

Lima, 22 de julio de 2015

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

Consorcio Sagitario

En adelante el Demandante, el Consorcio o el Contratista

Demandado:

Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento

En adelante el Demandado o la Entidad

Árbitro Único:

Dr. Weyden García Rojas

Secretario Arbitral:

Johan Steve Camargo Acosta

I.- Antecedentes.

Con fecha 22 de junio de 2012, se suscribió el Contrato N° 115-2012-VIVIENDA/OGA.UE.001 "Elaboración de Expediente Técnico, Ejecución de Obra y Equipamiento del Centro de Servicios de Apoyo al Hábitat Rural en el Caserío de Lauricocha, C.C. de Lauricocha,- Distrito de San Miguel de Cauri - Provincia de Lauricocha - Departamento de Huánuco del proceso de adjudicación directa selectiva N° 047-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001".

1. La cláusula Décimo Sexta del Contrato, establece lo siguiente:

"Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contratación y adquisiciones del Estado.

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

El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva siendo inapelable ante el poder judicial o ante cualquier instancia administrativa".

Como consecuencia de las controversias relacionadas con la Liquidación Final de Obra realizada por el demandante y rechazada por el demandado; Consorcio Sagitario procedió a hacer uso de su derecho a Arbitraje en aplicación de la Cláusula Vigésima del Contrato.

II.- Desarrollo del proceso.

II.I.- Actuación Preliminar del Tribunal Unipersonal.

1. Con fecha 11 de junio de 2014, a horas 10:30 a.m., se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Unipersonal en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, sito en edificio el regidor N° 108, Residencial San Felipe, Distrito de Jesús María, Provincia y Departamento de Lima; donde se reunieron el Doctor Weyden García Rojas, en su calidad de Árbitro Único,

conjuntamente con el representante del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, señora Natalia Berrocal Gonzales; así como el representante, debidamente acreditado, del DEMANDANTE y el representante, debidamente acreditado, del DEMANDADO, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral Unipersonal que se encargaría de resolver la presente controversia.

2. Con fecha 3 de julio de 2014, el Consorcio Sagitario, presenta su escrito de demanda; la misma que mediante Resolución N° 1, del 12 de agosto de 2014 fue admitida a trámite, corriéndose a su vez, traslado de dicho escrito al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, para que cumpla con contestarla dentro de un plazo de quince (15) días hábiles, conforme a su derecho.
3. Con fecha 2 de septiembre del 2014, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, contestó la demanda, deduciendo excepción y reconviniendo. Siendo así las cosas, mediante Resolución N° 5, de fecha 3 de octubre de 2014, se admitió a trámite el escrito de contestación de demanda presentado por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios adjuntos a dicho escrito, se dio por deducida la excepción de caducidad contra la segunda pretensión principal de la demanda, corriéndose traslado a la parte contraria por un plazo de quince (15) días hábiles para que exprese lo conveniente a su derecho; se admitió a trámite la reconvención, corriéndose traslado a la parte contrario por plazo de quince (15) días hábiles para que cumpla con contestarla.
4. Con fecha 5 de noviembre de 2014, Consorcio Sagitario presentó su escrito de contestación a la excepción y reconvención planteada por su contraparte dentro del plazo otorgado por el Tribunal; con lo cual,

mediante Resolución N° 9, de fecha 18 de noviembre del año 2014, se tiene por absuelto el traslado conferido mediante el segundo y tercer extremo resolutivo de la Resolución N° 5.

5. Con fecha 18 de noviembre de 2014, el Tribunal Arbitral Unipersonal, mediante Resolución N° 9, resolvió citar a las partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 9 de diciembre de 2014 a las nueve (9) horas, en la Sala de Audiencias de la Sede del Arbitraje, ubicada en la Avenida del Parque Norte N° 1160, oficina 502, distrito de San Borja, provincia y departamento de Lima.
6. Con fecha 21 de noviembre de 2014, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento presenta un escrito solicitando la reprogramación de la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos, Derecho y Aspectos Técnicos, programada para el día 9 de diciembre de 2014 a las nueve (9) horas.
7. Con fecha 3 de diciembre de 2014, el Tribunal Arbitral Unipersonal, mediante resolución N° 10, reprograma la audiencia para el jueves ocho (8) de enero de 2015 a las 11 horas, en la Sala de Audiencias de la Sede del Arbitraje, ubicada en la Avenida del Parque Norte N° 1160, oficina 502, distrito de San Borja, provincia y departamento de Lima.
8. Con fecha 8 de enero de 2015 a las 11 de la mañana, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos, Derecho y Aspectos Técnicos; debido a que no se arribó a ningún acuerdo, se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las

pretensiones planteadas, frente a los cuales las partes manifestaron su asentimiento. Estos fueron fijados de la siguiente manera:

Excepción:

- i. *Determinar si corresponde o no, declarar fundada la excepción de caducidad deducida por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento respecto de la Segunda Pretensión Principal de la demanda Arbitral consistente en que se declare improcedente la aplicación de penalidad por mora y dejar sin efecto el Informe Técnico N° 530-2014-VIVIENDA/-PNT-LACS, de fecha 14 de febrero del 2014, mediante el cual se aplica la máxima penalidad por retraso en la ejecución de la obra, por carecer de sustento legal y como consecuencia de ello, se pague al Contratista el saldo pendiente por la valorización N° 02, ascendente a la suma de S/. 34,503.47 (Treinta y cuatro mil quinientos tres con 47/100 nuevos soles).*

Demanda y contestación:

- ii. *Determinar si corresponde o no, dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT, recibida por el Contratista el 20 de febrero del 2014, mediante la cual la Entidad formaliza la Liquidación de Obra, por contravenir al artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.*
- iii. *Determinar si corresponde o no, declarar improcedente la aplicación de penalidad por mora y dejar sin efecto el Informe Técnico N° 530-2014-VIVIENDA/-PNT-LACS, de fecha 14 de febrero del 2014, mediante el cual se aplica la máxima penalidad por retraso en la ejecución de la obra, por carecer de sustento legal y como consecuencia de ello, se pague al Contratista el saldo*

pendiente por la valorización N° 02, ascendente a la suma de S/. 34,503.47 (Treinta y cuatro mil quinientos tres con 47/100 nuevos soles).

- iv. Determinar si corresponde o no, ordenar a la Entidad el pago del reajuste de obra por fórmula polinómica de acuerdo al expediente técnico y a los índices unificados de precios de la construcción aprobados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, ascendentes a la suma de S/. 6,495.29 (Seis mil cuatrocientos noventa y cinco con 29/100 Nuevos Soles) inc. IGV., en concordancia con el numeral 2 del artículo 49° del Reglamento y normas conexas.
- v. Determinar si corresponde o no, ordenar a la Entidad la aprobación de la liquidación de obra presentada por el contratista con Carta N° 030-2013/CONSORCIO SAGITARIO, con las modificaciones y ampliaciones consideradas en la Carta N° 006-2014/CONS. SAG. y las que deriven del presente proceso.
- vi. Determinar si corresponde o no, ordenar a la Entidad asumir el pago a favor del Contratista, por resarcimiento de daños y perjuicios de acuerdo al penúltimo párrafo del artículo 184° del Reglamento, el monto de S/. 1,035.10 (Mil treinta y cinco con 10/100 nuevos soles), por 6 días de retraso en el entrega de terreno.

Reconvención:

- vii. Determinar si corresponde o no, aprobar la Liquidación del Contrato N° 115-2012-VIVIENDA/OGA.UE.001 según los términos contenidos en la Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT de fecha 17 de febrero del 2014, con las modificaciones expuestas en los Informes Técnicos N° 1331 y 1335-2014-VIVIENDA/PNT del 25 de abril y 25 de agosto de 2014, respectivamente, lo que determina un monto final de la obra en S/. 351,061.86,

con un saldo a favor del contratista de S/. 6,377.14 incluido IGV (del nuevo monto calculado por la entidad, S/. 6,027.14 que corresponde a reajustes y S/. 350.00 por el exceso de penalidad retenida en la valorización N° 02).

Punto controvertido común:

viii. Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los costos que irrogue la tramitación del presente proceso arbitral.

9. En la mencionada Audiencia, se admitieron los documentos ofrecidos como medios probatorios por el Consorcio Sagitario en su escrito de Demanda presentada el 3 de julio de 2014, detallados en el ítem "VI. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS", de dicho escrito. Asimismo se aceptaron los medios probatorios ofrecidos por Consorcio sagitario en su escrito de contestación de reconvención presentado el 5 de noviembre de 2014, incluidos en el ítem "III. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS", de dicho escrito. En la misma, se admitieron los documentos ofrecidos como medios probatorios por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento en su escrito de Contestación de Demanda presentada el 2 de septiembre de 2014, detallados en el acápite "D.- MEDIOS PROBATORIOS", acompañados como anexos al referido escrito. En ese sentido, el Árbitro Único se reservó el derecho de disponer la actuación de cualquier medio probatorio de oficio, en caso éste resultare necesario.

