo de 2013.**
41. Sin perjuicio de ello, y a efectos de continuar con el análisis, asumamos como hipótesis que el término inicial de ese plazo es la fecha en que ConsultPatcu comunicó a Provías que daba por finalizadas todas las negociaciones (lo hizo mediante Carta Notarial del 29 de julio de 2013, recepcionada por Provías al día siguiente). Lo hacemos así porque si ConsultPatcu comunicó en dicha fecha que daba por finalizadas las negociaciones que sostuvo con Provías, qué duda cabe que tenía que optar por acudir a un procedimiento de conciliación o acudir a un arbitraje para solucionar sus controversias. Así lo estipula el Contrato y lo establecen las precitadas normas legales. Por lo expuesto, en la hipótesis planteada, el término inicial del plazo de caducidad para llevar a estos mecanismos de solución de conflictos cualquier controversia relacionada con el pago sería el 1° de agosto de 2013. **En tal caso el plazo de caducidad de quince (15) días hábiles venció el 22 de agosto de 2013.**
42. **En cualquiera de los dos casos, sea que se considere que el plazo de caducidad venció el 23 de mayo de 2013** (quince días hábiles después de que se comunicara el pago con el descuento por la penalidad) **o que venció el 22 de agosto de 2013** (quince días hábiles después de que se comunicara la finalización de las negociaciones), **la pretensión de ConsultPatcu relacionada con el pago del Entregable N° 01, es decir, para que se determine si corresponde o no dejar sin efecto la penalidad que le fue aplicada y deducida del pago que se le efectuó (con su correspondiente devolución) ha caducado.**
43. Efectivamente, ConsultPatcu no ha acreditado haber iniciado un procedimiento de conciliación para resolver su controversia con Provías, relacionada con la supuesta falta de integridad en el pago (o, lo que es lo mismo, la supuesta aplicación y deducción indebida de la penalidad), antes del vencimiento del plazo de caducidad (esto es, antes del 23 de mayo de 2013 o antes del 22 de agosto de 2013). Mucho menos optó por iniciar el arbitraje correspondiente antes de cualquiera de estas fechas; pues, por un lado (tal como se acredita con su Carta Notarial de fecha 25 de noviembre de 2013, obrante como medio probatorio y anexo 1-X de la contestación⁵), recién el 25 de noviembre de 2013 ConsultPatcu comunicó a Provías su decisión de someter a un arbitraje sus controversias, y, por otro lado (tal como se aprecia de autos), recién el 9 de diciembre de 2013 ConsultPatcu presentó al Centro de Arbitraje de la PUCP su pedido para que se inicie el presente arbitraje. Por tales razones, y en atención a que –como se ha expuesto anteriormente– el plazo de caducidad que aquí se examina no admite supuestos de suspensión ni de interrupción, se confirma que la pretensión de ConsultPatcu para que se determine si corresponde o no dejar sin efecto

⁵ En el último párrafo de la citada carta notarial del 25 de noviembre de 2013, ConsultPatcu, dirigiéndose a Provías, dice: *"Por todo lo anteriormente indicado, le comunicamos nuestra decisión de iniciar los trámites de Arbitraje a que se refiere la cláusula décimo sexta del contrato suscrito con su representada"*.

la penalidad que le fue aplicada y deducida del pago que se le efectuó (con su correspondiente devolución) ha caducado.

44. En atención a los efectos de la caducidad (es decir, a la extinción de la acción y del derecho, que se ha producido), el Árbitro Único considera que el extremo de la demanda relativo a que Provías deje sin efecto la aplicación de la penalidad a la factura del primer entregable y, en consecuencia, se proceda a la devolución a ConsultPatcu de S/. 1,941.77, más los intereses de ley, debe ser declarado improcedente.

III. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, el pago por concepto de gastos incurridos por ConsultPatcu para la defensa de sus derechos desde la fecha en la cual Provías se negó a otorgar la conformidad de servicio del Entregable N°01 y el pago respectivo, los cuales ascienden –según se afirma– a S/. 20,000.00.

