

Arbitraje seguido entre:

CORPORACIÓN XIANY S.A.C.

(Al que en adelante también se denominará como CONTRATISTA, o CORPORACIÓN, o DEMANDANTE, indistintamente).

Y

FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET

(Al que en adelante también se denominará como ENTIDAD o DEMANDADA, indistintamente)

EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-
INVERMET-OBRA: "MEJORAMIENTO DE TALUDES Y VÍAS DE
ACCESO EN ZONAS DE RIESGO DE LOS AA.HH. HORACIO
ZEVALLOS GÁMEZ – GRUPO I, SEÑOR DE LOS MILAGROS Y
NUEVO PROGRESO DEL DISTRITO DE ATE, PROVINCIA DE
LIMA"

LAUDO DE DERECHO

Árbitro Único

José Alberto Retamozo Linares | Árbitro Único

Secretario Arbitral

Pablo José Armas Castro

Tipo de Arbitraje

Nacional | Derecho | Ad Hoc

Lima, 05 de agosto de 2015

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

RESOLUCIÓN N° 13

En Lima, a los cinco días del mes de agosto del año dos mil quince, el Dr. Alberto Retamozo Linares, en calidad de Árbitro Único; luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas establecidas por las partes, valorado las pruebas ofrecidas y actuadas en el presente arbitraje, escuchado los argumentos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y a la defensa indicada en la contestación de demanda, dicta el siguiente Laudo para poner fin, por decisión de las partes, a las controversias planteadas:

I. ANTECEDENTES DE LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LAS PARTES:

1.1 De la cláusula arbitral:

El Convenio Arbitral se encuentra incorporado en la Cláusula Décimo Octava del Contrato N° 003-2013-INVERMET-OBRA para el: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" (en adelante, el CONTRATO) y suscrito el 16 de abril de 2013, entre la CORPORACIÓN y la ENTIDAD.

"CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA – CLÁUSULA ARBITRAL:

18.1 Las partes acuerdan que cualquier controversia que derive de la ejecución y/o interpretación del Contrato, incluida la que se refiera a su nulidad e invalidez o Resolución Contractual, se resolverá mediante los procedimientos de conciliación conforme a lo dispuesto en la Ley de Conciliación Extrajudicial N° 26872 y/o arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071 y sus modificatorias, con excepción de aquellas referidas en el artículo 23° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley.

18.2 Si la conciliación concluyera por la inasistencia de una o ambas partes, con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes se someterán a un Arbitraje de Derecho para que se resuelvan las controversias definitivamente. La solicitud

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

de arbitraje y la respuesta de ésta se efectuarán conforme a lo dispuesto por los artículos 218° y 219° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 138-2008-EF.

18.3 El Arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral compuesto por tres árbitros, cada una de las partes designará un árbitro y ambos árbitros designarán a su vez al tercero, y este último presidirá el Tribunal Arbitral, según el procedimiento establecido aprobado mediante Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

18.4 En caso que el monto de la cuantía de la solicitud de arbitraje sea menor a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributales –UIT, vigentes a la fecha de solicitud, la controversia será resuelta por Árbitro Único, designado de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 220° y 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 138-2012-EF. En caso que la controversia verse sobre materia de cuantía indeterminable, ésta deberá ser resuelta por un Tribunal Arbitral conforme a lo establecido en el numeral precedente.

18.5 Vencido el plazo de ley, y ante la rebeldía y/o falta de acuerdo de las partes en cumplir con la designación o a falta de acuerdo de los Árbitros para la designación del tercero, la designación será realizada por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE. La decisión que emita el indicado Consejo es inimpugnable.

18.6 Las partes acuerdan que los honorarios de los árbitros y el cobro de los gastos administrativos (incluyen gastos secretariales) no excederán lo que corresponda según la Tabla de Aranceles Administrativos y Honorarios de Árbitro del SNCA – OSCE, vigente a la fecha de presentación de la solicitud arbitral.

18.7 El Tribunal o Arbitro Único, de común acuerdo con las partes, establecerán las reglas bajo las cuales se realizará el arbitraje, respetando la presente Cláusula Arbitral. En caso de no llegar a un acuerdo, las reglas del proceso arbitral serán establecidas por el Tribunal Arbitral o Árbitro Único, respetando la presente Cláusula Arbitral.

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

18.8 El Laudo Arbitral emitido obligará a las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, tiene valor de cosa juzgada y se ejecutará como una Sentencia. Queda perfectamente entendido que las partes no le confieren al Tribunal o Árbitro Único la posibilidad de ejecutar el Laudo."

En tal sentido, las partes convinieron resolver todas las controversias derivadas del Contrato mediante arbitraje de derecho.

1.2. Designación del Árbitro Único:

Mediante Carta N° 003-20104-INVERMET-OAJ de fecha 19 de marzo de 2014, se comunicó al Dr. Alberto Retamozo Linares que con fecha 12 de febrero de 2014 la CORPORACIÓN presentó una solicitud de arbitraje ante la ENTIDAD, solicitud que fue respondida con fecha 26 de febrero de 2014, proponiéndolo como Árbitro Único, propuesta que fue aceptada por la CORPORACIÓN mediante Carta N° 025-2014/CXY de fecha 05 de marzo de 2015.

Mediante Carta de fecha 20 de marzo el Dr. Alberto Retamozo Linares comunicó a ambas partes su aceptación a la designación como Árbitro Único, indicando no tener impedimento, ni incompatibilidad alguna para ejercer el cargo señalado.

1.3 Instalación del Árbitro Único:

Con fecha 01 de julio de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, contando con la presencia de los representantes de la CORPORACIÓN y la ENTIDAD.

En dicha Audiencia, el Árbitro Único declaró haber sido designado conforme a Ley y al convenio arbitral, ratificándose en la aceptación del cargo como árbitro y señalando carecer de incompatibilidad y/o compromiso alguno con las partes.

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

Asimismo, en dicha Audiencia las partes asistentes manifestaron su conformidad con el procedimiento de conformación del Árbitro Único y expresaron que no conocían causal de recusación o cuestionamiento alguno contra el Árbitro Único.

De igual manera, se encargó la Secretaría Arbitral a Ad Hoc Centro Especializado en Solución de Controversias, designándose al señor Pablo José Armas Castro, identificado con DNI N° 46438369, como la persona natural responsable de las labores secretariales del proceso.

En el mismo acto, quedó establecido que el arbitraje sería ad hoc, nacional y de derecho, señalándose como lugar del arbitraje la ciudad de Lima y como la Sede Arbitral del mismo, las oficinas ubicadas en la Calle Chinchón N° 410, San Isidro.

Acto seguido, conforme al numeral 8° del Acta de Instalación se establecieron que las reglas procesales aplicables al presente arbitraje serán las establecidas por las partes y detalladas en la misma, así como las contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, la Ley) y modificada por Ley N° 29873, su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el Reglamento) y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012 EF, y en las Directivas que apruebe el OSCE, aplicándose asimismo, supletoriamente, las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje (en adelante, la Ley de Arbitraje).

Finalmente se declaró instalado el Árbitro Único, otorgándole a la CORPORACIÓN un plazo de diez (10) días hábiles para la formulación de su demanda, debiendo ofrecer los medios probatorios que la respaldan.

II. DEMANDA ARBITRAL PLANTEADA POR EL CORPORACIÓN

2.1. PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

Mediante escrito presentado el 15 de julio de 2014, y dentro del plazo otorgado, la CORPORACIÓN presentó su escrito de demanda, solicitando al Árbitro Único, el amparo de las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Se declare ineficaz la denegatoria a la observación de la liquidación de obra "MEJORAMIENTO DE TALUDES Y VÍAS DE ACCESO EN LAS ZONAS DE RIESGO DE LOS AA.HH. HORACIO ZEVALLOS GÁMEZ – GRUPO I, SEÑOR DE LOS MILAGROS Y NUEVO PROGRESO, DEL DISTRITO DE ATE, PROVINCIA DE LIMA"; que nos ha sido notificada mediante Oficio N° 976-2013-INVERMET-SGP, en consecuencia que se declare que hasta la culminación del contrato de obra no hubo retraso injustificado en la misma, que sea pasible de penalidad.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que se declare válida la observación a la liquidación, en consecuencia se disponga que el Fondo Metropolitano De Inversiones – INVERMET- cumpla con pagar a la demandante el integro de lo adeudado, sin considerar penalidad alguna, debiendo abonar la cantidad de S/ 39,033.49.