10. El 15 de enero de 2015, el Consorcio Sagitario presenta un escrito con sumilla "Complementamos Medios Probatorios y Clarificamos lo Manifestado en Audiencia de Conciliación", a través del cual acompaña diversa documentación con el propósito de mejor acreditar su posición respecto de la controversia surgida en autos. Los mismos que fueron

admitidos a trámite mediante Resolución N° 16, de fecha 9 de abril de 2015.

11. Con fecha 9 de abril de 2015, el Tribunal Arbitral Unipersonal, mediante Resolución N° 16, en atención al escrito del demandado; resolvió declarar el cierre de la etapa probatoria del presente proceso arbitral, otorgando un plazo de cinco (5) días para que las partes presenten sus escritos de alegatos y conclusiones finales.
12. Con fecha 17 de abril de 2015, el demandado, mediante Escrito N° 13, absolviendo el traslado de la Resolución N° 16, de fecha 9 de abril de 2015, presentó sus alegatos escritos a fin de que los mismos sean merituados al momento de resolver la presente controversia.
13. Con fecha 21 de abril de 2015, el demandante, mediante Escrito N° 5, absolviendo el traslado de la Resolución N° 16, de fecha 9 de abril de 2015, presentó sus alegatos escritos a fin de que los mismos sean merituados al momento de resolver la presente controversia.
14. Que, mediante Resolución N° 17 de fecha 29 de mayo del 2015, el Árbitro Único declaró que el presente proceso arbitral se encontraba en estado de laudar y fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada la citada resolución, reservándose el Tribunal Arbitral la facultad de prorrogarlo discrecionalmente hasta por otros treinta (30) días adicionales, conforme a lo señalado en el numeral 44) del Acta de Instalación del Árbitro Único.
15. Asimismo, mediante Resolución N° 18 de fecha 06 de julio del 2015, el Árbitro Único, dispuso prorrogar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contado a partir del día siguiente de vencido el término original,

al amparo de lo establecido en las Reglas del Proceso contenidas en el Acta de Instalación del Árbitro Único.

16. Que, estando a ello, el plazo para laudar debe computarse a partir del día siguiente de realizada la última notificación a las partes de la Resolución N° 17; en ese sentido, tenemos que la mencionada Resolución fue debidamente notificada al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento el día 02 de junio del 2015 y al Consorcio Sagitario el día 03 de junio del 2015, conforme aparece de los cargos de notificación que obran en el expediente arbitral; por lo que el plazo para laudar vence el día 31 de agosto del 2015, considerando que:

16.1. Los plazos se computan en días hábiles.

16.2. Son días inhábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables o los días de duelo nacional no laborables declarados por el Poder Ejecutivo de la República del Perú.

16.3. El día lunes 29 de junio del 2015 fue feriado calendario a nivel nacional tanto para el sector público como para el sector privado por conmemorarse la Festividad de San Pedro y San Pablo la.

16.4. El día martes 28 y el día miércoles 29 de julio del 2015 son feriados calendario a nivel nacional tanto para el sector público como para el sector privado por conmemorarse Fiestas Patrias.

16.5. La sede del arbitraje se encuentra fijada en la ciudad de Lima.

II.- Consideraciones del Árbitro Único.

II.I.- Cuestiones preliminares.

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) Que el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que en momento alguno se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que el Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos; asimismo fue debidamente emplazado con la reconvención interpuesta por su contraria, habiendo presentado su contestación a la reconvención, según ha sido explicado.
- (iv) Que el Demandado fue debidamente emplazado con la demanda y presentó su contestación de demanda según ha sido explicado anteriormente, habiendo ejercido su derecho a formular reconvención.
- (v) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar todas sus alegaciones y exponerlas ante el Árbitro Único.
- (vi) Que de conformidad con el Acta de Instalación del Árbitro Único, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, en caso éstas hubieren incurrido en inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1017, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.

(vii) Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

II.II.- Materia controvertida.

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos, Admisión de Medios Probatorios, Ilustración de Hechos, Derecho y Aspectos Técnicos del 8 de enero de 2015, en el presente caso corresponde al Árbitro Único determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

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

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

“... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó”¹.

El Árbitro Único deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos no significa de ningún modo que tal medio probatorio no haya sido valorado, por lo que el Árbitro Único deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Árbitro Único tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Que según lo señalado por el Árbitro Único en el último párrafo del ítem “IV. DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS” del Acta de la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Árbitro Único, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el Árbitro Único considera que el análisis debe partir del primer y segundo

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

punto controvertido de manera conjunta, luego el tercer, quinto, séptimo, noveno, cuarto, sexto, octavo y décimo punto controvertido de manera conjunta, el décimo primero y décimo segundo punto controvertido de manera conjunta, el décimo tercero y décimo cuarto punto controvertido de manera conjunta, y el décimo quinto y décimo sexto punto controvertido de manera conjunta; de acuerdo a esta última forma:

II.II.I.- Primer Punto Controvertido (Excepción).

Determinar si corresponde o no, declarar fundada la excepción de caducidad deducida por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento respecto de la Segunda Pretensión Principal de la demanda Arbitral consistente en que se declare improcedente la aplicación de penalidad por mora y dejar sin efecto el Informe Técnico N° 530-2014-VIVIENDA/-PNT-LACS, de fecha 14 de febrero del 2014, mediante el cual se aplica la máxima penalidad por retraso en la ejecución de la obra, por carecer de sustento legal y como consecuencia de ello, se pague al Contratista el saldo pendiente por la valorización N° 02, ascendente a la suma de S/. 34,503.47 (Treinta y cuatro mil quinientos tres con 47/100 nuevos soles).

Posición del Excepcionante:

Que, según señala el excepcionante, la aplicación de la penalidad fue impuesta en el pago de la valorización N° 2, la misma que en su oportunidad se vio descontada con el monto correspondiente a dicha penalidad.

Que, en ese tenor, y conforme a lo establecido en el artículo 199 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, si surgiera discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de

los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la entidad, según sea el caso, se resolverán en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

- Que, señala el excepcionante, que sólo será posible iniciar un procedimiento de conciliación o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles después de ocurrida la controversia si la valorización de la parte en discusión representa un monto igual o superior al cinco por ciento (5%) del contrato actualizado.
- Que, de conformidad al artículo 215° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 270°, 175°, 177°, 199°, 201°, 209°, 210°, 210° y 211° o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Que, señala excepcionante que el contratista contaba con un plazo de quince días hábiles para someter a arbitraje la imposición de la penalidad que le fuera aplicada en la Valorización N° 2 desde que esta fuera abonada, en atención a que, tanto dicha valorización como la penalidad aplicada fueron superiores al cinco por ciento del monto del contrato, por lo que el plazo para cuestionar su imposición caduco, quedando consentida la aplicación de dicha penalidad, por lo que no podría cuestionarse en el presente arbitraje.

Posición el Excepcionado:

- Que, según señala el excepcionado, el demandado pretende hacer valer un instituto procesal que no es aplicable al presente proceso, con el único

propósito de evitar que el Árbitro se pronuncie sobre le fondo de la controversia.

- Que, al respecto, según señala el excepcionado, este artículo hace referencia a discrepancias respecto a la valorización y metrados no resulta pertinente toda vez que las valorizaciones y metrados fueron aprobados en un 100% por la supervisión y la entidad, por lo mismo no es materia de cuestionamiento.
- Que, señala el excepcionado que la segunda pretensión principal de la demanda se ampara, por un lado, en la procedencia o no de la aplicación de la penalidad por mora, tema que está regulado en el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; el mismo que no establece plazo alguno para acudir a conciliación ni arbitraje. Incluso se advierte que el artículo 215, citado por el demandado, no hace mención a que el artículo 165 establezca plazo alguno de caducidad.
- Que, corresponde, según señala Consorcio Sagitario, que se aplique el plazo de caducidad establecido en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, es decir, aquel supuesto donde cualquier parte puede someter su controversia a conciliación y/o arbitraje en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, siendo que la principal materia controvertida es la liquidación del contrato, la misma ha sido elevada a esta instancia los plazos de caducidad previstos por ley.

Posición del Árbitro Único:

Conviene previamente esclarecer los conceptos de excepción y caducidad, para lo cual este Tribunal Arbitral considera necesario tener presente la opinión del maestro Eduardo J. Couture², que al respecto señalaba:

"La excepción como una defensa o poder jurídico del que se haya investido el demandado. Tal poder, permite al demandado deducir una oposición a la acción del actor, siendo su contracara. No hay excepción posible sin acción deducida.

En un sentido procesal la excepción es una defensa no sustancial, que el legislador pone en la mano del demandado."

Siguiendo la opinión del autor antes citado, nuestra Corte Suprema se ha pronunciado de la siguiente manera:

*"La excepción es un medio de defensa mediante el cual se cuestiona la relación jurídico procesal o la posibilidad de expedirse un fallo sobre el fondo, por la omisión o defecto de un presupuesto procesal o de una condición de la acción, respectivamente"*³.