Lo que sostienen las partes

45. ConsultPatcu alega que al no obtener un pago oportuno y completo por el Entregable N° 01, causado por el retraso de Provías en brindarle su conformidad, y sobre todo ser víctima –según afirma– de conductas ilegales y abusivas por parte de esta, con motivo de la ejecución del Contrato, ConsultPatcu se vio forzada a contratar los servicios de una abogada, quien se encargó de ejercer su defensa extrajudicial, vale decir, redactar cartas notariales y demás comunicaciones escritas al demandado, concurriendo también a reuniones programadas por Provías, las mismas que finalmente no se realizaban. Señala además que todas esas acciones han sido remuneradas, lo cual le ha generado un gasto. Asimismo, agrega que tuvo que costear el pago de personal administrativo para el envío de correos, la compaginación de pruebas y demás acciones pertinentes. Concluye señalando que todo ese gasto asciende a la suma de S/. 20,000.00 (veinte mil y 00/100 nuevos soles), importe que –según refiere– le debe ser pagado por Provías.
46. Provías responde que nunca se negó a otorgar la conformidad de servicio al Entregable N° 01, la cual fue otorgada con el Informe N° 016-2013-MTC/20.6.3/ybc, del 28 de febrero de 2013, y el Memorándum N° 00997-2013-MTC/20.6, del 6 de marzo de 2013. Añade que ha cumplido con el pago de ese entregable a través del Cheque de Pago N° 1927. Agrega que en ningún momento se presentó situación que obligase a la demandante a contratar asesoría especializada para la defensa de sus derechos, ya que estos nunca se vieron perjudicados, debido a que el Entregable N° 01 fue presentado al cierre presupuestal del año 2012, razón por la cual recién se pudo atender una vez aprobada la Certificación Presupuestal del Programa de Compromiso Anual 2013. Por otro lado, alega que en los medios probatorios ofrecidos por la demandante no se aprecia ningún documento que sustente que efectivamente incurrió en los gastos que refiere.

Lo que considera el Árbitro Único

47. El petitorio de ConsultPatcu que se analiza en este extremo corresponde en buena cuenta a un supuesto de responsabilidad civil contractual, pues si los supuestos gastos

que realizó se efectuaron para hacer frente a los incumplimientos contractuales que imputa a Provías, no cabe duda que estamos ante una pretensión de naturaleza indemnizatoria en el ámbito contractual. Así resulta del artículo 1321° del Código Civil (de aplicación supletoria al presente caso por mandato del artículo IX de su Título Preliminar) que dice: *“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”*. *“El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución (...)”*.

48. Al respecto el Árbitro Único estima relevante recordar que, de conformidad con el artículo 196° del Código Procesal Civil (artículo que en ejercicio de las facultades que le han sido conferidas en el numeral 7 del Reglamento Arbitral, este Árbitro Único entiende supletoriamente aplicable en armonía con la Primera Disposición Final de dicho Código): *“la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión”*. Corresponde entonces a ConsultPatcu la carga de probar los elementos de la responsabilidad contractual en los que sustenta su pretensión, y, en especial, la existencia y cuantía del daño causado pues, como señala expresamente el artículo 1331° del Código Civil (de aplicación supletoria al presente caso por mandato del artículo IX de su Título Preliminar): *“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”*.
49. En el presente caso ConsultPatcu alega que los daños que supuestamente le ha causado Provías consisten en haber tenido que gastar S/. 20,000.00 (veinte mil y 00/100 nuevos soles) en la contratación de una abogada y de personal administrativo para ejercer su defensa extrajudicial frente a los supuestos incumplimientos que imputa a Provías. Sin embargo, ConsultPatcu no ha ofrecido un solo medio probatorio conducente a acreditar que efectuó esa contratación –sobre todo del personal administrativo–, mucho menos que los gastos para ello ascendieron a S/. 20,000.00 (veinte mil nuevos soles); tampoco ha ofrecido medio probatorio alguno que acredite que esa contratación tuvo su origen en los incumplimientos que imputa a Provías, es decir, no ha acreditado el nexo causal entre los supuestos daños y el hecho antijurídico que alega. Por lo tanto, como quiera que la carga de probar tales hechos corresponde a ConsultPatcu (según lo disponen los artículos citados en el párrafo anterior), y en vista de que ésta no ha cumplido con satisfacer esa carga, se concluye que la pretensión de ConsultPatcu que aquí se examina, para que se ordene a Provías a pagarle ese importe de dinero por los supuestos gastos que aquélla efectuó, debe ser desestimada. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 200° del Código Procesal Civil (artículo que en ejercicio de las facultades conferidas en el numeral 7 del Reglamento Arbitral, este Árbitro Único entiende supletoriamente aplicable, en armonía con la Primera Disposición Final de dicho Código), que dice: *“Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada”*.

IV. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si procede o no el pago de la indemnización de daños y perjuicios ocasionados a ConsultPatcu, que esta afirma ascender a S/.40,000.00.