2.2. FUNDAMENTOS DE HECHO DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS

El CONTRATISTA afirma que el 16 de abril de 2013 INVERMET (La Entidad) y la empresa CORPORACION XIANY S.A.C (El Contratista) celebraron el contrato para ejecutar la obra "MEJORAMIENTO DE TALUDES Y VÍAS DE ACCESO EN LAS ZONAS DE RIESGO DE LOS AA.HH. HORACIO ZEVALLOS GÁMEZ –GRUPO I, SEÑOR DE LOS MILAGROS Y NUEVO PROGRESO, DEL DISTRITO DE ATE, PROVINCIA DE LIMA", el plazo pactado de la ejecución de obra fue de sesenta (60) días calendario.

Asimismo, el CONTRATISTA indica que con fecha 14 de mayo de 2013 inició la ejecución de la obra, habiendo culminado el día 12 de julio de 2013, dentro del plazo pactado en el contrato.

Al respecto, el CONTRATISTA señala que mediante Resolución N° 265-2013-INVERMET-SGP, de fecha 06 de diciembre de 2013 la ENTIDAD aprobó la liquidación final de obra

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

correspondiente al contrato de Obra N° 003-2013-INVERMET –OBRA, entre el Fondo Metropolitano de Inversiones –INVERMET y la empresa Corporación Xiany S.A.C., para la obra del proyecto: "MEJORAMIENTO DE TALUDES Y VÍAS DE ACCESO EN LAS ZONAS DE RIESGO DE LOS AA.HH. HORACIO ZEVALLOS GÁMEZ –GRUPO I, SEÑOR DE LOS MILAGROS Y NUEVO PROGRESO, DEL DISTRITO DE ATE, PROVINCIA DE LIMA".

En dicha Resolución, el CONTRATISTA afirma que se señala: "Que, mediante informe N° 032-SGP-JUCO-JMRZ/INVERMET de fecha 27 de noviembre de 2013, el Coordinador de Obras informa que de acuerdo a lo señalado en el Cuaderno de Obras la fecha de inicio de la Obra es el 01 de mayo y fecha de culminación el 29 de junio de 2013, asimismo solicita que se apruebe la Liquidación del Contrato de Obra."

El CONTRATISTA indica que en el Resumen de Liquidación de Obra aparece que se impuesto multas a la demandante por la cantidad de S/ 33,079.23, por los siguientes conceptos:

	CONCEPTO	CANTIDAD
01	Por haber reemplazado al Residente de Obra	S/ 11,100.00
02	Penalidad por mora en el plazo de ejecución de la obra: 13 días.	S/ 27,933.49

En tal sentido, el CONTRATISTA indica que con fecha 11 de diciembre de 2013, formuló observación contra la liquidación realizada por la ENTIDAD.

A razón de ello, mediante Oficio N° 976-2013-INVERMET-SGP, la DEMANDADA dio por denegado la observación que el CONTRATISTA formuló a la liquidación de obra.

Para el CONTRATISTA, al denegarse la observación que realizó contra la liquidación, no se ha tenido en cuenta, lo siguiente:

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

- Que, en el cuaderno de obra se consignó como fecha de inicio de las obras el 14 de mayo de 2013; por tanto, es falso lo señalado en el Informe N° 032-SGP-JUCO-JMRZ/INVERMET en la que se señala que en el cuaderno de obra se habría consignado como inicio de obra el 01 de mayo y fecha de culminación el 29 de junio de 2013.
- Que, no sólo el cuaderno de obra indica como fecha de inicio el 14 de mayo de 2013, sino que, además, la propia Entidad, mediante carta N° 031-2013-INVERMET-SGP-JUCO-PHP de fecha 17 de mayo de 2013, confirmó que el inicio del plazo de ejecución de la obra se iba a contabilizar a partir del 14 de mayo de 2013.
- Por otro lado, durante la ejecución de la obra, jamás hubo de parte de la Entidad ningún apercibimiento, ninguna comunicación, en la que hubiera manifestado que el hecho de haber iniciado la ejecución de la obra el 14 de mayo de 2013, sería objeto de penalidad alguna.
- Demás está decir que la Entidad no observó el cronograma de obras; tampoco señaló observación alguna cuando recepcionó la obra, por el contrario expreso en todos los términos su plena conformidad.
- De haberse señalado de cualquier modo, al contratista que el plazo de ejecución no se iba a contabilizar desde el 14 de mayo de 2013, sino desde el 01 de mayo de 2013, el Contratista hubiera tomado las precauciones necesarias para adelantar el ritmo de trabajo o contratar mayor personal a fin de no incurrir en penalidad alguna.

Por otro lado, el CONTRATISTA manifiesta que la penalidad por cambio de residente de obra que la demanda pretende cobrar, tampoco es procedente, pues el cambio se produjo por causa de fuerza mayor, puesto que el Ingeniero Residente que habíamos propuesto en el proceso de selección, se encontraba imposibilitado de hacerse cargo de la obra, pues en la misma fecha había iniciado la ejecución de otra obra, hecho que pusimos de

conocimiento de la Entidad antes de firmar el contrato; por lo que propusimos al ingeniero Horacio Gámez Apaza que tiene iguales características del reemplazado.

2.3 FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA:

La CORPORACIÓN afirma que el régimen de la contratación pública, conforme lo ha expresado por el Tribunal Constitucional (TC) es determinar y a la vez garantizar, que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado.

Asimismo, la CORPORACIÓN indica que dentro de las obligaciones de las partes, en la ejecución de los contratos se trata de realizar los trabajos contratados y de abonar de modo oportuno la contraprestación, esto sin perjuicio que en la ejecución del contrato, surjan una alteración de las condiciones que tengan por objeto alcanzar el fin contractual que las partes han buscado al celebrar el contrato.

Al respecto, la CORPORACIÓN señala que es materia del conflicto las penalidades que pretende cobrar la Entidad por una supuesta demora en el plazo de ejecución la obra y por el cambio del Ingeniero Residente de Obra.

Por otro lado, la CORPORACIÓN sostiene que respecto de la pretensión de cobrar la penalidad por demora en el plazo de ejecución de la obra, esta es improcedente, por lo siguiente:

- *"La doctrina de los hechos propios busca fomentar que las personas sean coherentes en su actuar cotidiano protegiendo en base a la buena fe las expectativas razonables que dicho actuar genera. La razón es que la mayoría de personas actúa en base al principio de la buena fe, confiando en los demás. Por lo*

tanto, si alguien actúa de tal manera que su conducta genera la apariencia y la expectativa razonable de que no se reclamará o de que no se hará uso de un derecho, no puede luego pretender exigirse tal derecho contra quien confió en la apariencia de que no se reclamaría. Se trata pues, de una norma de buena conducta, basada en la buena fe".

- "Al referirse a esta doctrina Díez Picazo ha señalado, que: Hemos llegado a la conclusión de que la regla, que normalmente se expresa diciendo que nadie puede venir contra sus propios actos, ha de interpretarse en el sentido de que toda pretensión, formulada dentro de una situación litigiosa por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esa pretensión, debe ser desestimada. Hemos llegado también a la conclusión de que, desde un punto de vista de derecho sustantivo, la inadmisibilidad de venir contra los Actos Propios constituye técnicamente un límite ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, derivada del principio de la buena fe y particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente".

Asimismo, la CORPORACIÓN señala que si bien la obra se inició el 14 de mayo de 2013, no procede que la ENTIDAD haga efectiva una multa que va en contra de los hechos propios que ha realizado y sobre el cual ya había expresado su plena conformidad.

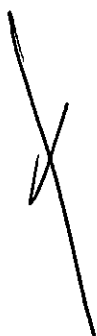
En tal sentido, para la CORPORACIÓN queda claro la razón por la que la Entidad señaló que el plazo de ejecución se iba a computar desde el 14 de mayo de 2013, se debió a un hecho de fuerza mayor que hacía imposible iniciar la obra sin que la Entidad previamente haya aceptado el cambio, La que por lo demás no fue diligentemente tramitada en la propia Entidad, responsabilidad que fue asumida por la Entidad al fijar como fecha de inicio de la obra el 14 de mayo de 2013.

Por otro lado, la CORPORACIÓN manifiesta que no se trata de que la recurrente haya incurrido en un atraso injustificado, que es la *conditio sine qua nom* para aplicar la penalidad de conformidad con lo que prescribe el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

Por tanto, para la CORPORACIÓN la cláusula penal, conforme lo señala el artículo 1343º del Código Civil (CC) sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor.