La caducidad por su parte, es aquella institución jurídica del Derecho Procesal⁴ creada por el Estado Constitucional de Derecho en busca de seguridad jurídica para la sociedad sobre la cual ejerce soberanía, para constituirse como herramienta de quien es requerido al cumplimiento de una obligación, que le permitirá no dar cumplimiento a la misma en atención a que quien exige tal cumplimiento dejó transcurrir un periodo establecido

² COUTURE, Eduardo J. Fundamentos de Derecho Procesal Civil.

³ Cas. N° 3204-2001-Lima, El Peruano, 01-10-2002, p. 8942.

⁴ Si bien ésta se encuentra regulada en el Código Civil, ello no importa la pérdida de su carácter procesal pues se trata de un mecanismo cuyo fin es lograr la conclusión del proceso sin constituir un mecanismo de defensa de fondo en sí. Puesto que cuando uno la invoca, alega la pérdida del derecho de quien exige el cumplimiento por el mero transcurso del tiempo sin alegar el haber cumplido total o parcialmente con la obligación que se le reclama.

expresamente por la ley luego de haber ocurrido una determinada condición que pudiere ser el vencimiento de la obligación o la posibilidad de hacer ejecutable la misma, generando así la extinción o pérdida de su derecho como consecuencia de dicho letargo; pudiendo asimismo ser invocada esta institución por el juzgador de oficio y a beneficio del requerido cuando del requerimiento propuesto en la demanda se advierta que el plazo prefijado por la ley ha operado en forma manifiesta.

Si en algo hay consenso respecto de esta institución es que ésta tiene supuestos que la conforman como el *"espacio de tiempo o lapso que produce la extinción de una cosa o algún derecho"*⁵; en sentido similar señala CABANELLAS que la caducidad es el *"lapso que produce la pérdida o extinción de una cosa o de un derecho"*⁶, asimismo, Monroy Gálvez sostiene que la caducidad *"extingue el derecho material como consecuencia del transcurso del tiempo"*^{7 8}; es decir, no existe discrepancia en el sentido que la caducidad extingue el derecho de reclamar algo como consecuencia del transcurso del tiempo.

En este estado, es pertinente tener presente lo señalado por el artículo 2006 del Código Civil peruano:

Declaración de caducidad

Artículo 2006.- La caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte. (Énfasis agregado)

⁵ ALFARO PINILLOS, Roberto. *Diccionario Práctico de Derecho Procesal Civil*, 2ª Edición. Editorial GRIJLEY, Lima: Septiembre 2006, p. 169.

⁶ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Op. Cit.*, p. 58.

⁷ MONROY GÁLVEZ, Juan F. *La Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano*, en "LA FORMACIÓN DEL PROCESO CIVIL PERUANO (ESCRITOS REUNIDOS)", 2ª Edición. Editorial PALESTRA, Lima: Diciembre 2004, p. 372.

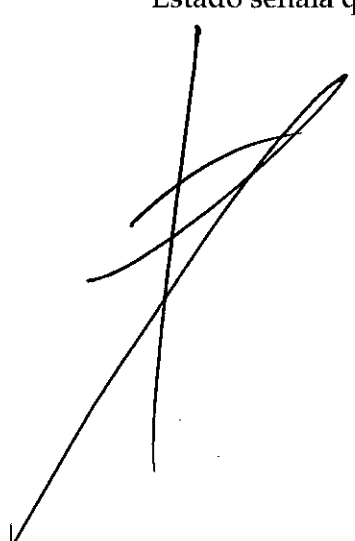
⁸ A ellos se suman, Teófilo IDROGO y otros destacados juristas.

La acción como bien sabemos es el derecho de toda persona de recurrir al órgano jurisdiccional, que se ve materializado con la presentación de la demanda y es allí precisamente donde acaba la existencia de este derecho; por lo tanto, cuando se hace uso de la figura de caducidad, no se afecta dicho derecho, puesto que, tanto que se trate del juzgador o del demandado, invocarán la configuración de la caducidad luego de que el demandante haya hecho uso de su derecho de acción, por lo tanto la definición de caducidad sostenida por el artículo 2003 del Código Civil resulta inexacta en tanto que la caducidad no extingue *-en modo alguno-* la acción correspondiente al derecho reclamado.

Habiendo hecho la precisión respecto a lo que debemos entender por caducidad, corresponde ahora que este Tribunal Unipersonal puntualice ciertos aspectos respecto a la excepción formulada por el demandado.

Por un lado, el excepcionante sostiene que el plazo para demandar la segunda pretensión ha caducado toda vez que, conforme al artículo 199° de la Ley de Contrataciones del Estado, el plazo para accionar alguna discrepancia sobre la formulación, aprobación o valorización de los metrados son 15 días hábiles después de ocurrida la controversia.

En efecto, el artículo 199 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que:



"Artículo 199°.- Discrepancias respecto de valorizaciones o metrados

Si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la Entidad, según sea el caso, se

resolverán en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

Si la valorización de la parte en discusión representa un monto igual o superior al cinco por ciento (5%) del contrato actualizado, la parte interesada podrá someter dicha controversia a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles después de presentada (...)". (Resaltado nuestro)

Sin embargo, el contratista señala que la lectura que hace el excepcionante respecto del artículo en mención es equivocada toda vez que en la segunda pretensión principal de la demanda arbitral no se pretende cuestionar la valorización y metrados; inclusive, señala que las valorizaciones y metrados fueron aprobados en un 100% por la supervisión y la entidad, razón por la cual no es materia de cuestionamiento.

En ese sentido, señala que la segunda pretensión principal de la demanda versa sobre la procedencia o no de la aplicación de la penalidad por mora, tema que está regulado en el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, conforme se aprecia:

"Artículo 165°.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del

monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías del fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta”.

Este Árbitro Único aprecia que el excepcionante sustenta su posición en virtud de lo dispuesto por el artículo 199° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que establece que toda discrepancia en relación a las valorizaciones y metrados debe resolverse mediante arbitraje que deberá iniciarse a los 15 días de suscitada la controversia; mientras que el Contratista sostiene que lo que se discute en el proceso no son los metrados ejecutados, sino la penalidad que le ha sido aplicada regulada por el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y respecto de la cual no se establece plazo de caducidad alguno.

Ahora bien, habiendo hecha esta precisión respecto al tenor de la excepción, corresponde entrar a analizar si la excepción planteada debe ser amparada.

En adición a las dos regulaciones antes anotadas, es menester precisar que el artículo 52° de la ley de Contrataciones del Estado señala que:

Artículo 52°.- Solución de controversias

52.1. Las controversias que surja entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelve mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación deber realizarse en un centro de

conciliación público o acreditado por el ministerio de justicia.

52.2. los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato (...)".

Como se desprende de la lectura del artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, toda controversia surgida del contrato será resuelta por **conciliación y/o arbitraje ANTES** de la culminación del mismo, no existiendo, según esta regulación, plazo de caducidad alguno para promover el inicio de un proceso arbitral.

Asimismo, cabe indicar que conforme se establece en el artículo 42° de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 179° de su Reglamento, el contrato culmina con liquidación y pago del Contrato.

Pues bien, la excepción deducida, tal como ha sido explicado, se sustenta en el hecho que el Contratista no habría promovido el inicio del proceso arbitral dentro de los plazos previstos por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

A tales efectos, debe tenerse en cuenta lo señalado por el artículo 2004° del Código Civil que a la letra precisa:

Legalidad en plazos de caducidad

*Artículo 2004.- Los **plazos de caducidad** los fija la ley, sin admitir pacto contrario. (El énfasis es agregado).*

Entonces, conforme a lo señalado por el artículo 2004 del Código Civil, la caducidad se fija únicamente por ley, sin aceptar prueba en contrario, configurándose así una presunción *iuris et de iure* respecto de ésta institución jurídica.

Conforme lo expuesto, el Árbitro Único es de la opinión que el establecimiento de la institución de la caducidad dentro de cualquier norma de carácter especial debe respetar los elementos establecidos por el ordenamiento jurídico general, no siendo por tanto aplicable algún "*Plazo de Caducidad*" contemplado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (sea que al presente caso se aplique lo dispuesto por el artículo 165° o el artículo 199° de éste), por cuanto el mismo no tendría un sustento ni base pre-establecida en norma con rango de ley conforme a lo dispuesto por el Código Civil, no pudiendo establecerse por vía reglamentaria disposiciones que extingan derechos.

En este sentido, queda claro que todo plazo de caducidad aplicable deberá estar previsto en la Ley de Contrataciones del Estado; entonces tenemos que el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado ha previsto *-tal como ha sido explicado-* que toda controversia surgida del contrato será resuelta por conciliación y/o arbitraje ANTES de la culminación del mismo, precisándose que éste culmina con liquidación y pago del Contrato.

A efectos de este proceso, resulta claro entonces que nos encontramos ante un Contrato que aún no ha culminado toda vez que la liquidación del Contrato aún se encuentra sujeta a controversia en el presente proceso, con lo cual corresponde señalar que en el presente caso no ha operado a caducidad respecto al reclamo surgido por la penalidad por mora aplicado a la segunda valorización.