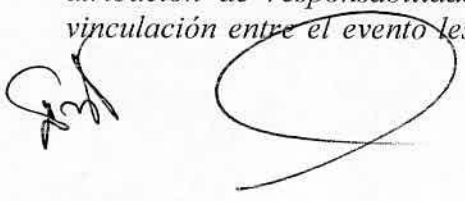


Lo que sostienen las partes

50. ConsultPatcu señala que la no ejecución del proyecto materia del Contrato, por el incumplimiento de las obligaciones contractuales que imputa a Provías, le ha causado los siguientes daños (pág. 6 y siguientes de su demanda): 1) la contratación de un arqueólogo, que no pudo ejecutar otro proyecto hasta once meses después que se vio liberado por la Resolución Directoral N° 055-2013-DGPA-VMPCIC/MC; 2) la contratación de personal, como arqueólogos y obreros, para la ejecución del trabajo, el mismo que no se ejecutó y del cual tuvieron que asumir sus costos; 3) la carga adicional de trabajo a su personal y los compromisos incumplidos frente a ellos, así como los obstáculos en la contratación de otros servicios con otras empresas y clientes a los que no ha podido atender adecuadamente. Por todo ello ConsultPatcu solicita que Provías le pague una indemnización ascendente a S/. 40,000.00 (Cuarenta mil y 00/100 nuevos soles).
51. Provías sostiene que los daños y perjuicios a los que hace mención la demandante no fueron originados por la entidad, ya que, en principio, la empresa ConsultPatcu no absolvió correctamente las observaciones formuladas por el Ministerio de Cultura y, además, se negó de manera expresa a cumplir con los Términos de Referencia, lo que originó que el Ministerio de Cultura mediante Resolución Directoral N° 055-2013-DGPA haya resuelto denegar la ejecución del proyecto. Agrega que ConsultPatcu no ha presentado ningún medio probatorio para acreditar el supuesto daño ni tampoco ha señalado cómo es que ha llegado a la cifra de S/. 40,000.00 por concepto de indemnización.

Lo que considera el Árbitro Único

52. El Árbitro Único aprecia que en este extremo nos encontramos una vez más ante una pretensión indemnizatoria propia de la responsabilidad civil de naturaleza contractual. En ese sentido, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1317°, 1321° y demás normas pertinentes del Código Civil (de aplicación supletoria al presente caso por mandato del artículo IX de su Título Preliminar), para que se configure este tipo de responsabilidad, se debe verificar la concurrencia de los siguientes elementos: 1) debe existir un hecho antijurídico, en este caso el incumplimiento de una prestación contractual a cargo del deudor, 2) dicho incumplimiento debe ocasionar un daño al acreedor, el mismo que debe ser cierto y estar probado, 3) debe existir un nexo causal entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor, y 4) debe existir un factor de atribución de responsabilidad, en este caso el dolo o la culpa del deudor en el incumplimiento de su prestación. En términos similares se pronuncia la doctrina especializada, representada por autores como Juan ESPINOZA, quien afirma: *“Los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, tanto la derivada del incumplimiento de las obligaciones como la denominada extracontractual o aquiliana, son: a) la imputabilidad, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona, b) la ilicitud o antijuricidad, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico, c) el factor de atribución, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto, d) el nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido, y e) el daño, que comprende*



las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado”⁶. Si alguno de estos elementos de la responsabilidad no se configurase, la pretensión destinada a obtener una indemnización o resarcimiento por el incumplimiento de una obligación contractual resulta infundada⁷.

53. Al igual que en el punto controvertido anterior, resulta relevante recordar que, de conformidad con el artículo 196° del Código Procesal Civil (artículo que en ejercicio de las facultades que le han sido conferidas en el numeral 7 del Reglamento Arbitral, este Árbitro Único entiende supletoriamente aplicable en armonía con la Primera Disposición Final de dicho Código): *“la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión”*. Corresponde entonces a ConsultPatcu la carga de probar los elementos de la responsabilidad contractual en los que sustenta su pretensión, y, en especial, la existencia y cuantía del daño causado pues, como señala expresamente el artículo 1331° del Código Civil (de aplicación supletoria al presente caso por mandato del artículo IX de su Título Preliminar): *“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”*.
54. Una vez más aprecia el Árbitro Único que ConsultPatcu no ha ofrecido un solo medio probatorio conducente a acreditar la existencia de los daños que alega, tampoco ha ofrecido medio de prueba alguna que sirva de parámetro para determinar la cuantía de esos daños –en el supuesto de que se hayan producido–, y menos aún ha realizado actividad probatoria alguna para demostrar que esos daños han sido causados por el incumplimiento que imputa a Provías –en la hipótesis de que estemos en efecto ante un incumplimiento del que deba responder Provías–. Tales omisiones son suficientes para desestimar esta pretensión indemnizatoria de ConsultPatcu ya que, como se ha dicho, de conformidad con el artículo 200° del Código Procesal Civil (artículo que en ejercicio de las facultades conferidas en el numeral 7 del Reglamento Arbitral, este Árbitro Único entiende supletoriamente aplicable en armonía con la Primera Disposición Final de dicho Código): *“Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada”*.

V. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si procede o no que ConsultPatcu pague a Provías la suma de S/. 59,154.58 (cincuenta y nueve mil ciento cincuenta y cuatro con 58/100 nuevos soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios determinados en el artículo segundo de la Resolución Directoral N° 1210-2013-MTC/20 del 15 de noviembre del 2013.

⁶ *Derecho de la Responsabilidad Civil*, quinta edición, Lima Gaceta Jurídica, 2007, p. 89.

⁷ Artículo 1317° del C.C.- *“El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación”*.

Artículo 1321 del C.C.- *“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

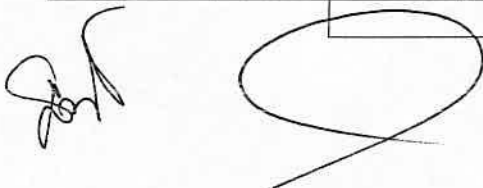
Lo que sostienen las partes

55. Provías formula este pedido indemnizatorio a través de una reconvencción. Afirma que, en atención a los fundamentos expuestos en su contestación, ha quedado plenamente demostrado que la resolución del Contrato realizada a través de la Resolución Directoral N° 1210-2013-MTC720, del 15 de noviembre de 2013, se ha efectuado en cumplimiento del procedimiento establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y el Contrato que suscribió con ConsultPatcu.
56. Señala que el Ministerio de Cultura formuló sendas observaciones al Proyecto de Evaluación Arqueológica con Excavaciones, Delimitación y Señalización de sitios arqueológicos, Lima-Canta, otorgando un plazo para su subsanación, que no fueron levantadas por ConsultPatcu, a pesar de que se encontraba obligada a hacerlo según el Contrato. Agrega que, ante la negativa expresa de ConsultPatcu de levantar esas observaciones, le envió por conducto notarial el Oficio N° 1194-2013-MTC/20, recibido por ConsultPatcu el 14 de agosto de 2013, otorgándole un plazo de cinco (5) días para que subsane esas observaciones, bajo apercibimiento de resolver el Contrato. Como quiera que esta última empresa no cumplió con atender el requerimiento, Provías dio por resuelto el Contrato mediante Resolución Directoral N° 1210-2013-MTC/20, del 15 de noviembre de 2013. Añade que ConsultPatcu está de acuerdo con la resolución contractual.
57. En relación con la indemnización solicitada, Provías señala que el incumplimiento del Contrato por parte de ConsultPatcu, además de las multas y sanciones que regulan la afectación del Patrimonio Cultural, a las que se podría exponer la entidad, le ha ocasionado un perjuicio económico de S/. 59,154.58, el cual se descompone de la siguiente manera:

Concepto	Monto S/.
Viajes para desarrollar los Términos de Referencia	5 040, 00
Gastos de tiempo de los miembros del comité especial para el desarrollo del proceso de selección	4 000, 00
Gastos notariales del proceso de selección	300, 00
Otros gastos administrativos	15 000, 00
Total S/.	24 340,00

58. Asimismo, Provías sostiene que la no ejecución del servicio ocasiona que su personal tenga que viajar todos los meses a la zona del proyecto para atender las contingencias y la liberación de los sectores con compromiso arqueológico, siendo el detalle de esos gastos el siguiente:

Monto total del Contrato S/.	Desplazamiento de sede central	Meses	Costo por mes S/.
87 379, 88	3 días por viaje	7	2 500, 00
	Total S/.		17 500, 00



59. Finalmente, Provías señala que corresponde la aplicación de un Costo Financiero a una Tasa del 20%, el cual aplica sobre el saldo no utilizado del monto del Contrato Obra, pues la Unidad Gerencial de Estudios la ha venido considerando en casos similares:

Monto total del Contrato S/.	Monto Desembolsado S/.	Saldo por Desembolsar S/.	Daños y Perjuicios (20%) S/.
87 379, 88	13 106, 98	74 272, 90	14 854, 58