2.4 MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS POR LA CORPORACIÓN

- 
- El mérito de la copia del CUADERNO DE OBRA, en la que claramente aparece que el inicio de la ejecución fue el 14 de mayo de 2013.
 - El mérito de la copia certificada de la carta N° 031-2013-INVERMET-SGP-JUCO-PHP de fecha 17 de mayo de 2013, que acredita fehacientemente que la demandada señaló como fecha de inicio de la obra el día 14 de mayo de 2013, y en el asiento 109 se señala: "Se transcribe los metrados ejecutados en EL mes de julio, cabe indicar que la obra culmina el 12 de julio de 2013 de acuerdo al plazo establecido de acuerdo al contrato de obra con la Entidad" la cual está suscrita por el Supervisor de la Obra, Ingeniero Juan Carlos Domínguez Mayhuay.
 - Copia de la Resolución N° 265-2013-INVERMET-SGP, de fecha 06 de diciembre de 2013.
 - Copia de la observación formulada a la liquidación de la Resolución N° 265-2013-INVERMET-SGP.
 - Copia del Oficio N° 976-2013-INVERMET-SGP en la que la Entidad da por denegado la observación a la liquidación de obra.

III. CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR LA FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET

3.1. PRESENTACIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA



Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

Por escrito de fecha 05 de agosto de 2014, el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET cumplió con contestar la demanda dentro del plazo otorgado por el Árbitro Único, solicitando que sea declarada infundada, en los siguientes términos.

3.2. FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA CONTESTACIÓN

La ENTIDAD señala que ambas partes celebramos el Contrato de Obra N°003-2013-INVERMET-OBRA de fecha 16 de abril del 2013 y su Adenda N°001 de fecha 06 de setiembre del 2013, pactándose como plazo de ejecución sesenta (60) días calendarios.

Asimismo, la ENTIDAD manifiesta que no se ajusta a la verdad lo señalado en el segundo fundamento de hecho del escrito de demanda, en relación a que la obra se inició el 14 de mayo de 2013, cuando realmente las condiciones para que rija el plazo del contrato de obra, se habían cumplido el 01 de mayo del 2014, como se puede ver en el siguiente cuadro:

CONDICION	FECHA DE CUMPLIMIENTO
Que se designe al Supervisor	16.04.2013
Que la Entidad haya hecho entrega del Expediente Técnico de Obra completo	30.04.2013
Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra	30.04.2013 (Acta)
Que la Entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que de acuerdo a las Bases, hubiera asumido como obligación	No asumido como obligación conforme a las Bases del Proceso de Selección
Que se haya entregado el adelanto directo al contratista, en las condiciones y oportunidad establecidas en el Artículo 187 del RLCE	El Contratista no solicitó el adelanto directo de obra dentro del plazo previsto para solicitarlo, es decir dentro de los ocho días calendarios posteriores a la firma del contrato

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

Por otro lado, la ENTIDAD afirma que el contenido del Asiento N°01 del Cuaderno de Obra es diáfano, y no como el literal "(a)" del octavo fundamento de hecho de la demanda que lo considera erróneamente. Dicho asiento expresa que el residente reemplazante señala el cumplimiento de las condiciones antes descritas, refiriéndose a las cartas N°027-2013-INVERMET-SGP-JUCO-PHP y N°031-2013-INVERMET-SGP-JUCO, mencionando al último el inicio de las labores en obra (...), lo que significa que materialmente la obra se inició el 14 de mayo de 2013, eso nadie lo discute, pero el plazo conforme al contrato y a la Ley de Contrataciones se inició el 01 de mayo del 2013.

Igualmente, la ENTIDAD indica que el contenido de las cartas N°027-2013-INVERMET-SGP-JUCO-PHP y N°031-2013-INVERMET-SGP-JUCO-PHP, en especial la última, ni contractual ni legalmente pueden determinar el inicio del plazo del contrato de obra, no ajustándose a la verdad lo afirmado en el literal "(b)" del octavo fundamento de hecho, porque un error de apreciación de un funcionario en una comunicación, de ninguna manera puede variar los términos contractuales y menos las disposiciones legales que debidamente se encuentran señaladas en las Bases del Proceso de Selección, parte integrante del Contrato.

La ENTIDAD continua con su posición indicando que en relación al tercer, cuarto, quinto, sexto y séptimo fundamento de hecho de la demanda, afirman que mediante Resolución N°265-2013-INVERMET-SGP de fecha 06 de diciembre del 2013, se procedió a aprobar la Liquidación Final de Obra correspondiente al Contrato de Obra N°003-2013-INVERMET-OBRA, conforme al detalle del anexo integrante denominado Resumen de Liquidación de Obra.

Asimismo, la ENTIDAD manifiesta que en relación a los literales "(c), (d), y (e)" del octavo fundamento de hecho de la demanda, afirman que el Contratista para justificar su error al determinar el inicio del plazo contractual no puede respaldarse en la actuación de la administración de la demandada, porque como ya hemos afirmado este hecho relevante por sus efectos jurídicos se origina en el contrato y en la ley.

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

La ENTIDAD comenta que en el noveno fundamento del escrito de demanda, se afirma que no es procedente la penalidad por cambio de residente, en razón que se produjo por causa de fuerza mayor que originó que el Ingeniero Residente se encontrara imposibilitado de hacerse cargo de la obra, pues en la misma fecha había iniciado la ejecución de otra obra, debemos decir que el demandante debe acreditar lo extraordinario, imprevisible e irresistible de tal hecho, para levantar su responsabilidad. La función del Residente es permanente y directa, no puede duplicarse, es decir, no puede ejercer tal cargo en dos obras diferentes inclusive de ubicaciones distintas, porque no estaría cumpliendo a cabalidad con el desarrollo de sus funciones y objetivos trazados de los proyectos, por ende, no podría tener el control total y verificar el avance de la ejecución física y presupuestal de las diversas obras.

Al respecto, la ENTIDAD indica que en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato de Obra N°003-2013-INVERMET-OBRA de fecha 16 de abril del 2013, se consigna como Residente de Obra al Ingeniero Civil Dionicio Inoñan Valdivieso, y en la Cláusula Décimo Cuarta se establecen las penalidades por retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones contractuales y también las penalidades adicionales, como la infracción referida al reemplazo del Residente de Obra propuesto en la oferta técnica, al inicio de la ejecución de la obra.

Finalmente, la ENTIDAD afirma que el demandante ha incurrido en las penalidades impuestas, por tanto la Liquidación Final de la Obra aprobada mediante Resolución N°265-2013-INVERMET-SGP de fecha 06 de diciembre del 2013, debe quedar firme y mantener todos sus efectos.

3.3 FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA CONTESTACIÓN

- El Contrato de Obra N°003-2013-INVERMET-OBRA de fecha 16 de abril del 2013, sus partes integrantes conforme a la Cláusula Segunda, y la Adenda N°001 de fecha 06 de setiembre del 2013.

- La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Legislativo N°1017 y sus modificaciones.
- El Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificaciones. En específico el Artículo 184°, modificado por el Artículo 1° del Decreto Supremo N° 138-2012-EF, publicado el 07 agosto 2012, que entró en vigencia a partir del trigésimo día hábil siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 184.- Inicio del plazo de ejecución de obra

El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

- 1. Que se designe al inspector o al supervisor, según corresponda;*
- 2. Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo;*
- 3. Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra;*
- 4. Que la Entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que, de acuerdo con las Bases, hubiera asumido como obligación;*
- 5. Que se haya entregado el adelanto directo al contratista, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 187.*

Las condiciones a que se refieren los numerales precedentes, deberán ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato.

En caso no se haya solicitado la entrega del adelanto directo, el plazo se inicia con el cumplimiento de las demás condiciones.

Si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los numerales precedentes por causas imputables a ésta, el contratista podrá iniciar el procedimiento de resolución del contrato dentro del plazo de quince (15) días de vencido el plazo previsto en el párrafo anterior, de acuerdo a lo señalado en el artículo 169. Asimismo, en el mismo plazo tendrá derecho a solicitar resarcimiento de daños y perjuicios debidamente acreditados, hasta por un monto equivalente al

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

cinco por diez mil (5/10000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por diez mil (75/10000). La Entidad debe pronunciarse sobre dicha solicitud en el plazo de diez (10) días hábiles de presentada. Respecto al derecho de resarcimiento, el contratista podrá iniciar un procedimiento de conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles de vencido el plazo con el que cuenta la Entidad para pronunciarse sobre la solicitud.

Si cumplidas las condiciones antes indicadas, la estacionalidad climática no permitiera el inicio de la ejecución de la obra, la Entidad podrá acordar con el contratista la fecha para el inicio de la ejecución. Dicha decisión deberá ser sustentada en un informe técnico que formará parte del expediente de contratación."

A. MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS POR LA ENTIDAD

- El mérito del Contrato de Obra N°003-2013-INVERMET-OBRA.
- El mérito de la Adenda N°001 de fecha 06 de setiembre del 2013
- El mérito de la copia de las Bases Integradas del Proceso de Adjudicación Directa Selectiva – ADS N°004-2013-INVERMET-OBRA/ENCARGO.
- El mérito de la copia fedateada de la Resolución N°265-2013-INVERMET-SGP.
- El mérito de la copia del Informe N°032-2013-SGP-JUCO-JMRZ/INVERMET
- El mérito de la copia del Informe N°096-2013-INVERMET/SGP-JUCO
- El mérito de la copia del Informe N°41-2013-INVERMET-OAJ/LTC
- El mérito de la copia del Informe N°289-2013-INVERMET-OAJ
- El mérito de la copia de la Carta N°322-2013-INVERMET-SGP-JUCO
- El mérito de la copia del Oficio N°976-2013-INVERMET-SGP

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

- El mérito de la copia del Informe N°119-2013-INVERMET/SGP-JUCO
- El mérito de la copia del Informe N°001-2013-SGP-JUCO-ELCG/INVERMET
- El mérito del Acta de Entrega de Terreno de fecha 30 de abril del 2013.
- El mérito de la copia del cuaderno de obra que anexa el demandante a su demanda.

IV. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Mediante Resolución N° 08 del 17 de febrero del 2015, y de conformidad con el numeral 31° de las reglas establecidas en el Acta de Instalación¹ del presente arbitraje, el Árbitro Único citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día viernes 05 de marzo del 2015, la misma que se realizó en la fecha señalada.

En dicho acto, el Árbitro Único procedió a verificar la capacidad y legitimidad de las partes, para el desarrollo del proceso, obteniendo como resultado el saneamiento procesal del arbitraje.

Asimismo, el Árbitro Único de conformidad con las facultades conferidas en el Acta de Instalación, precisamente por el numeral 31°, propició el diálogo entre las partes a fin de que lleguen a un acuerdo conciliatorio. Sin embargo, los representantes de cada una de ellas hicieron uso de la palabra señalando que por el momento no resultaba posible hacerlo; no obstante se dejó abierta la posibilidad de que las mismas lo hagan en cualquier etapa del proceso.

¹ Numeral 31 del Acta de Instalación: "Definidas las posiciones de las partes, el Árbitro Único citará a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, otorgándoles un plazo de cinco (05) días hábiles para que formulen su propuesta de puntos controvertidos, si lo estiman conveniente, la misma que podrá ser recogida o no por el Árbitro Único, a su discreción."

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, el Árbitro Único procedió con la Audiencia conforme a las reglas establecidas en el Acta de instalación.

A razón de ello, el Árbitro Único considerando las pretensiones formuladas por el demandante y los argumentos de defensa esgrimidos por la demandada en su contestación; procedió a fijar como puntos controvertidos los siguientes:

Primer punto controvertido: Se declare ineficaz la denegatoria a la observación de la liquidación de obra "MEJORAMIENTO DE TALUDES Y VÍAS DE ACCESO EN LAS ZONAS DE RIESGO DE LOS AA.HH. HORACIO ZEVALLOS GÁMEZ –GRUPO I, SEÑOR DE LOS MILAGROS Y NUEVO PROGRESO, DEL DISTRITO DE ATE, PROVINCIA DE LIMA"; que nos ha sido notificada mediante Oficio N° 976-2013-INVERMET-SGP, en consecuencia que se declare que hasta la culminación del contrato de obra no hubo retraso injustificado en la misma, que sea pasible de penalidad.

Segundo punto controvertido: Que se declare válida la observación a la liquidación, en consecuencia se disponga que el Fondo Metropolitano De Inversiones –INVERMET- cumpla con pagar a la demandante el integro de lo adeudado, sin considerar penalidad alguna, debiendo abonar la cantidad de S/ 39,033.49.

Tercer punto controvertido: Determinar a quién corresponde asumir los costos, costas generados del presente arbitraje.

Luego de fijado los puntos controvertidos, el Árbitro Único dejó establecido que, éstos constituyen una pauta de referencia y se reserva el derecho de modificarlos, ampliarlos y analizarlos en el orden que considere más conveniente.

Finalmente, el Árbitro Único de conformidad a lo establecido en el numeral 31° del Acta de Instalación procedió a admitir los siguientes medios probatorios.

Medios probatorios ofrecidos por el DEMANDANTE: Los alcanzados mediante escrito N° 1 de demanda arbitral de fecha 15 de julio de 2014, (Apartado "III. Medios Probatorios").

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

Medios probatorios ofrecidos por la DEMANDADA: Los indicados en el escrito N° 01 de fecha 05 de agosto de 2014.

V. AUDIENCIA DE ALEGATOS ORALES

Con Resolución N° 09 del 25 de marzo del 2015, el Árbitro Único, programó la Audiencia de Alegatos Orales, citando a las partes a la misma para el día miércoles 15 de abril del 2015.

En dicha fecha, y conforme a lo dispuesto en el Acta de Instalación, se llevó a cabo la Audiencia de Alegatos Finales.

En representación de la CORPORACIÓN asistió el Dr. Javier Zacarías Zárate Samaniego identificado con DNI N° 19924168 y con Registro del Colegio de Abogados de Lima N° 12952, conforme obra en autos.

Asimismo, en representación de la ENTIDAD asistió el Dr. Jorge Aurelio Alferrano D'Onofrio identificado con DNI N° 07925901 y con Registro del Colegio de Abogados del Callao N° 4130, acompañado del Dr. Carlos Fernando Villamizar Cuadros identificado con DNI N° 09176990 y con Registro del Colegio de Abogados de Lima N° 19764, conforme obra en autos.

En tal sentido, el Árbitro Único inició con la Audiencia de Alegatos Orales explicando las reglas que se seguirán en la misma. Acto seguido, el Árbitro Único cedió el uso de la palabra al abogado de la parte demandante, a efectos de que proceda a exponer sus alegatos orales, para lo cual se le otorgó un tiempo de veinte (20) minutos. Luego de ello, hizo el uso de la palabra el representante de la ENTIDAD, quien expuso lo que estimó pertinente a su derecho, por el mismo lapso.

Acto seguido, el Árbitro Único procedió a otorgarle el derecho de réplica y duplica a cada parte, respectivamente, por un plazo de cinco (5) minutos a cada uno.

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

Luego de las exposiciones efectuadas por las partes, el Árbitro Único procedió a efectuar las preguntas pertinentes a las partes, las mismas que fueron respondidas en su totalidad, con lo cual se dio fin a la referida diligencia.

Finalmente, el Árbitro Único otorgó a ambas partes el plazo extraordinario de cinco (05) días hábiles para que presenten los documentos que consideren pertinentes. Por lo que la ENTIDAD mediante escrito de fecha 22 de abril presentó un téngase presente adjuntado algunos medios probatorios debiendo ser considerado por el Árbitro Único.

VI. PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 10 emitida el 11 de mayo de 2015, el Árbitro dispuso, entre otros, lo siguiente:

"CUARTO.- FÍJESE EL PLAZO PARA LAUDAR en treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente hábil de notificados con la presente Resolución, pudiendo ser prorrogado dicho plazo a discreción del Árbitro Único hasta por treinta (30) días hábiles adicionales por única vez.

QUINTO.- TÉNGASE PRESENTE que una vez emitido el laudo, la Secretaría Arbitral contará con cinco (05) días hábiles para poder notificarlo correctamente a las partes."

Asimismo, mediante Resolución N° 11 el Árbitro Único dispuso lo siguiente:

"ÚNICO.- AMPLÍESE el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, que se computarán desde el día siguiente hábil del vencimiento del plazo señalado en la Resolución N° 10, es decir a partir del 25 de junio de 2015."

En tal sentido, el presente Laudo Arbitral es emitido dentro del plazo previsto en la Resolución N° 11 de fecha 16 de junio de 2015.

VII. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

7.1 CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de iniciar el análisis de la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente: i) que, el Árbitro Único se constituyó de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, así como de acuerdo a lo establecido por el Decreto Legislativo 1071 Ley que norma el arbitraje en nuestro país; ii) que, en ningún momento se interpuso recusación contra Árbitro Único, o se efectuó algún reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación; iii) que, la CORPORACIÓN XIANY E.I.R.L. presentó su escrito de demanda dentro del plazo establecido, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso; iv) que, el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET fue debidamente emplazado, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa y; v) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.