Lo dicho permite concluir que la posibilidad de iniciar el arbitraje, se extiende –según mandato expreso de la Ley de Contrataciones del Estado– hasta que la liquidación final de obra quede consentida y se proceda al pago resultante de la liquidación efectuada, lo que equivale a decir que de no encontrarse consentida la liquidación, el contrato no culmina y por ende, continúa abierta la posibilidad de promover el inicio de un proceso arbitral.

Sin perjuicio de ello, sólo con un afán ilustrativo, este Tribunal Unipersonal, asumiendo –*el supuesto negado*– que el plazo previsto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado estuviere regulado como uno de caducidad, estaríamos ante un caso de doble regulación de un mismo supuesto, pues, por un lado, la Ley establecería un plazo y, por otro lado, el Reglamento establecería otro plazo.

Sobre el particular, es de indicar que el Tribunal Constitucional refiere en la resolución que resuelve el caso signado como EXP. N° 6167-2005-PHC/TC, específicamente en el numeral 5 de los fundamentos de la citada STC, lo siguiente:

“5. El principio de unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional reconocido en el artículo 139°, inciso 1 de la Constitución, prescribe que: “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación”. En atención a ello, la Constitución ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad).” (El énfasis es agregado).

Según la cita antes mencionada, los árbitros están habilitados constitucionalmente para poder ejercer jurisdicción, es decir aplicar el derecho y juzgar como lo haría un juez del aparato estatal, igualmente, para preferir una norma de rango legal sobre otra de nivel inferior.

Cabe mencionar que en razón a lo anteriormente expuesto, el Tribunal Constitucional ha establecido que, en *“la 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”* TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ.” Sentencia recaída en el Exp. N° 0023-2003-AI/TC. Caso Jurisdicción Militar. (Fundamento 13).

Así pues, en función a los principios y funciones de la tutela jurisdiccional, los árbitros se encuentran obligados a dar cumplimiento a las normas constitucionales, así como a las normas con rango de ley respecto de las de menor rango, pudiendo por tanto aplicar el control difuso de las normas, tal como se desprende de la resolución del Tribunal Constitucional materia de análisis, en cuanto se señala que:

“Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo

previsto en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5º, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo."

(...)

El principio de interdicción de la arbitrariedad es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora; de allí que, si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales, en el marco vinculante del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139º de la Constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31º in fine de la Carta Fundamental⁹." (El énfasis es agregado).

*Para ello, todo Árbitro debe tener en cuenta el denominado principio **pro homine** y **pro libertatis**, en base al cual las disposiciones normativas deben ser entendidas de la manera más favorable a la persona humana; en consecuencia, deben ser interpretadas exclusivamente aquellas que favorecen a la persona humana y restrictivamente aquellas que introducen limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales. En otros términos, en el caso de*

⁹ Exp. N° 6167-2005-PHC/TC.

disposiciones susceptibles de recibir diferentes interpretaciones, se debe utilizar la interpretación conforme a la Constitución y, en consecuencia, más favorable al recurrente en el proceso a quo¹⁰.

En conclusión, a la luz del análisis realizado de lo actuado en el proceso y de las normas pertinentes y los argumentos expresados en este apartado, queda claramente establecido que el demandante ha actuado en función a sus derechos reconocidos tanto en la Ley de Contrataciones del Estado como en su Reglamento, dentro de los plazos establecidos por ley; con lo cual corresponde declarar INFUNDADA la excepción deducida.

II.II.II.- Segundo Punto Controvertido.

Determinar si corresponde o no, dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT, recibida por el Contratista el 20 de febrero del 2014, mediante la cual la Entidad formaliza la Liquidación de Obra, por contravenir al artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Posición del Demandante:

- Que, señala el demandante, mediante carta N° 030-2013/Consortio Sagitario, presentó su liquidación final de obra.

Que, por medio de la carta N° 076-2014/LGSA, recibida el 21 de enero del 2014, la Entidad remitió el informe técnico N° 195-2014-VIVIENDA-PNT-LACS, con las observaciones formuladas a la liquidación de obra; en las mismas, la Entidad no consigna detalles del procedimiento sobre

¹⁰ ROLLA, Giancarlo. *Juicio de Legitimidad Constitucional en Vía Incidental y Tutela de los Derechos Fundamentales*, en ID EST IUS Año II N° 2. Editorial ADRUS, Arequipa: Junio 2006. p. 25.

los cálculos económicos y financieros, que en esencia viene a ser una liquidación de obra.

- Que, asimismo, mediante carta N° 006-2014/Consortio Sagitario, el demandante, hizo saber al demandado, su pronunciamiento en relación a las observaciones formuladas a la liquidación de obra, indicando no acogerlas.
- Que, mediante Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT, el demandado pretende formalizar parte la liquidación de obra.
- Que, según el demandante, es evidente que el demandado pretende, con la emisión de la Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT, actuar al margen de la normativa vigente en contrataciones. En principio, el demandado observó la liquidación en el plazo de 57 días, siendo la fecha de este acto el 21 de enero de 2014; luego de ello, el 5 de febrero de 2014, presentamos nuestra posición de no acoger sus observaciones.
- Que, el demandado debió someter la controversia a conciliación o arbitraje tal como lo señala el quinto párrafo del artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, dentro de los quince (15) días que señala el artículo en mención, y no emitir la Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT, por lo que esta resolución deviene en improcedente y sin efecto.

Posición del Demandado:

- Que, según señala el demandado, conforme se ha podido apreciar de lo actuado, efectivamente, la liquidación de obra se encontraba con observaciones, y por tanto no se encontraba consentidas; es así que al existir un documento que manifestaba no estar de acuerdo con dichas observaciones, en consecuencia dicha controversia debe ser resuelta mediante el presente arbitraje.
- Que, el Programa Nacional Tambos se ratifica en la validez y eficacia de los cálculos contenidos en la Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT, de fecha 17 de febrero de 2014, aunque mediante informes técnicos N° 1331 y 1335-2014-VIVIENDA/PNT del 25 de abril y 25 de agosto de 2014, reconoce que incurrió en error respecto de los cálculos para determinar el monto correspondiente a los reajustes por formas polinómica, porque el verdadero saldo a favor del contratista por dicho concepto asciende a S/. 6,027 (seis mil veinte siete con 14/100 nuevos soles), a lo que habría que agregar S/. 350.00 por el exceso de penalidad retenida en la Valorización N° 2.

Posición del Árbitro Único:

Por un lado, el demandado no niega que haya incurrido en una falta al proceder con la liquidación de obra cuando aún habían observaciones formuladas y no consentidas dado que existe la Carta N° 006-2014/CONS.SAG., en la cual el demandante señala no estar de acuerdo con dichas observaciones.

Sin embargo, el demandado "confía" en que los cálculos contenidos en la Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT, de fecha 17 de febrero de 2014, son correctos.

Asimismo, asume dentro de su argumento que, mediante informes técnicos N° 1331 y 1335-VIVIENDA/PNT del 25 de abril y 25 de agosto de 2014, respectivamente, se ha reajustado el cálculo de la liquidación de obra toda vez que había incurrido en un error al momento del primer cálculo.

Por otro lado, el demandante afirma que la formalización de la liquidación realizada por el demandado, mediante Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT, de fecha 17 de febrero de 2014, contravendría lo estipulado en el artículo 211° del Reglamento de la ley de contrataciones del Estado.

En otros términos, el demandado pretende, mediante Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT, formalizar una liquidación cuando mediante Carta N° 006-2014/CONS.SAG, recibida por la Entidad el 5 de febrero del 2014, el demandante se pronuncia sobre las observaciones formuladas a la liquidación de obra, indicando no acogerlas.

Antes de revisar si el proceder de la Entidad es correcto o no, corresponde revisar qué se entiende por liquidación de obra y cuándo ésta queda consentida o, en su defecto, cuando se tiene que recurrir a un proceso de arbitraje o conciliación para que la misma sea validada.

En primer lugar, debe indicarse que la liquidación de un contrato de obra puede definirse como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico, que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad¹¹.

¹¹ OPINIÓN N° 101-2013/DTN.

Así, la liquidación de un contrato de obra debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra.

Adicionalmente, también pueden incorporarse otros conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes.

En esa medida, el acto de liquidación debe producirse una vez que los conceptos contractuales y normativos que la integran estén determinados, es decir, no se puede realizar la liquidación de un contrato de obra mientras existan prestaciones pendientes de ejecutar o controversias pendientes de resolver¹².

En definitiva, una vez realizada la recepción de la obra, procedimiento que se inicia cuando culmina la ejecución de la misma, corresponde iniciar el procedimiento de liquidación del contrato de obra, el mismo que puede definirse¹³ como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico, que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad¹⁴.

En ese tenor, el artículo 42 de la Ley de Contrataciones del Estado, señala respecto a la liquidación del contrato que:

¹² De conformidad con el último párrafo del artículo 211 del Reglamento.

¹³ SALINAS SEMINARIO, Miguel. *Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra*, Lima: Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2003, 2ª edición, pág. 44.

¹⁴ OPINIÓN N° 104-2013/DTN.

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

De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales".

En ese mismo sentido, el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece, respecto a los plazos y procedimiento que se tiene que seguir para presentar la liquidación de obra, lo siguiente:

"Artículo 211°.- Liquidación del Contrato de Obra

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

(...)