60. ConsultPatcu contestó la reconvencción señalando que *“efectivamente mi representada estuvo de acuerdo con la resolución del contrato esto en razón a que éste nació INVIALE E INEJECUTABLE (...)”* (pág. 8 de su escrito de contestación de la reconvencción, de fecha 11 de agosto de 2014). No obstante, ConsultPatcu rechaza que se haya negado a levantar las observaciones del Ministerio de Cultura. Lo que realmente ocurrió, afirma, es que Provías licitó un servicio que había sido rechazado en dos oportunidades y, pese a ello, se negó a variar el objeto del Contrato para adecuarlo a los requerimientos del Ministerio de Cultura, además del hecho –según refiere la demandante– de que Provías le ocultó información. Agrega que Provías solo pretendía subsanar errores que ya había cometido, tales como construir una carretera sin la obtención del CIRA respectivo o por querer delimitar menos sitios arqueológicos de los que existían. En tal sentido, refiere que no existen elementos que comprueben una afectación, por lo que no existe nada que indemnizar.
61. En lo que respecta a los gastos de S/. 24,340.00 en los que supuestamente habría incurrido Provías al convocar el proceso de selección, ConsultPatcu responde que ello es de exclusiva responsabilidad de Provías, pues fueron ellos quienes decidieron convocar un concurso que era inviable e inejecutable. En lo que respecta a la suma de S/ 17,500.00 que habría gastado Provías por viajes de su personal, refiere que éstos no se debieron de realizar pues al no contar con un CIRA no se debería continuar con construcción alguna, lo que además constituye un acto ilícito. Adicionalmente afirma que la obra no ha sido suspendida ni paralizada, pese a que el proyecto ha sido designado y no se ha obtenido el CIRA, razón por la cual no existe el daño alegado por Provías. Finalmente, advierte que no existen medios probatorios destinados a demostrar los daños alegados por esta última.

Lo que considera el Árbitro Único

62. Una vez más nos encontramos ante una pretensión indemnizatoria por responsabilidad contractual, esta vez sustentada en los incumplimientos que Provías imputa a ConsultPatcu y que sustentaron la resolución del Contrato.
63. En tal sentido, resulta relevante recordar que, según lo dispone, el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, en adelante, “el Reglamento”), 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. 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. A su vez, el artículo 170° del mismo Reglamento señala que si la parte perjudicada es la Entidad, ésta podrá exigir al contratista la respectiva indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

64. El mismo artículo 170° del Reglamento, en su parte final, señala: *“Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida”*.
65. Pues bien, de los medios probatorios admitidos en el presente arbitraje, y del dicho de las partes (contenidos en su demanda, reconvención y la contestación de ambas), resulta que Provías, mediante Oficio N° 1194-2013-MTC/20, recibido por ConsultPatcu el 14 de agosto de 2013, requirió a esta última para en el plazo de cinco (5) días, computados a partir de la recepción de dicho documento, cumpla con la reformulación del Proyecto requerido por el Ministerio de Cultura, bajo apercibimiento de dar por resuelto el Contrato. Asimismo, está acreditado que, ante la renuencia de ConsultPatcu de cumplir con este requerimiento, Provías hizo efectivo el apercibimiento y resolvió el Contrato por la causal de incumplimiento, mediante Resolución Directoral N° 1210-2013-MTC/20 de fecha 15 de noviembre de 2013. Es decir, Provías cumplió con el procedimiento previsto en los artículos 169° y 170° del reglamento para proceder a la resolución del Contrato.
66. Sin embargo, ConsultPatcu no solo no ha acreditado que haya iniciado conciliación y/o arbitraje alguno para cuestionar la resolución del Contrato, dentro del plazo de quince (15) días hábiles (siguientes a la comunicación de la Resolución Directoral que resolvió el Contrato), plazo previsto en el artículo 170° del Reglamento; sino que tampoco ha demandado en este arbitraje que se declare la invalidez o ineficacia de la resolución contractual, cuestionando la causal de incumplimiento que la sustenta y que a ConsultPatcu se le imputa. Quizá se deba, como ha manifestado ConsultPatcu en este arbitraje, a que *“efectivamente (...) estuvo de acuerdo con la resolución del contrato esto en razón a que éste nació INVIALE E INEJECUTABLE (...)”* (pág. 8 de su escrito de contestación de la reconvención, de fecha 11 de agosto de 2014). Por tales razones, al no haber impugnado o cuestionado la resolución contractual dentro del plazo, ConsultPatcu ha consentido con esta resolución del Contrato, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 170° del Reglamento de Contrataciones del Estado.
67. Sin perjuicio de ello, tal como se ha señalado al resolver los anteriores puntos controvertidos, para que se configura la responsabilidad civil de naturaleza contractual no basta con que haya un incumplimiento. Como lo señala la doctrina especializada, *“el incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho a una indemnización. Tiene que haber un daño. La responsabilidad civil, a diferencia de la responsabilidad penal, no es punitiva. Así, si el deudor incumple su obligación por dolo o por culpa y el acreedor no sufre daño alguno, entonces no hay lugar a la*

indemnización”⁸. Se requiere pues –además del incumplimiento contractual– de un daño, de un nexo causal y de un factor de atribución (en este caso dolo o culpa)