De igual manera, resulta oportuno indicar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Árbitro Único 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 que, si no se prueba los hechos que fundamenta su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: SE DECLARE INEFICAZ LA DENEGATORIA A LA OBSERVACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DE OBRA "MEJORAMIENTO DE TALUDES Y VÍAS DE ACCESO EN LAS ZONAS DE RIESGO DE LOS AA.HH. HORACIO ZEVALLOS GÁMEZ -GRUPO I, SEÑOR DE LOS MILAGROS Y NUEVO

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zavallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

PROGRESO, DEL DISTRITO DE ATE, PROVINCIA DE LIMA"; QUE NOS HA SIDO NOTIFICADA MEDIANTE OFICIO N° 976-2013-INVERMET-SGP, EN CONSECUENCIA QUE SE DECLARE QUE HASTA LA CULMINACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA NO HUBO RETRASO INJUSTIFICADO EN LA MISMA, QUE SEA PASIBLE DE PENALIDAD.

PRIMERO. Previo a iniciar el análisis del presente punto controvertido corresponde al Árbitro Único indicar los hechos incontrovertidos en el presente caso:

- Con fecha 02 de abril de 2013, el Comité Especial designado mediante Resolución N° 036-2013-INVERMET/SGP de 05 de febrero de 2013, consintió la Buena Pro de la Adjudicación Directa Selectiva N° 004-2013-INVERMET-OBRA/ENCARGO otorgada a la CORPORACIÓN XIANY S.A.C.
- Con fecha 16 de abril de 2013, la CORPORACIÓN XIANY S.A.C. y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES – INVERMET suscribieron el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA para la ejecución de Obra Proyecto: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zavallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima - Lima".
- En la cláusula segunda del CONTRATO se estableció el monto total del contrato, el mismo que asciende a la suma de S/. 515,695.30 (Quinientos Quince Mil Seiscientos Noventa y Cinco con 30/100 Nuevos Soles), incluidos IGV, con precios referidos al mes de marzo de 2013.
- En la cláusula tercera del CONTRATO se indicó que el plazo de ejecución del presente Contrato es de sesenta (60) días calendarios, el mismo que se computará desde el día siguiente de cumplidas las condiciones previstas en el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N°138-2012-EF.

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA:
"Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima"
seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

- En la cláusula décimo tercera del CONTRATO se indicó la identidad de las personas que conformaban el personal del CONTRATISTA, indicándose lo siguiente:

"Para la ejecución de la Obra, el CONTRATISTA utilizará el personal profesional calificado y especificado en su Propuesta Técnica conforme al siguiente detalle:

Residente de Obra: Ingeniero Civil Sr. Dionisio Inoñan Valdivieso

Asistente de Obra: Ingeniero Civil Sr. Rubén Ramos Maguiña

No están permitidos generar cambios, salvo por razones de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobada. El cambio o remplazo del Residente de obra será aceptado y aprobado por parte de la Entidad, a la presentación de la solicitud del contratista sólo en los casos señalados según la NOTA 01 establecida en la página 57 de las bases integradas.

Cualquier solicitud en este sentido será debidamente justificada y los cambios que resulten no irrogarán gastos adicionales a LA ENTIDAD

Se entiende que todo personal cuyo cambio se proponga, reunirá iguales o mejores cualidades de las del personal incluido en la Propuesta Técnica de EL CONTRATISTA.

El cambio solicitado por el CONTRATISTA que no cuente con la aprobación de LA ENTIDAD y no esté debidamente justificado, será causal de aplicación de la Penalidad Especial establecida en la Cláusula Décimo Cuarta del presente Contrato, sin perjuicio a la Resolución de Contrato por Incumplimiento.

(...)"

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

- Con fecha 06 de setiembre de 2013, ambas partes suscribieron la Adenda N° 001 al Contrato de Obra N° 003-2013-INVERMET-OBRA modificando la cláusula décimo cuarta, la misma que está referida a las penalidad.

SEGUNDO: Ahora bien, de los medios probatorios que obran en el expediente del caso, se tiene que con fecha 12 de julio de 2013, mediante Asiento N° 107 del Cuaderno de Obra, el Supervisor de Obra dejó constancia de lo siguiente: *"Se verifica la culminación de los trabajos al 100% en el sector I con la construcción del Muro M-20, en el sector Nuevo Progreso con la Construcción de la Escalera E-28, E-29 y Muro de Contención M-22 trabajos al 100% por lo que esta supervisión habiendo verificado los trabajos culminados al 100% y en los tres sectores solicita a la Entidad se conforme el Comité de Recepción de Obra y fije la hora y fecha para dicho acto cumpliendo de esta manera de acuerdo al artículo 210 de la Ley de Contratación y Adquisición del Estado y su Reglamento."*

Con fecha 20 de agosto de 2013, se suscribió el Acta de Recepción de Obra donde el Comité de Recepción de la Obra indicó que luego de haber verificado, inspeccionado y evaluado los trabajos de la Obra, concluyeron que la misma fue ejecutada de acuerdo a lo establecido en el Expediente Técnico y sus modificaciones, habiéndose cumplido con todas sus metas, dándola por recepcionada.

Mediante Carta S/N -2013-CORPORACIÓN XIANY S.A.C. del 10 de octubre de 2013 el CONTRATISTA remitió a INVERMET la Liquidación Final de Obra.

En tal sentido, mediante Carta N° 025—2013-JCDM-S/INVERMET, el Ingeniero Juan Carlos Domínguez Mayhuay, Supervisor de Obra, presentó a la ENTIDAD la revisión de la Liquidación del Contrato de Obra, realizada por el CONTRATISTA.

Mediante la Carta N° 322-2013-INVERMET-SGP-JUCO la ENTIDAD notificó al CONTRATISTA con fecha 09 de diciembre de 2013 la Resolución N° 265-2013-INVERMET-SGP en la cual se aprueba la Liquidación del Contrato de Obra N° 003-2013-INVERMET-OBRA, de acuerdo a lo establecido en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

SEGUNDO. La Resolución N° 265-2013-INVERMET-SGP de aprobación de Liquidación Final tiene como sustento los siguientes hechos y documentos:

"Que, mediante Carta N° 25-2013-JCDM-S/INVERMET de fecha 17 de octubre de 2013, el Ing. Juan Carlos Domínguez Mayhuay – Supervisor de Obra presentada el Informe aprobando la Liquidación de Obra.

Que, mediante Informe N° 032-2013-SGP-JUCO-JMRZ/INVERMET de fecha 27 de noviembre de 2013, el Coordinador de Obras informa que de acuerdo a lo señalado en el Cuaderno de Obras la fecha de inicio de la Obra es el 01 de mayo de 2013 y fecha de culminación el 29 de junio de 2013, asimismo solicita se apruebe la Liquidación del Contrato de Obra.

Que, con Informe N° 096-2013-INVERMET/SGP-JUCO de fecha 27 de noviembre de 2013. El Coordinador General de Obras, informa que encuentra procedentes aprobar la Liquidación del Contrato de Obra por un monto de S/. 531,343.20 (Quinientos Treinta y Un Mil Trescientos Cuarenta y Tres con 20/100 Nuevos Soles) incluido IGV, y un saldo a favor del Contratista de S/.13,614.41 (Trece Mil Seiscientos Catorce con 41/100 Nuevos Soles) incluido IGV por conceptos de reajustes."

Mediante Carta N° 183-2013/CXY presentada a la ENTIDAD el 11 de diciembre de 2013, el CONTRATISTA presentó sus observaciones a la Liquidación de Obra elaborada por la ENTIDAD, señalando entre otros puntos, lo siguiente:

Según el cálculo de la liquidación que ustedes nos envían deducimos que nos han penalizado por 13 días de retraso de obra, no entendemos porque esta decisión arbitraria toda vez que según su Carta N° 031-2013-INVERMET-SGP-JUCO-PHP que Uds. nos envían nos indica que la obra ha iniciado el 14/05/2013 y no el 01/05/2013 en vista que no había residente ya que estaba en proceso de aprobación por parte de la entidad.

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

¿Por qué la entidad no nos manifestó oportunamente que la obra ha empezado el 01/05/2013? Para que nuestra empresa tome sus previsiones y terminemos en menos plazo; ya sea aumentando más cuadrillas de personal y trabajando a doble turno. Asimismo, se deja indicado que en ningún momento nos han solicitado un cronograma acelerado para terminar en un plazo de 60 días con la fecha de inicio del 01/05/2013.

Dejamos claro que en todo momento el supervisor y la entidad nos ha indicado que la obra ha iniciado el 14/05/2013 teniendo como plazo de 60 días calendarios terminando el 12/07/2013 como figura en el cuaderno de obra (asiento N° 01, N° 02 y N° 109) y en las comunicaciones que se ha tenido, con el supervisor y la entidad.

A razón de ello, mediante Oficio N° 976-2013-INVERMET-SGP la ENTIDAD comunicó al CONTRATISTA que mediante Informe N° 001-2013-SGP-JUCO-ELCG/INVERMET se respondió denegando las observaciones a la Liquidación Final de Obra aprobada mediante Resolución N° 265-2013-INVERMET-SGP del 06 de diciembre de 2013, indicando que se habían aplicado correctamente las penalidades establecidas en el CONTRATO.