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

(...)

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

Como se puede apreciar de la lectura del artículo citado, el procedimiento y plazos a seguir en los casos acerca de liquidaciones de obra están claramente establecidos.

En el presente caso, podemos apreciar que el Contratista efectivamente cumplió, a través de la Carta N° 030-2013/LGSA, con notificar a la Entidad la liquidación de obra dentro del plazo establecido; la misma que con fecha 21 de enero de 2014, fue observada por la Entidad a través de la Carta N° 076-2014-VIVIENDA-PNT; frente a la cual, el contratista procedió a rechazarla, a través de la Carta N° 006-2014/CONS.SAG.; pues bien, de la lectura de autos se puede apreciar que las partes han actuado dentro de los plazos establecidos y conforme al derecho que los respalda¹⁵, con lo cual, a juicio de este Tribunal Unipersonal, el procedimiento ha sido seguido correctamente hasta antes de la emisión de la Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT conforme explicaremos en líneas siguientes; lo

¹⁵ Cabe resaltar que ninguna de las partes ha objetado, respecto a este apartado, el vencimiento de ningún plazo para la entrega, observación y no acogimiento de las observaciones planteadas.

señalado encuentra su sustento en el último párrafo del artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Nos explicamos, a través de la carta en mención la Entidad pretende *“formalizar administrativamente la Liquidación de Contrato de Obra correspondiente al Contrato N° 115-2012-VIVIENDA-OGA.UE.001”*; pues bien, tal acto contraviene lo establecido en el último párrafo del artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado toda vez que existiendo aún pendiente resolver la controversia respecto al desacuerdo que denota la existencia de la Carta N° 030-2013/LGSA, la Carta N° 076-2014-VIVIENDA-PNT y la Carta N° 006-2014/CONS.SAG., que correctamente forman parte del procedimiento *-controvertido-* de liquidación final del Contrato de Obra, las cuales han sido cursadas por las partes dentro de los plazos que establece la Ley, no se puede pretender *“formalizar”* liquidación alguna, más aún si ello se hace de manera extemporánea ya que al momento de emitirse la Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT se encontraban vencidos los plazos correspondientes al procedimiento de liquidación de obra; con lo cual al momento de emitirse la citada Resolución Directoral, la liquidación de obra aún se encontraba controvertida *-hecho que ha sido reconocido por la demandada en el punto 3 de la Absolución de la Primera Pretensión Principal de su contestación de demanda arbitral-*.

A la luz del análisis realizado de lo actuado en el proceso y de las normas pertinentes y los argumentos expresados queda claramente establecido que el demandante ha actuado en función a sus derechos reconocidos tanto en la Ley de Contrataciones del Estado como en su Reglamento y Modificatorias; por lo que corresponde declarar **FUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda arbitral interpuesta y declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT.

II.II.III.- Tercer Punto Controvertido.

Determinar si corresponde o no, declarar improcedente la aplicación de penalidad por mora y dejar sin efecto el Informe Técnico N° 530-2014-VIVIENDA/-PNT-LACS, de fecha 14 de febrero del 2014, mediante el cual se aplica la máxima penalidad por retraso en la ejecución de la obra, por carecer de sustento legal y como consecuencia de ello, se pague al Contratista el saldo pendiente por la valorización N° 02, ascendente a la suma de S/. 34,503.47 (Treinta y cuatro mil quinientos tres con 47/100 nuevos soles).

Posición del demandante.

- Que, señala el demandante que el 26 de octubre de 2012, mediante Carta N° 11117-2012-VIVIENDA/OGA, la Entidad notifica al contratista la aprobación del expediente técnico, es así que señala que a su entender el computo del plazo para la ejecución de la obra iniciaba el 27 de octubre del 2012, cumpliéndose el plazo para ejecutar la obra el 30 de noviembre de 2012.
- Que, según se afirma, en el cuaderno de obra, se señala que el retraso de obra se debe a causas ajenas al contratista toda vez que la misma se inició 30 de octubre de 2012, conforme consta en el asiento 17 del cuaderno de obra.
- Que, se señala que el residente informa que los trabajos se realizan con lentitud por causa del clima lluvioso, no permitiendo que la obra avance con normalidad, este hecho es anotado en los asientos 26, 29, 30 y 31, y es en el 34, del 11 de noviembre de 2012 que el residente señala que a causa de las lluvias los vehículos de carga no pueden ingresar a la obra, por lo

que en el asiento 41 del cuaderno de obra de fecha 16 de noviembre de 2012, el residente informa que el acceso a la obra se ha interrumpido definitivamente, por causas ajenas al contratista, siendo inaccesible por cualquier medio, por lo que la obra se paraliza hasta que se restablezcan los accesos y las condiciones hasta el 27 de enero del 2013.

- Que, según afirma el demandante, desde el reinicio de obra y, así consta en el cuaderno de obra, no existe ninguna anotación en la que se indique que el retraso o paralización es imputable al Contratista, y tampoco en ese periodo la demandada se pronunció bajo ningún medio, responsabilizando a la Contratista por la paralización de la obra, retraso de obra, incumplimiento de contrato, intervención económica o resolución de contrato, ya que era de su pleno conocimiento que la obra estaba paralizada por causas de índole fortuito y de fuerza mayor.
- Que, con fecha 27 de enero de 2013, se reinició la ejecución de obra, y así consta en el asiento 43 del cuaderno de obra, para concluirse el 9 de febrero de 2013, conforme consta en la anotación hecha en los asientos 59 y 60 del cuaderno de obra.
- Que, con Informe Técnico N° 04-2013/VIVIENDA-OGA-ACT, recibido por la Entidad el 15 de febrero de 2013, la supervisión comunica que la obra ha culminado y pide la conformación del comité para la recepción de la obra.
- Que, con fecha 20 de febrero del 2013, mediante Resolución Directoral N° 0107-A-2013-VIVIENDA-VMVU/PAHR, se conformó el comité de recepción de obra por parte de la Entidad. Luego, con fecha 07 de marzo de 2013, se llevó a cabo la recepción de la obra con las observaciones correspondientes.

- Que, con fecha 17 de abril del 2013, se recepcionó definitivamente la obra a conformidad de la Entidad, firmándose el acta de recepción de obra.
- Que, según se aprecia, con fecha 10 de marzo de 2014 el supervisor presenta a la Entidad, el informe N° 002-2012/VIVIENDA/VMVC/ACT/SO, en el mismo da cuenta que la obra estuvo paralizada en el periodo comprendido entre el 16 de noviembre de 2012 y el 26 de enero de 2013, por efectos de inaccesibilidad a la obra por interrupción de las trochas, debido a crecida de los ríos, derrumbes, deslizamientos y otros, por lo mismo en resguardo de la integridad de los trabajadores se generó tal paralización, no siendo tales hechos responsabilidad del Contratista.
- Que, la obra tuvo dos periodos efectivos de ejecución del 27/10/12 al 15/11/12 y del 27/01/13 al 09/02/13, el tiempo transcurrido entre periodo, es el tiempo que la obra estuvo paralizada por causas ajenas al contratista, por lo que cualquier penalidad por retraso injustificado deviene en improcedente, según afirma el demandante.
- Que, conforme el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se exige la concurrencia de dos requisitos necesarios para la aplicación de la penalidad por mora: 1) que exista el retraso en el plazo de ejecución y 2) adicionalmente, dicho retraso sea un retraso injustificado, entendido injustificado como imputable al Contratista.
- Que, según el demandante, no se puede penalizar a un proveedor por retrasos inexistentes, o, por retrasos que aun siendo ciertos y verificables, no le sean imputables, sino que obedezcan a hechos fortuitos o fuerza

mayor, de lo contrario perdería el elemento constitutivo que define la naturaleza de tal consecuencia pecuniaria.

- Que, afirma, no debe confundirse la figura de ampliación de plazo de la figura del atraso justificado. En la primera, no existe atraso alguno sino una extensión del plazo contractual original con el consiguiente reconocimiento de gastos generales; en el segundo escenario tal atraso existe y no genera gasto general alguno a favor del contratista y así como no existe imputabilidad de tal dilación, tampoco se le podrá imponer penalidad por mora por ese concepto.
- Que, el artículo 165° del reglamento establece de manera clara precisa que solo se podrá aplicar penalidad por mora en caso exista un retraso injustificado en la ejecución de las pretensiones objeto del contrato, caso contrario de existir un retraso justificado no resultará aplicable la penalidad por mora.
- Que, señalado el demandante que se ha demostrado y probado: 1) que la obra se ha ejecutado en el plazo efectivo de 356 días calendario, contemplando dos periodos; 2) que la paralización que tuvo la obra fue por causas fortuitas o fuerza mayor no atribuible al contratista, quedando plenamente establecido que el presunto retraso se encuentra plenamente justificado. Por lo que no cabe la aplicación de penalidad alguna, correspondiendo que la Entidad pague el íntegro de la valorización N° 2, que comprende el monto de S/. 34,503.47 (treinta y cuatro mil quinientos tres con 47/100 nuevos soles) aplicado como penalidad.