68. En armonía con ello, el Árbitro Único insiste en que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1331° del Código Civil (de aplicación supletoria al presente caso por mandato del artículo IX de su Título Preliminar): “*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*”. En tal sentido, los dos requisitos del daño indemnizable son que éste debe ser cierto y además estar probado (sin perjuicio, claro está, de que se configuren además los otros requisitos de la responsabilidad contractual)⁹. Ello sin olvidar que, conforme al artículo 196° del Código Procesal Civil (norma que, como ha sido dicho, resulta supletoriamente aplicable a este arbitraje), “*la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión*”.
69. Con ese marco normativo se aprecia que en el presente caso Provías ha presentado como principal medio probatorio de los daños que invoca la misma Resolución Directoral N° 1210-2013-MTC/20 que declaró por resuelto el Contrato. Así lo explica esta entidad en la pág. 21 de su escrito de reconvención: “*Sumando el perjuicio directo del no cumplimiento (...) (este) asciende a un total de S/. 59,154.58 (cincuenta y nueve mil ciento cincuenta y cuatro con 58/100 nuevos soles), monto ordenado cobrar en el artículo segundo de la Resolución Directoral N° 1210-2013-MTC/20 del 15 de noviembre del 2013, resolución que se encuentra debidamente consentida al no haber sido cuestionada vía arbitraje por ConsultPatcu*”. Pero veamos qué dice el artículo segundo de la citada Resolución Directoral:

Artículo segundo de la Resolución Directoral N° 1210-2013-MTC/20:
“Disponer que la Unidad Gerencial de Administración proceda a cobrar el perjuicio económico que ha originado la resolución del contrato por el monto de S/. 59,154.58 (cincuenta y nueve mil ciento cincuenta y cuatro y 58/100 nuevos soles), a Consultores en Patrimonio Cultural E.I.R.L.”

Como se puede apreciar, el artículo segundo de la parte resolutive de la Resolución Directoral N° 1210-2013-MTC/20 no dice que ConsultPatcu esté obligada a pagarle una indemnización por S/. 59,154.58. Lo único que hace es ordenar a la Unidad Gerencial de Administración a que proceda a cobrar esa indemnización, que es una cosa distinta. Pues bien, ¿y qué tenía que hacer esa Unidad Gerencial de Administración para cumplir con aquel mandato? Pues demandar el pago de esa indemnización, como en efecto lo ha hecho en este arbitraje (evidentemente porque ConsultPatcu rechazó haber incurrido en responsabilidad alguna). ¿Se encuentra exenta la administración de probar en el arbitraje los elementos de la responsabilidad civil que generan la obligación de indemnizar? No. El artículo 196° del Código Procesal Civil (aplicable supletoriamente, como se ha dicho antes, a este arbitraje) lo dice muy claramente: “*Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los*

⁸ OSTERLING, Felipe. “La indemnización de daños y perjuicios”, en: *Libro homenaje a José León Barandiarán*. Lima, Cultural Cuzco, 1985, p. 400.

⁹ TRAZEGNIES, Fernando de. *La responsabilidad extracontractual*. (Biblioteca para leer el Código Civil Vol. IV) Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo II, p.37.

contradice alegando nuevos hechos". No existe norma alguna que exime a la administración de probar los hechos que configuran su pretensión indemnizatoria; por lo tanto, la administración mantiene la carga de probar los hechos que generan la responsabilidad civil que demanda, entre ellos la existencia y cuantía de los daños.