En el comentado Informe N° 001-2013-SGP-JUCO-ELCG/INVERMET se indicó, entre otros, lo siguiente:

"Con respecto a la Carta N° 031-2013-INVERMET-SGP-JUCO-PHP del 17 de mayo de 2013, en la que la Coordinación General de Obras comunica al Contratista que el inicio del plazo de ejecución de Obra es el 14 de mayo de 2013; esta no se ajusta al Contrato de Obra N° 003-2013-INVERMET-OBRA, ni al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Considerando, en todo caso que ni la Entidad, ni el Contratista puede modificar el inicio del plazo de ejecución de Obra."

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

TERCERO. Ahora bien, el Árbitro Único luego del análisis respectivo de los hechos enumerados anteriormente, da cuenta que a fin de determinar la ineficacia de la denegatoria a la observación de la Liquidación de Obra "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en las Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez –Grupo I, Señor de Los Milagros y Nuevo Progreso, del Distrito de Ate, Provincia de Lima", corresponderá analizar si efectivamente existieron hechos propios por parte de la ENTIDAD y si estos tienen efectos para modificar lo establecido en el CONTRATO.

INICIO DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DE OBRA SEGÚN CONTRATO

CUARTO. Tal como se ha indicado anteriormente, en el CONTRATO se fijó que el plazo de ejecución contractual era de sesenta (60) días calendarios, el mismo que se computa desde el día siguiente de cumplidas las condiciones previstas en el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En tal sentido, corresponde analizar lo establecido en el artículo 184° de la señalada norma, el mismo que fija lo siguiente:

"Artículo 184.- Inicio del plazo de Ejecución de Obra

El inicio de plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

1. *Que se designe al inspector o al supervisor, según corresponda.*
2. *Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo.*
3. *Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o el lugar donde se ejecutará la obra.*
4. *Que la Entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que, de acuerdo con las Bases, hubiera asumido como obligación.*
5. *Que se haya entregado el adelanto directo al contratista, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 187°.*

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.



Las condiciones a que se refieren los numerales precedentes, deberán ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato.

En caso no se haya solicitado la entrega del adelanto directo, el plazo se inicia con el cumplimiento de las demás condiciones.

(...)” (Énfasis agregado)

Ahora bien, corresponde determinar en qué fecha se cumplieron con las condiciones establecidas en la norma antes citada, de tal forma que el día siguiente al de la fecha que resulte, corresponderá al inicio del plazo de ejecución contractual.

QUINTO. Del análisis de los documentos presentados por ambas partes, así como de lo establecido en la primera parte del Asiento N° 01 del Cuaderno de Obra, podemos concluir lo siguiente:

- 
- Respecto a la designación del supervisor, tenemos que la misma se realizó con fecha 16 de abril de 2013. Asimismo, sobre la entrega del Expediente Técnico de Obra completo, tenemos que este fue entregado el 30 de abril de 2014, fecha en la cual también se hizo entrega al Contratista del terreno de obra, según consta en la respectiva Acta de Entrega de Terreno.
 - Por otro lado, respecto a que la Entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos de acuerdo a las Bases, se indica que en las Bases del Proceso de Selección dicha actividad no fue prevista, por lo que no es asumida como obligación por la Entidad y no deberá tomarse en cuenta al momento de determinar la fecha para el inicio del cómputo de la ejecución de la obra.
 - Asimismo, sobre la condición referida a que se haya entregado el adelanto directo al Contratista, en las condiciones y oportunidades establecidas en el Artículo 187° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cabe señalar que el Contratista no solicitó la entrega del adelanto directo de la obra, por lo que dicha
- 

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

condición tampoco deberá tomarse en cuenta al momento de determinar la fecha para el inicio del cómputo de la ejecución de la obra.

Por tanto, para el Árbitro Único es claro que las condiciones previstas en el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicables al presente caso, se cumplieron el 30 de abril de 2013, por lo que a partir del día siguiente, es decir el 01 de mayo de 2013 se deberá empezar a computar el plazo de ejecución de contrato, el mismo que es de sesenta (60) días calendarios, lo cual significa que el CONTRATO tiene como fecha de culminación el 29 de junio de 2013.

Precisamente en este punto, es donde se presenta la controversia en el presente caso, toda vez que el CONTRATISTA señala que la propia ENTIDAD, mediante Carta N° 031-2013-INVERMET-SGP-JUCO-PHP de fecha 17 de mayo de 2013, confirmó que el inicio del plazo de ejecución de la obra se iba a contabilizar a partir del 14 de mayo de 2013, lo cual según el demandante implica actos propios por parte de la demandada, no pudiendo desconocerlos al pretender, ahora, querer tomar como fecha de inicio de ejecución de contrato el 01 de mayo de 2013; mientras que para la demandada dicho acto no tiene la capacidad legal para modificar lo previamente establecido en el contrato por ambas partes.

TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

SEXTO. En este extremo del análisis, corresponde determinar si efectivamente la Carta N° 031-2013-INVERMET-SGP-JUCO-PHP emitida por la ENTIDAD y notificada al CONTRATISTA a través de su residente el 17 de mayo de 2013, constituye la realización de actos propios y, si estos pueden modificar lo establecido en el CONTRATO, respecto a la fecha de inicio del plazo de ejecución de obra.

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

La doctrina² define a la teoría de los actos propios de la siguiente manera: "A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o 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".

Asimismo, la teoría de los actos propios constituye una regla de derecho derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento.

El Árbitro Único considera necesario precisar que la doctrina de los actos propios busca fomentar que las personas sean coherentes en su actuar cotidiano protegiendo en base a la buena fe las expectativas razonables que dicho actuar genere en terceros. El fundamento de esta última es que la mayoría de personas actúa en base al principio de la buena fe, confiando en los demás. Por lo tanto, si alguien actúa de tal manera que su conducta genere apariencia y la expectativa razonable de que no se reclamará o de que no se hará uso de un derecho, no puede luego pretender exigirse tal derecho contra quien confió en la apariencia de que no se reclamaría. Se trata pues de una norma de buena conducta, basada en la buena fe.

En tal sentido, el Árbitro Único considera preciso analizar la Carta N° 031-2013-INVERMET-SGP-JUCO-PHP, la misma que fue emitida y notificada al CONTRATISTA el 17 de mayo de 2013 indicando lo siguiente:

"Tengo el agrado de dirigirme a Usted, a fin de informarle que se establece como fecha de inicio del plazo ejecución de la obra indicada en el asunto, el día martes 14 de mayo de 2013.

Al respecto, dicha determinación se toma, debido a que su representada tiene como Residente en la Obra "Mejoramiento de taludes y vías de acceso en las

² Cfr. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. Tratado de Derecho Civil. Segunda edición. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, Tomo I-2, p. 495.

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

zonas de riesgo de los AA.HH. Nueva Juventud, Los Ángeles y San Sebastián, Zona de Horacio Zevallos, del Distrito de Ate, provincia de Lima – Lima" (Contrato de Obra N° 002-2013-INVERMET-OBRA), al mismo Ingeniero propuesto como Residente en la obra indicada en el asunto (Contrato de Obra N° 003-2013-INVERMET-OBRA), el cual no fue reemplazado oportunamente, antes de cumplir las condiciones establecidas para el Inicio del Plazo de Ejecución de Obra, contraviniendo lo dispuesto en los Art. 185° - Residente de Obra – y 194° - Cuaderno de Obra – del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."

SÉTIMO. Al respecto, el Árbitro Único considera necesario indicar que efectivamente la teoría de los actos propios tiene como principal finalidad que las personas sean coherentes en su actuar cotidiano protegiendo en base a la buena fe las expectativas razonables que dicho actuar genere en terceros; sin embargo, también se debe tener en cuenta que dicha teoría no puede avalar actos ilícitos, ni contravenir lo establecido como norma imperativa en la ley, más aún si nos encontramos en el marco de las contrataciones públicas donde el accionar de las partes está ligado y enmarcado en reglas especiales, dado que una de las partes actúa en virtud al interés público.

En el presente caso, nos encontramos frente a un contrato de naturaleza pública, el mismo que establece en su cláusula vigésimo tercera el régimen legal aplicable de la siguiente forma:

"23.1 El presente Contrato se regirá por las Bases integradas de Adjudicación Directa Selectiva, las que EL CONTRATISTA aceptó sin reservas.