Posición del Demandado:

- Que, según el demandado en relación a esta pretensión, la misma se contradice pues la penalidad fue correctamente impuesta, tomando en consideración que el Contratista en ningún momento solicitó la ampliación de plazo conforme a lo señalado por el artículo 200° y siguientes del reglamento.
- Que, de conformidad con lo señalado en el artículo 200° del reglamento, el Contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por; i) atrasos y/o paralizaciones por casusa no atribuibles al contratista; ii) atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad; iii) caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado; iv) cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliara el plazo de las garantías que hubiere otorgado.
- Que, seguidamente el artículo 201° del reglamento de la ley de contrataciones del Estado señala que, para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el Contratista, o intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que as u criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitara, cuantificara y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra.
- Que, según señala, conforme al Reglamento, se ha previsto que la figura de la ampliación de plazo se aplique para atrasos y/o paralizaciones no

atribuibles al contratista o cuando se trata de caso fortuito o fuerza mayor.

- Que, se afirma que el Reglamento también estableció el procedimiento para solicitar esta ampliación de plazo a efectos de que el Contratista no se vea perjudicado con la imposición de penalidades por el retraso en la ejecución de la obra.
- Que, el demandante no solicitó la ampliación de plazo por el retraso o paralización en la ejecución de la obra conforme a lo establecido en el reglamento, circunstancia que se encuentra acreditada por el supervisor de la obra, el que en Asiento 44 del cuaderno de obra de fecha 27 de enero de 2012 señaló que no ha recibido ninguna solicitud de paralización o ampliación de plazo.
- Que, la aplicación de penalidad fue impuesta en el pago de la valorización N° 2, en la que en dicha oportunidad se descontó el monto correspondiente a dicha penalidad.
- Que, conforme al artículo 215° del reglamento, cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad prevista en los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 o, en su defecto, en el artículo 52° de la ley de contrataciones con el Estado.

Que, el Contratista contaba con un plazo de quince días hábiles para somete a arbitraje la imposición de la penalidad que le fuera aplicada en la valorización N° 2 desde que esta fuera abonada, en atención a que, tanto dicha valorización como la penalidad aplicada fueron superiores al cinco por ciento del monto del contrato, por lo que el plazo para

cuestionar su imposición caduco, quedando consentida la aplicación de dicha penalidad, por lo que no podría cuestionarse en el presente arbitraje.

- Que, el Informe Técnico N° 530-2014-VIVIENDA/PNT-LACS no puede declararse sin efecto porque el mismo solo contiene, respecto a esta pretensión, un informe sobre las penalidades que fueron aplicadas y que quedaron consentidas en su oportunidad, no existiendo posibilidad de modificar su imposición de forma alguna.

Posición del Árbitro Único.

De un extremo, el demandante sostiene que el retraso de obra no resulta imputable a él toda vez que el hecho que provocó el incumplimiento contractual obedeció a un caso fortuito y de fuerza mayor; asimismo, refiere que en el asiento 17 ha quedado claramente señalado que los trabajos se realizaron con lentitud por causa del clima lluvioso, lo cual no permitió que la obra avance con normalidad; habiendo sido esta situación reiteradamente registrada en los asientos 26, 29, 30 y 31; siendo en el asiento 34 donde el residente señala que debido a las lluvias, los vehículos de carga no pudieron ingresar a la obra, quedando varados por 5 días al querer atravesar el río Quinuash.

En ese sentido, recién en el asiento 41 del cuaderno de obra, de fecha 16 de noviembre de 2012, el residente informa que el acceso a la obra se ha visto definitivamente interrumpido, siendo inaccesible por cualquier medio. Es así que la obra se vio paralizada hasta que se restablezcan los accesos y las condiciones ajenas al Contratista obedeciendo a un caso fortuito y fuerza mayor.

Del mismo modo, refiere el demandante que durante el periodo de paralización, la Entidad no se pronunció bajo ningún medio responsabilizando al Contratista por la paralización de la obra, retraso de obra, incumplimiento de contrato, intervención económica o resolución de contrato, ya que era de su pleno conocimiento que la obra estaba paralizada por causas de índole fortuita y fuerza mayor.

Por otro lado, el demandado señala que en relación a esta pretensión, la misma debe desestimarse pues la penalidad fue correctamente impuesta, tomando en consideración que el contratista en ningún momento solicitó la ampliación de plazo conforme a lo señalado por el artículo 200° y siguientes del Reglamento; esto de conformidad con lo señalado en el artículo 200° del Reglamento, el Contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por; i) atrasos y/o paralizaciones por casusa no atribuibles al contratista; ii) atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad; iii) caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado; iv) cuando se aprueba la prestación adicional de obra.

Asimismo, afirma, que el Reglamento ha establecido el procedimiento para solicitar ampliación de plazo a efectos de que el Contratista no se vea perjudicado con la imposición de penalidades por el retraso en la ejecución de la obra. Siendo así, el demandante no solicito la ampliación de plazo por el retraso o paralización en la ejecución de la obra conforme a lo establecido en el Reglamento, circunstancia que se encuentra acreditada por el supervisor de la obra.

De lo expuesto por ambas partes y de la documentación revisada, nuestra posición versará, en este extremo, sobre tres puntos: i) si los hechos señalados por el demandante, respecto a los hechos que impidieron el cumplimiento de sus obligaciones, han sido debidamente acreditados; ii) si, a pesar de haber

incurrido en una situación de atraso por caso fortuito o fuerza mayor, era obligatorio el seguir el procedimiento establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para la ampliación de plazo; y, iii) si la penalidad es consecuencia natural en aquellos casos en los que no se sigue el procedimiento de ampliación de plazo y por lo tanto se incurre en retrasos.

Debemos comenzar señalando, que el Contratista alega a lo largo de su demanda arbitral haber sufrido los embates de la naturaleza al momento de cumplir con la ejecución de sus obligaciones contractuales. En ese sentido, refiere que tales hechos han quedado debidamente constatados en el cuaderno de obra, en los asientos 26, 29, 30, 31 y 34.

De la lectura de autos, se puede apreciar que el demandante ha presentado una serie de documentos que de manera indiciaria acreditan los hechos que, según aduce, impidieron el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, p.e. el informe N° 002-2012/VIVIENDA/VMVC/ACT/SO de fecha 10 de marzo de 2014, elaborado por el supervisor en el que se da cuenta que la obra estuvo paralizada en el periodo comprendido entre el 16 de noviembre de 2012 y el 26 de enero de 2013, por efectos de inaccesibilidad a la obra por interrupción de las trochas, debido a crecida de los ríos, derrumbes, deslizamientos y otros.

Asimismo, cabe señalar que, si bien no resulta ser una prueba concluyente, sino más bien otro indicio, se debe tener en cuenta que en ningún momento la causa invocada por el demandante, para no cumplir dentro de los plazos establecidos sus obligaciones contractuales, ha sido objetada por el demandado¹⁶.

¹⁶ Conforme al artículo 442 del Código Procesal Civil al contestar la demanda, el demandado debe "Reconocer o negar categóricamente la autenticidad de los documentos que se le atribuyen, o aceptar o

En ese sentido, este Tribunal Arbitral Unipersonal cumple con señalar que la acreditación probatoria de las alegaciones es la actividad necesaria que implica demostrar la certeza de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley. Así, la prueba recae sobre quien alega algo, ya que por principio probatorio se establece que quien alega debe probar la veracidad de aquello que afirma.

Como señala el profesor Raúl Canelo: *"Con la prueba se persigue la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley"*¹⁷.

Esto responde al denominado por la doctrina como Onus Probandi, (o carga de la prueba) que es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del Onus Probandi, radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que *"lo normal se presume, lo anormal se prueba"*.

Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo (affirmanti incumbit probatio); es por ello que a quien afirma, incumbe la prueba.

Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad.

negar, de igual manera, la recepción de documentos que se alega le fueron enviados. El silencio puede ser apreciado por el Juez como reconocimiento o aceptación de recepción de los documentos".

¹⁷ CANELO RABANAL, Raúl. Comentario al artículo 188 del Código Procesal Civil en Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas Tomo II. 1ra. Edición. Editorial Adrús, Arequipa, Junio 2010. p. 36.

En ese mismo sentido, la Corte Suprema se ha manifestado al respecto señalando que: *"El derecho a probar, tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento, sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes"*¹⁸.

Del mismo modo, ha señalado que:

*"La carga de la prueba constituye un medio de gravamen sobre quien alega un hecho, de manera que su incumplimiento determina la absolución de la contraria. Las pruebas deben ser estudiadas en sus elementos comunes, en sus conexiones directas o indirectas. Ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto, por cuanto que solo teniendo la visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad que es el fin del proceso"*¹⁹.

En igual sentido debemos tener presente el siguiente pronunciamiento de la Corte Suprema:

*"La carga de la prueba le corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando hechos nuevos, en ese sentido, para que se ampare la demanda el demandante debe acreditar sus preces, de no suceder así se declarara infundada"*²⁰.