70. Mal se puede afirmar –como lo sugiere Provías– que en tanto ConsultPatcu no impugnó la Resolución Directoral N° 1210-2013-MTC/20, entonces consintió con pagar la indemnización que se menciona en ella. Se trata de una afirmación errónea porque, como se ha dicho, dicha Resolución Directoral no ha condenado a ConsultPatcu a pagarle monto indemnizatorio alguno; no solo porque no existe norma jurídica que le otorgue competencia para ello –menos aún sin el procedimiento previo– sino porque no hay punto resolutivo en aquella resolución que establezca aquella condena. Lo único que ha consentido ConsultPatcu –para lo que aquí respecta– además de la decisión que resuelve el Contrato es que la administración vaya a demandarle el pago de una indemnización por S/. 59,154.58, si cabe la expresión, pero no que haya causado daños por ese importe.
71. Es más, si examinamos los considerandos de aquella Resolución Directoral que se refieren a ese importe indemnizatorio, una simple lectura da cuenta que ella no contiene la más mínima motivación que permita verificar cómo es que llegó, de manera razonable, a ese importe. Simplemente hace referencia, por todo sustento fáctico, al Informe N° 851-2013-MTC/20.3, del 31 de octubre de 2013, sin detallar su contenido ni exponer razón alguna que sustente cómo es que se determinó ese importe. Una motivación que se debió brindar, en armonía con lo dispuesto en el artículo 3°, inciso 4, de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444)¹⁰.
72. Tales circunstancias hacen que este Árbitro Único no pueda valorar como suficiente la Resolución Directoral N° 1210-2013-MTC/20 para verificar la existencia y cuantía de los daños alegados por Provías ya que, de hacerlo, podría incurrir en un supuesto de arbitrariedad que se encuentra prohibido en un Estado de Derecho como el nuestro. Así lo enseña la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, cuando dice: *"El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. [...] De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad [...]. En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo". "La inexistencia o inexactitud de los hechos y los argumentos de Derecho sobre los que [se...] funda una decisión discrecional constituye un error [...] determinante para la invalidez de la decisión"*¹¹.
73. Dicho ello, se advierte, por otro lado, que Provías también ha presentado como medio probatorio de los daños que invoca el Informe N° 081-2013-MTC/20.6.3/ybc, del 17 de octubre de 2013, expedido por el propio Ministerio, es decir, estamos ante un dicho de parte que, como tal, es insuficiente para acreditar el propio dicho. Sin perjuicio de

¹⁰ Artículo 3° de la LPAG.- "Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...) 4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico".

¹¹ STC del 5 de julio de 2004, fundamento N° 12 y 14, emitida en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC.

ello, al analizar este informe se aprecia que su numeral 2 se limita a señalar que “*se ha estimado el perjuicio directo, que corresponden a los gastos incurridos por PROVIAS NACIONAL durante el proceso de selección del Adjudicación Directa Selectiva N° 029-2012-MTC/20, así como otros gastos incurridos por la no ejecución del Contrato de Servicio N° 087-2012-MTC/20*”, reproduciendo los cuadros y las cifras desglosadas en los considerandos anteriores, sin ningún respaldo probatorio que sustente la existencia y la cuantía de esos gastos. En ese sentido, Provías no acredita cuáles ni cuántos fueron los viajes que se efectuaron para desarrollar los TdR, tampoco cómo es que cuantifica el tiempo empleado por los miembros del comité especial para el desarrollo del proceso de selección, menos cuáles fueron los gastos notariales de ese proceso ni desagrega cuáles fueron los “*otros gastos administrativos*” a los que se refiere como daños indemnizables. Lo mismo ocurre con los viajes que supuestamente viene realizando su personal a la zona del proyecto; no se ha aportado prueba alguna de su realización, de las fechas en las que se habrían llevado a cabo, ni de los gastos incurridos con ese propósito.

74. En cuanto a la posición de Provías de aplicar un Costo Financiero única y exclusivamente porque así lo ha hecho anteriormente en casos similares, se trata nuevamente de un argumento insuficiente para que, en el presente caso, tal posición resulte fundada conforme a los hechos probados y al derecho aplicable. Más aún si el Informe N° 081-2013-MTC/20.6.3/ybc, que se refiere a ese Costo Financiero, está suscrito únicamente por la licenciada Yessenia Béjar Cano, Arqueóloga de Provías, y el abogado Tulio César Arana Pasco, Especialista Legal en Afectaciones de Predios, sin que se aprecie ninguna indicación de que hayan intervenido las Oficinas de Administración, Finanzas, Abastecimiento o las que hagan sus veces, y mucho menos se expongan las razones adecuadas por las que se estimó ese Costo Financiero.
75. Por tales fundamentos, este Árbitro Único considera que Provías no ha acreditado suficientemente los daños que invoca por el incumplimiento que imputa a ConsultPatcu, razón por la cual el petitorio de la reconvención, referido a que esta empresa le pague la suma de S/. 59,154.58 (cincuenta y nueve mil ciento cincuenta y cuatro con 58/100 nuevos soles) por concepto de indemnización, debe ser declarado infundado.