23.2 El orden de prelación de documentos es el siguiente:

23.2.1 Bases integradas (Bases, Absolución de Consultas, Observaciones y Términos de Referencia)


23.2.2 Propuestas Técnica y económica de EL CONTRATISTA


23.2.3 Contrato

23.3 La relación jurídico contractual está subordinada a las disposiciones contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto

Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y sus modificatorias, y supletoriamente por el Código Civil y demás Normas Conexas, por lo que es obligatorio remitirse a estas normas y a los Principios que las inspiran para la aplicación de las Cláusulas del Contrato, su correcta interpretación en caso de vacíos, discrepancias con las Bases Integradas y/o la propuesta técnico económica de EL CONTRATISTA; o, en los casos que el Contrato, las Bases Integradas o las propuestas contravengan la Ley y/o el Reglamento." (Énfasis agregado)

En tal sentido, ambas partes tenían pleno conocimiento del marco legal en el que se encontraban, el mismo que exige una serie de formalidades y requisitos específicos a fin de ejecutar correctamente las obligaciones contenidas en el CONTRATO, es decir el comportamiento de ambas se debe ceñir a la norma de contrataciones públicas, no pudiendo crear mecanismos alternativos o nuevas reglas a fin de evitar la aplicación coherente de la Ley de Contrataciones del Estado y su respectivo Reglamento.

 **OCTAVO.** Ahora bien, teniendo como premisa lo anterior, el Árbitro Único considera oportuno analizar las siguientes dos situaciones, las mismas que describen escenarios posibles de la presente controversia en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento:

1. En caso se tome como inicio del plazo de ejecución del contrato el 01 de mayo de 2013, este debió culminarse el 29 de junio de 2013, por tanto, en este supuesto, en caso se pretenda afirmar que el contrato debió culminarse el 12 de julio de 2013, se deberá acreditar la existencia de alguna ampliación de plazo debidamente aprobada por la Entidad.
 2. Por otro lado, en caso se tome como inicio del plazo de ejecución del contrato el 14 de mayo de 2013, este debió culminarse el 12 de julio de 2013; sin embargo, para afirmar ello, se deberá acreditar que ambas partes formalizaron la modificación de la cláusula tercera del CONTRATO a través de una Adenda, similar a lo
- 

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

realizado por las partes mediante Adenda N° 001 que modificó la cláusula décimo cuarta del CONTRATO referida a penalidades.

Del conjunto de medios probatorios admitidos durante el desarrollo del presente arbitraje, el Arbitro Único da cuenta que el CONTRATISTA no ha acreditado ni la existencia de una aprobación de Ampliación de Plazo, ni la existencia de una Adenda a la cláusula décimo cuarta del CONTRATO, por lo que en ambos escenarios la ejecución de la obra tiene fecha de inicio 01 de mayo de 2013 y fecha de culminación 29 de junio de 2013.

Como se ha indicado anteriormente, la posición del CONTRATISTA se sostiene en el hecho de la existencia de la Carta N° 031-2013-INVERMET-SGP-JUCO-PHP, donde se le informa de la supuesta modificación del inicio de plazo de ejecución de la obra, lo cual para el CONTRATISTA implica actos propios de la ENTIDAD, debiendo surtir sus efectos jurídicos con plenitud; sin embargo, las reglas y procedimientos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento son normas de carácter imperativo y no pueden ser suplidas por simples actos de las partes. En tal sentido, si el CONTRATISTA tuvo conocimiento de la intención de la ENTIDAD de modificar el inicio de plazo de ejecución de la obra, lo diligente y conforme a derecho hubiera sido la respectiva formalización de ello, mediante un acuerdo de partes materializado a través de una Adenda; sin embargo, ello no se encuentra acreditado en el presente proceso.

NOVENO. En tal sentido, el Árbitro Único concluye que la teoría de los actos propios no es aplicable en el supuesto argumentado por el CONTRATISTA, toda vez que a efectos de determinar el inicio del plazo de ejecución de obra, nos debemos remitir estrictamente al CONTRATO, el mismo que mediante su cláusula décimo cuarta nos traslada a la aplicación del artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, con lo cual tenemos que el inicio de ejecución de obra es el día 01 de mayo de 2013 con fecha de culminación 29 de junio de 2013, por lo que si se pretende tener por aplazada la culminación de la obra se deberá acreditar ya sea la existencia de una Ampliación de Plazo o de una Adenda al Contrato, modificando su cláusula décimo

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

cuarta, tal como lo prevé la normativa en contrataciones del estado, la misma que es de conocimiento público y de aplicación obligatoria en el presente caso.

Por tanto, no corresponde declarar la ineficacia de la denegatoria a la observación de la liquidación de obra "MEJORAMIENTO DE TALUDES Y VÍAS DE ACCESO EN LAS ZONAS DE RIESGO DE LOS AA.HH. HORACIO ZEVALLOS GÁMEZ –GRUPO I, SEÑOR DE LOS MILAGROS Y NUEVO PROGRESO, DEL DISTRITO DE ATE, PROVINCIA DE LIMA"; al haber concluido el Árbitro Único que el inicio del plazo de ejecución de obra corresponde al 01 de mayo de 2013, con fecha de culminación el 29 de junio de 2013.

Finalmente, el Árbitro Único **RESUELVE: DECLARAR INFUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**, referida a que se declare la ineficacia de la denegatoria a la observación de la liquidación de obra "MEJORAMIENTO DE TALUDES Y VÍAS DE ACCESO EN LAS ZONAS DE RIESGO DE LOS AA.HH. HORACIO ZEVALLOS GÁMEZ –GRUPO I, SEÑOR DE LOS MILAGROS Y NUEVO PROGRESO, DEL DISTRITO DE ATE, PROVINCIA DE LIMA", y a declarar que hasta la culminación del contrato de obra no hubo retraso injustificado en la misma, que sea pasible de penalidad.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: QUE SE DECLARE VÁLIDA LA OBSERVACIÓN A LA LIQUIDACIÓN, EN CONSECUENCIA SE DISPONGA QUE EL FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES –INVERMET- CUMPLA CON PAGAR A LA DEMANDANTE EL INTEGRO DE LO ADEUDADO, SIN CONSIDERAR PENALIDAD ALGUNA, DEBIENDO ABONAR LA CANTIDAD DE S/ 39,033.49.

DÉCIMO. Habiendo el Árbitro Único declarado infundada la primera pretensión del CONTRATISTA y, teniendo como premisa que el plazo de ejecución de obra tiene como fecha de inicio el 01 de mayo de 2013 y como fecha de culminación el 29 de junio de 2013, corresponde la aplicación de la penalidad por mora en el plazo de ejecución de la obra, por un total de 13 días calendarios, penalidad que asciende a la suma de S/. 27,933.49, quedando únicamente pendiente de analizar en el presente punto controvertido, si la

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

aplicación de penalidad por haber reemplazado al Residente de Obra ascendente a S/. 11,100.00 fue correcta.

Respecto a la aplicación de penalidad por cambio de residente de Obra tenemos lo establecido en la Cláusula Décimo Cuarta del CONTRATO, modificada mediante Adenda N° 001 de fecha 06 de setiembre de 2013, donde se estableció lo siguiente:

*"14.2. Asimismo, y en aplicación del Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se establecen las siguientes penalidades adicionales:
Por la Ejecución de la Obra:*

N°	INFRACCIÓN	Unidad	UIT
1	Reemplazar al Residente de obra propuesto en su oferta técnica, (Por causales distintas a las establecidas en la Nota 01 de los Requisitos Técnicos Mínimos).	Una vez	3
2	Incumplimiento en la presentación de: 1. Calendario Actualizado de la Fecha de Inicio de la Obra 2. Calendario de Avance de la Obra Actualizado 3. Calentamiento Acelerado de Obra	Cada día	1
3	Ausencia del personal de campo: Ingeniero residente, Técnicos Especialistas.	Cada vez	1
4	No tener al día el cuaderno de obra o no tenerlo físicamente en la obra.	Cada vez	0.5
5	No cumple con las responsabilidades de pago del salario a su personal incluyendo los beneficios sociales de acuerdo con la ley.	Cada trabajador	0.1
6	Incumplimiento de uso de implementos de seguridad del personal del Contratista.	Cada vez	1

*En caso de la Infracción N° 1, esta se acreditará con la solicitud del contratista de reemplazar o cambiar al profesional de su original.
(...)"*

En el presente caso, nos encontramos frente al análisis de la infracción N° 01 referida a la aplicación de la penalidad por reemplazar el Residente de obra propuesto en su oferta técnica.

El Árbitro Único considera necesario indicar que en la descripción de la Infracción N° 01 se precisa que se aplicará dicha penalidad cuando el replazo de Residente de Obra se deba a causa distinta a las establecidas en la Nota 01 de los Requisitos Técnicos Mínimos.