¹⁸ CAS. N° 261-99-Ica, El Peruano, 31-08-1999, p. 3387

¹⁹ Exp.: 99-23263, 5ta Sala Civil de Lima, 06/12/01 (LEDESMA NARVAEZ, Marianella, Jurisprudencia Actual, Lima, 2005, T. 6 p. 461).

²⁰ CAS. N° 342-2002-Arequipa, publicada el 01-09-2003; Jurisprudencia Procesal Civil. Tomo II, 2003; p. 165.

Entonces, como se puede apreciar quien alega un hecho tiene que probarlo a fin de crear certeza sobre el juzgador; pues bien, en el presente caso el demandante ha logrado, a través de los diversos indicios²¹ presentados, generar lo que a nivel procesal se denomina una prueba indiciaria, la cual se entiende como la concordancia y convergencia de varios indicios contingentes que pueden elevar una determinada probabilidad al grado de certeza, siendo indispensable para ello que haya una conexión lógica clara y cierta respecto de cada indicio.

Pues bien, a juicio de este Tribunal Arbitral Unipersonal el caso fortuito y de fuerza mayor ha quedado acreditado a través de los distintos indicios aportados por el demandante, los cuales en su conjunto han permitido generar certeza en este colegiado respecto del hecho fortuito que alega el demandante.

En segundo lugar, hay que determinar si a pesar de haber incurrido en una situación de caso fortuita o fuerza mayor, era obligatorio el procedimiento establecido en el reglamento para la ampliación de plazo.

Conforme hemos señalado, ha quedado debidamente acreditado, a través de diversos indicios, los hechos que impidieron que el demandante cumpla con sus obligaciones contractuales; sin embargo, pasemos a ver si basta con acreditar el hecho fortuito para que se produzca la ausencia de responsabilidad en el Contratista o, por el contrario, para que se produzca la

²¹ Según el maestro colombiano Devis Echandia, el indicio es: "Un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos". Ver DEVIS ECHANDIA, Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial", Tomo II, Quinta Edición, Editorial Fidenter, Buenos Aires Argentina, 1981, página 601.

misma, y evitar así incurrir en mora, es necesario solicitar una ampliación de plazo.

En primer lugar, debe señalarse que el numeral 41.6 del artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado señala que:

“Artículo 41°.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones:

(...) 41.6 El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual”.

En esa misma línea, el artículo 200° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, precisa que:

“Artículo 200°.- Causales de ampliación de plazo:

De conformidad con el artículo 41° de la ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a la voluntad del contratista, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación:

(...)

2. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado”.

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado otorga al Contratista el derecho a solicitar la ampliación²² del plazo de ejecución de obra cuando se produzcan situaciones ajenas a su voluntad –principalmente, atrasos y/o paralizaciones– que afecten la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente, con la finalidad de extender el plazo de ejecución de obra y, de esta manera, reparar y equilibrar las condiciones inicialmente pactadas²³, evitando así que la conclusión de la obra sea extemporánea.

Como se puede observar entonces, para aquellos casos en los que el Contratista incurre en demora, por falta no imputable a él, este tiene que iniciar un procedimiento para solicitar la ampliación del plazo; caso contrario se incurriría, en un incumplimiento por atraso en la ejecución de la obra y por tanto en una causal pasible de ser castigada con una penalidad.

En efecto, en el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, el incumplimiento del contrato puede determinar la aplicación de penalidades al Contratista y/o la resolución del contrato.

Las penalidades que la Entidad puede aplicar al contratista son aquellas que se encuentran reguladas en los artículos 165° y 166° del Reglamento; estas son la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” y las “otras penalidades”.

En relación con la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, cabe señalar que el artículo 165 del Reglamento establece que “En caso de retraso

²² Según el diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, el verbo “ampliar”, en su primera acepción, significa “extender, dilatar”. <http://lema.rae.es/drae/?val=ampliar>.

²³ Debe precisarse que el otorgamiento de una ampliación del plazo, además de incrementar el plazo de ejecución de obra, genera, como efecto económico, el pago de los mayores gastos generales que se deriven de dicha ampliación, de conformidad con lo establecidos en el artículo 202 del Reglamento.

injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse."

Asimismo, el segundo párrafo del referido artículo 165° precisa que "En todos los casos, la penalidad por mora se aplicará automáticamente (...)"

De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la aplicación de una "penalidad por mora en la ejecución de la prestación" al contratista que, injustificadamente, se retrase en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

Ahora bien, el demandante arguye que la aplicación de la penalidad exige la concurrencia de dos requisitos necesarios: 1) que exista retraso en el plazo de ejecución; y, 2) que el retraso sea injustificado.

Sin embargo, el análisis y conclusión a las que arriba es erróneo toda vez que a pesar de haber causas fortuitas o fuerza mayor, las mismas no hacen que el Contratista esté exento de solicitar la ampliación de plazo para evitar las penalidades por retraso injustificado toda vez que será justamente en el pedido de ampliación donde se justificará el retraso.

En tal sentido, este Tribunal Arbitral Unipersonal llega a la conclusión que sí era de carácter obligatorio iniciar el procedimiento de ampliación de plazo para la ejecución de la obra; y esto no ocurrió.

Lo señalado se encuentra plenamente respaldado por la OPINIÓN N° 005-2014/DTN del OSCE la cual refiere lo siguiente:

"debe precisarse que el retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, será injustificado cuando no se haya solicitado la ampliación del plazo contractual o cuando habiéndose solicitado no haya sido aprobado por no verificarse ninguna de las causales previstas en el Reglamento: artículo 175 para el caso de bienes y servicios, y artículo 200 para el caso de obras".

En efecto, justamente por haber sucedido un hecho fortuito o de fuerza mayor, el plazo de ejecución se vio alterado, con lo cual había que iniciar un procedimiento para la ampliación del plazo en el cual se señalase qué hecho había cambiado la ruta crítica de la ejecución de la obra.

Cabe agregar, que el demandante no ha acreditado que posterior a la culminación del hecho fortuito, que impedía el acceso a donde se encontraba el cuaderno de obra, haya realizado las gestiones y diligencias necesarias para poder solicitar la ampliación de plazo conforme lo establece la Ley; con lo cual queda más que claro que no hubo durante o después del hecho fortuito ningún tipo de acto para solicitar la ampliación de plazo a fin de poder reajustar el calendario de ejecución de la obra, y evitar así las penalidades que la ley impone por retrasos injustificados.

En tercer lugar, hay que determinar si la penalidad es consecuencia natural en aquellos casos en los que no se sigue el procedimiento de ampliación de plazo y por lo tanto se incurre en retrasos.

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 165° del Reglamento, "*En todos los casos, la penalidad por mora se aplicará automáticamente (...)*", y se deducirá de "*(...) los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel*

cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.”, conforme al primer párrafo del referido artículo²⁴.

En esa medida, refiere el OSCE, en su Opinión N° 005-2014/DTN, que cuando el Contratista se retrasa injustificadamente en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, en principio, corresponde a la Entidad aplicarle la penalidad por mora; para tal efecto, debe deducir del pago a cuenta o pago final y/o liquidación final del contrato o de ser necesario del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta, el monto correspondiente a la penalidad por mora.

Entonces, a partir de lo señalado en los párrafos anteriores, se puede apreciar que la aplicación de la penalidad es una consecuencia lógica en aquellos casos en los que se incurre en retrasos injustificados²⁵, toda vez que para evitar tal sanción existe un mecanismo idóneo, como la ampliación de plazo, para que el Contratista pueda cumplir con la ejecución de la obra en el tiempo pactado.

En conclusión, este Tribunal Arbitral Unipersonal considera que la aplicación de la penalidad ha sido debidamente empleada toda vez que a pesar de haber existido causales de irresponsabilidad contractual estas no se presentaron en el procedimiento adecuado a fin de hacerlas valer como causales de ampliación de plazo para la ejecución de obra.

Sin embargo, es de precisar que al momento de hacer su defensa en el presente proceso arbitral, la Entidad, precisó que mediante informes técnicos

²⁴ OPINIÓN N° 005-2014/DTN.

²⁵ Cabe anotar que para efectos de la Contratación Pública, se entiende como atraso injustificado a todo aquel atraso que a pesar de sustentarse en una causa justificada (como ha ocurrido en el presente caso), no se encuentra respaldado por una ampliación de plazo debidamente aprobada.

Nº 1331 y 1335-2014-VIVIENDA/PNT del 25 de abril y 25 de agosto de 2014, se reconoce que incurrió en error respecto de los cálculos para determinar el monto correspondiente a la penalidad retenida, debido a que hubo un exceso de penalidad retenida en la Valorización Nº 2 ascendente a S/. 350.00.

En ese sentido, corresponde declarar **FUNDADA EN PARTE** la segunda pretensión principal del demandante; en consecuencia, corresponde ordenar que se restituya al Contratista la suma de S/. 350.00 correspondiente a la penalidad retenida en exceso por la Entidad como saldo pendiente por la valorización Nº 02.

II.II.IV.- Cuarto punto controvertido.