VI. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar la distribución de los costos arbitrales.

Lo que sostienen las partes

76. ConsultPatcu solicita que los costos del presente proceso arbitraje sean asumidos por Provías. Éste por su parte, solicita que sean asumidos por ConsultPatcu.

Lo que considera el Árbitro Único

77. De conformidad con lo establecido por el artículo 104° del Reglamento Arbitral, los costos del arbitraje (que según su artículo 103° incluyen los honorarios arbitrales, los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y los honorarios de los abogados de las partes, entre otros) serán distribuidos de acuerdo a lo pactado por las partes en el convenio arbitral y, a falta de acuerdo, serán de cargo de la parte vencida. Sin perjuicio

de ello, el mismo artículo señala que los árbitros podrán disponer la distribución de los costos del arbitraje entre las partes, si lo considera atendible de acuerdo a lo ocurrido en el proceso arbitral.

78. Un examen de la cláusula décimo sexta del Contrato, que contiene el convenio arbitral, permite advertir que las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del arbitraje. En vista de ello, y atendiendo a que en el presente arbitraje se han desestimado pretensiones de ambas partes, el Árbitro Único considera que cada una de ellas debe asumir los costos arbitrales que le corresponden (los mismos que se detallan en el artículo 103° del Reglamento Arbitral e incluyen los honorarios arbitrales, los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y los honorarios de sus respectivos abogados, entre otros.

Por tales consideraciones, este Árbitro Único

LAUDA:

PRIMERO: Declarar IMPROCEDENTE la pretensión de ConsultPatcu E.I.R.L referida a que el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional-PROVÍAS NACIONAL otorgue la conformidad de servicio del Entregable N° 01, conforme lo estipula el Contrato de Servicio N° 087-2012-MTC/20.

SEGUNDO: Declarar IMPROCEDENTE la pretensión de ConsultPatcu E.I.R.L referida a que el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional-PROVÍAS NACIONAL deje sin efecto la aplicación de la penalidad a la factura del Entregable N° 01; y, en consecuencia, IMPROCEDENTE su pedido para que se proceda a la devolución del dinero descontado por ese concepto, ascendente a la suma de S/. 1,941.77.

TERCERO: Declarar INFUNDADA la pretensión de ConsultPatcu E.I.R.L referida a que el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional-PROVÍAS NACIONAL le pague S/. 20,000.00 (veinte mil y 00/100 nuevos soles) por concepto de gastos en los que dice haber incurrido para la defensa de sus derechos frente a la mencionada entidad demandada.

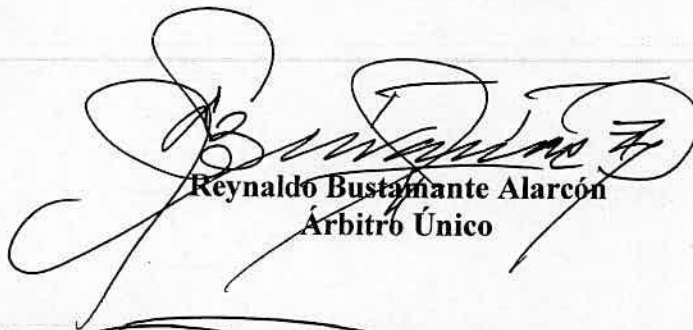
CUARTO: Declarar INFUNDADA la pretensión de ConsultPatcu E.I.R.L referida a que el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional-PROVÍAS NACIONAL le pague S/. 40, 000.00 (cuarenta mil y 00/100 nuevos soles) por concepto de indemnización por supuestos daños y perjuicios.

QUINTO: Declarar INFUNDADA la pretensión del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional-PROVÍAS NACIONAL referida a que ConsultPatcu E.I.R.L le pague S/. 59,154.58 (cincuenta y nueve mil ciento cincuenta y cuatro con 58/100 nuevos soles) por concepto de indemnización por supuestos daños y perjuicios.

SEXTO: DECLARAR que cada parte deberá asumir sus respectivos costos arbitrales incurridos en este arbitraje.

SÉPTIMO: Precísese que todas las demás solicitudes o pretensiones formuladas por alguna de las partes en este arbitraje, que no aparecen mencionadas en este laudo, se entienden rechazadas.”

Fdo.-



Reynaldo Bustamante Alarcón
Árbitro Único



Dra. SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ
Secretaria General de Conciliación y Arbitraje
Centro de Arbitraje PUCP