En tal sentido a fin de determinar si la aplicación de la penalidad bajo análisis fue correctamente realizada, corresponde únicamente determinar si la causal invocada por el CONTRATISTA en su solicitud de reemplazo de Residente de Obra se encontraba

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

prevista o no dentro de algunas de las fijadas en la Nota 01 de los Requisitos Técnicos Mínimos.

Al respecto, tenemos lo establecido en la Nota 1 de los Requisitos Técnicos Mínimos, que fijan lo siguiente:

"NOTA 1: El cambio o reemplazo del Residente de obra será aceptado y aprobado por parte de la Entidad, a la presentación de la solicitud del contratista solo en los siguientes casos:

- 1) Por fallecimiento del profesional.*
- 2) Por enfermedad que impide la permanencia del profesional, sustentado con certificado médico.*
- 3) Despido del profesional por disposición de la Entidad.*
- 4) Retraso al inicio de la obra por causa no imputable al contratista, debidamente comprobada."*

De los medios probatorios presentados por ambas partes, el Árbitro Único tiene que mediante Carta N° 41-2013/CXY presentada a INVERMET el 03 de mayo de 2013 el CONTRATISTA comunicó a la ENTIDAD el cambio del Residente de Obra el Ing. Dionicio Inoñan Valdivieso por el Ing. Horacio Gómez Apaza, señalando que dicho profesional cuenta con amplia experiencia.

Asimismo, en la señalada carta el CONTRATISTA indicó que *"el motivo del Cambio del Ing. Residente de Obra es que el Ingeniero ha sido propuesto de forma simultánea en otro Contrato firmado con la misma entidad razón por la cual solicitamos la conformidad por parte de Uds. El cambio de dicho Ingeniero sin que nos aplique la penalidad siguiendo los lineamientos del pronunciamiento del OSCE (Pronunciamiento N° 359-2012/DSU-Observación N° 04)."*

Como puede apreciarse, es claro que la causal invocada por el CONTRATISTA en su Carta N° 41-2013/CXY no se subsume en ninguna de las causales fijadas en la Nota 01 de los Requisitos Técnicos Mínimos, aunado a ello, el Árbitro Único considera necesario


Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.


indicar que el CONTRATISTA no presentó documento alguno donde se verifique que la ENTIDAD autorizó la sustitución del Residente de Obra.

Por tanto, siendo que la causal invocada por el CONTRATISTA para el reemplazo de su Residente de Obra es distinta a las indicadas en la Nota N° 1 de los Requisitos Técnicos Mínimos es correcta la aplicación que realizó la ENTIDAD de la penalidad bajo análisis.

En conclusión, corresponde al Árbitro Único **DECLARAR: INFUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN CONTENIDA EN EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO**, referida a que se declare válida la observación a la liquidación, y se disponga que el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES -INVERMET- cumpla con pagar a la demandante el integro de lo adeudado, sin considerar penalidad alguna, debiendo abonar la cantidad de s/ 39,033.49.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR A QUIÉN CORRESPONDE ASUMIR LOS COSTOS, COSTAS GENERADOS DEL PRESENTE ARBITRAJE.

 **DÉCIMO PRIMERO.** Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como las pruebas actuadas a lo largo de este proceso, el Árbitro Único realiza el estudio respecto al punto controvertido referido a determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales, honorarios incurridos en la defensa y todos los gastos previstos en el artículo 70° de la Ley de Arbitraje - Decreto Legislativo N° 1071, que genere el presente proceso arbitral.

 Sobre el particular, el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Árbitro Único se debe pronunciar en el Laudo Arbitral sobre los costos del arbitraje comprendidos en dicho artículo. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° del citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, el Árbitro Único podrá distribuir y prorratear estos costos entre las

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En relación con el acuerdo de las partes, es de apreciarse que en el convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre este tema.

DÉCIMO SEGUNDO. Considerando el resultado de este arbitraje en el que, en puridad, desde el punto de vista del Árbitro Único, a efectos de regular el pago de tales conceptos, resulta atendible tener en cuenta el comportamiento procesal de las partes y la causa que motivó el presente arbitraje; este Árbitro Único, **DISPONE QUE CADA PARTE DEBE ASUMIR LOS GASTOS PROPIOS EN QUE HUBIERE INCURRIDO**, siendo que los costos comunes del arbitraje, deberán ser asumidos por ambas en partes exactamente iguales, entendiéndose por comunes los honorarios del Árbitro Único, la Secretaría Arbitral y los demás gastos procedimentales. Ello, sin perjuicio de que la ENTIDAD proceda a reembolsar a favor del CONTRATISTA: **i)** la suma de S/. 1,426.00 netos (Un Mil Cuatrocientos Veintiséis con 00/100 Nuevos Soles) correspondiente al pago de los honorarios del Árbitro Único, más los impuestos respectivos, que canceló el CONTRATISTA en su oportunidad (Pago en subrogación Resolución N° 07 de fecha 06 de febrero de 2015), y **ii)** la suma de S/. 655.70 netos (Seiscientos Cincuenta y Cinco con 70/100 Nuevos Soles), más los impuestos respectivos, que canceló en su oportunidad, correspondiente al pago de los honorarios de la Secretaría Arbitral (Pago en subrogación Resolución N° 07 de fecha 06 de febrero de 2015).

VIII. DECISIÓN FINAL:

DÉCIMO TERCERO. Que, finalmente, estando a los considerandos precedentes y siendo que el Árbitro Único no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA: "Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima" seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Árbitro Único LAUDA de la siguiente manera:

PRIMERO: RESUELVE DECLARAR INFUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN presentada por la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., referida a que se declare la ineficacia de la denegatoria a la observación de la liquidación de obra "MEJORAMIENTO DE TALUDES Y VÍAS DE ACCESO EN LAS ZONAS DE RIESGO DE LOS AA.HH. HORACIO ZEVALLOS GÁMEZ -GRUPO I, SEÑOR DE LOS MILAGROS Y NUEVO PROGRESO, DEL DISTRITO DE ATE, PROVINCIA DE LIMA", así como a declarar que hasta la culminación del contrato de obra no hubo retraso injustificado en la misma, que sea pasible de penalidad.

SEGUNDO: RESUELVE DECLARAR INFUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN presentada por la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., referida a que se declare válida la observación a la liquidación, y se disponga que el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES -INVERMET- cumpla con pagar a la demandante el integro de lo adeudado, sin considerar penalidad alguna, debiendo abonar la cantidad de s/ 39,033.49.

TERCERO: RESUELVE DISPONE QUE CADA PARTE DEBE ASUMIR LOS GASTOS PROPIOS EN QUE HUBIERE INCURRIDO, siendo que los costos comunes del arbitraje, deberán ser asumidos por ambas en partes exactamente iguales, entendiéndose por comunes los honorarios del Árbitro Único, la Secretaría Arbitral y los demás gastos procedimentales. Ello, sin perjuicio de que la ENTIDAD proceda a reembolsar a favor del CONTRATISTA: i) la suma de S/. 1,426.00 netos (Un Mil Cuatrocientos Veintiséis con 00/100 Nuevos Soles) correspondiente al pago de los honorarios del Árbitro Único, más los impuestos respectivos, que canceló el CONTRATISTA en su oportunidad (Pago en subrogación Resolución N° 07 de fecha 06 de febrero de 2015), y ii) la suma de S/. 655.70 netos (Seiscientos Cincuenta y Cinco con 70/100 Nuevos Soles), más los impuestos respectivos, que canceló en su oportunidad, correspondiente al pago de los honorarios de la Secretaría Arbitral (Pago en subrogación Resolución N° 07 de fecha 06 de febrero de 2015).

Proceso Arbitral Ad Hoc sobre el CONTRATO DE OBRA N° 003-2013-INVERMET-OBRA:
"Mejoramiento de Taludes y Vías de Acceso en Zonas de Riesgo de los AA.HH. Horacio Zevallos
Gámez – Grupo I, Señor de los Milagros y Nuevo Progreso del Distrito de Ate, Provincia de Lima"
seguido entre la CORPORACIÓN XIANY S.A.C., en calidad de sujeto activo y el FONDO
METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, en calidad de sujeto pasivo.

CUARTO: RESUELVE FIJAR los honorarios del Árbitro Único y la Secretaría Arbitral en los montos que han sido previamente pagados por las partes.

QUINTO: RESUELVE DISPONER que la Secretaría Arbitral proceda a remitir copia del presente laudo a OSCE para su publicación y los fines que corresponda.

SEXTO: RESUELVE NOTIFICAR a las partes con el presente Laudo Arbitral.



ALBERTO RETAMOZO LINARES

Árbitro Único



PABLO JOSÉ ARMAS CASTRO

Secretaría Arbitral

AD HOC – Centro Especializado en Solución de Controversias