Determinar si corresponde o no, ordenar a la Entidad el pago del reajuste de obra por fórmula polinómica de acuerdo al expediente técnico y a los índices unificados de precios de la construcción aprobados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, ascendentes a la suma de S/. 6,495.29 (Seis Mil Cuatrocientos Noventa y Cinco con 29/100 Nuevos Soles) incluido IGV., en concordancia con el numeral 2 del artículo 49º del Reglamento y normas conexas.

Posición del Demandante:

- Que, con fecha 13 de julio de 2012, se realiza la entrega de terreno, debiendo el contratista presentar el expediente técnico, dentro de los 10 primeros días siguientes, conforme consta en el número 9.2. de la cláusula novena (plazos) del contrato.
- Que, con fecha 17 de septiembre de 2012 el Instituto Nacional de Estadística e Informática publica la Resolución Jefatural Nº 240-2012-

INEI, donde modifica el índice unificado de mano de obra (código 47) de los meses de junio, julio y agosto de 2012, de 448.25 a 470.79. en mérito a ello, la Entidad, en el informe técnico N° 195-2014-VIVIENDA-PNT-LACS, con motivo de las observaciones a la liquidación puede realizar los cálculos de reajuste utilizando los índices modificados, (la entidad erradamente hace referencia a la Resolución Jefatural N° 241-2012-INEI).

- Que, la Entidad no ha considerado lo señalado en el artículo 2° de la referida resolución, al respecto, los funcionarios del área técnica le advirtieron del error de interpretación que cometía en relación al contenido de la resolución, no obteniendo respuesta favorable por lo que con motivo de no acoger sus observaciones presentó la Carta N° 0006-2014/CONS.SAG.
- Que, de lo señalado se desprende que para la fijación de índice base, deberá utilizarse el que fuera aprobado por la resolución que inicialmente aprobó el índice de julio 2012 (resolución Jefatural N° 206-2012-inei del 18 de 08-2012) vale decir el valor de 448.20, para el código 47.
- Que, el jefe del INEI hizo llegar al demandante el oficio N° 057-2014-INEI/DTIE, adjuntando el informe N° 009-2014-INEI/DTIE, el cual respalda la posición del demandante.
- Que, señala el demandante que de la liquidación presentada se aprecia que los cálculos realizados y presentados son correctos, siendo el resultado del mismo S/. 6,495.29 (seis mil cuatrocientos noventa y cinco con 29/100 nuevos soles).

Posición del Demandado:

- Que, señala la Entidad que respecto a esta pretensión resulta necesario advertir que mediante el informe técnico N° 1331-2014-VIVIENDA/PNT, la unidad de infraestructura ha reconocido que efectivamente se efectuaron los cálculos de forma errada respecto a esta fórmula de reajuste, por lo que el monto correcto es el de S/. 6,027.14 (seis mil veintisiete y 14/100 nuevos soles) y no como señala el contratista, conforme a lo señalado en el informe N° 1335-2014-VIVIENDA-PNT-UI-JJRD.

Posición del Árbitro Único:

El demandante señala que la liquidación realizada por ellos se ajusta a los estándares y cálculos matemáticos establecidos por la formula polinómica de acuerdo al expediente técnico a los índices unificados de precios de la construcción aprobados por el instituto nacional de Estadística e Informática, conforme se aprecia en el Informe N° 009-2014-INEI/DTIE.

Mientras que el demandado, afirma que mediante Informe Técnico N° 1331-2014-VIVIENDA/PNT la unidad de infraestructura se ha reconocido que los cálculos realizados por ellos han sido errados.

Conforme al artículo 42° de la Ley de contrataciones del estado:

"Artículo 42°.- Culminación del contrato

Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los

plazos y requisitos señalados también en el Reglamento, debiendo aquella pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente.

De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales”.

Asimismo, el artículo 198° del Reglamento señala, respecto de los reajustes, que:

“En el caso de obras, dado que los índices unificados de precios de la construcción son publicados por el instituto nacional de estadística e informática-INEI con un me de atraso, los reajustes se calcularan en base al coeficiente de reajuste “K” conocido a ese momento.

Del mismo modo, el artículo 49° del reglamento de la ley, afirma que:

“Artículo 49°.- Fórmulas de reajuste:

En el caso de contratos de obras pactados en moneda nacional, las Bases establecerán las fórmulas de reajuste.

Las valorizaciones que se efectúen a precios originales del contrato y sus ampliaciones serán ajustadas multiplicándolas por el respectivo coeficiente de reajuste “K” que se obtenga de aplicar en la formula o formulas polinómicas, los índices unificados de precios de la Construcción que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI,

correspondiente al mes en que se debe ser pagada la valorización".

De lo revisado en autos y la aplicación de la normativa correspondiente, se puede apreciar que la autoridad competente para emitir una opinión respecto al modo de hacer los cálculos materia de controversia es el INEI.

En ese sentido, el demandado presenta el Informe Técnico N° 1331-2014-VIVIENDA/PNT de la unidad de infraestructura, en el cual se reconoce, además de otras cosas, la existencia de un error en la aplicación del cálculo de reajuste hecha la primera vez, precisando que luego de efectuadas las verificaciones y correcciones pertinentes, el verdadero saldo a favor del Contratista por dicho concepto asciende a S/. 6,027.00 (seis mil veinte siete con 14/100 nuevos soles).

Sin embargo, el demandante, apelando a la autoridad que reposa en el INEI, siendo ésta la autoridad encargada de emitir los valores a aplicar en los cálculos de reajuste, presenta el informe N° 009-2014-INEI/DTIE, el cual de manera categórica da la razón al demandante en tanto que afirma que el cálculo realizado por estos, utilizando el índice base aprobado por resolución Jefatural N° 206-2012-INEI, es el correcto.

Todo ello, permite al Árbitro Único, arribar a la conclusión de que, a la luz del análisis realizado de lo actuado en el proceso, de las normas pertinentes y los argumentos expresados en el apartado anterior queda claramente establecido que el demandante ha actuado en función a sus derechos reconocidos tanto en la Ley de Contrataciones del Estado como en su Reglamento y Modificatorias; con lo cual corresponde declarar **FUNDADA** su pretensión y en consecuencia, ordenar a la Entidad que pague al Contratista la suma de S/. 6,495.29 (Seis Mil Cuatrocientos Noventa y Cinco

con 29/100 Nuevos Soles) incluido IGV, correspondiente al pago del reajuste de obra por fórmula polinómica de acuerdo al expediente técnico y a los índices unificados de precios de la construcción aprobados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática.

II.II.V.- Quinto punto controvertido.

Determinar si corresponde o no, ordenar a la Entidad la aprobación de la liquidación de obra presentada por el contratista con Carta N° 030-2013/CONSORCIO SAGITARIO, con las modificaciones y ampliaciones consideradas en la Carta N° 006-2014/CONS. SAG. y las que deriven del presente proceso.

Posición del Demandante.

- Que, señala el demandante que con carta N° 030-2013/LGSA, comunica a la Entidad la liquidación de obra.
- Que, con carta N° 076-2014-VIVIENDA-PNT, la Entidad remite al demandante las observaciones formuladas a la liquidación de obra, contenidas en el Informe Técnico N° 195-2014-VIVIENDA-PNT-LACS.
- Que, mediante carta N° 006-2014/CONS.SAG. se remitió el respectivo pronunciamiento en relación a las observaciones formuladas por la Entidad a la liquidación de obra, indicando que no las acogerían.
- Que, según el demandante, bajo ningún amparo legal, la Entidad, debió descontar la presunta penalidad por retraso de obra, del pago de la valorización N° 2 y además debió realizar el cálculo correcto respecto del reajuste de obra por fórmula polinómica.

Posición del Demandado:

- Que, manifiestan que, conforme a la absolución de la segunda y tercera pretensión, la aplicación de la penalidad si fue impuesta correctamente y cálculo del reajuste de obra por fórmula polinómica fue corregido en forma correcta, la cual difiere de la realizada por el contratista.

Posición del Árbitro Único.

El demandante solicita que se ordene a la Entidad la aprobación de la liquidación de obra presentada por ellos, mediante carta N° 030-2013/Consorcio Sagitario y sus modificaciones presentadas mediante carta N° 006-2014/CONSORCIO SAGITARIO.

Mientras que el demandado afirma que la penalidad fue correctamente impuesta y que el cálculo del reajuste de obra pro formula polinómica ya fue corregido y es por lo tanto correcta.

A juicio de este Tribunal Arbitral Unipersonal y teniendo en consideración el análisis realizado respecto de los puntos controvertidos anteriores, en los cuales se ha arribado a la conclusión de que la penalidad aplicada al Contratista fue correcta con excepción de la penalidad retenida en exceso, cuya devolución está siendo ordenada; asimismo, respecto a que corresponde pagar los reajustes reclamados por el Contratista, debe declararse **INFUNDADA** la pretensión demandada, toda vez que ésta no encuentra coincidencia con el análisis efectuado por el Árbitro Único en el presente laudo arbitral.

II.II.VI.- Sexto Punto Controvertido.

Determinar si corresponde o no, ordenar a la Entidad asumir el pago a favor del Contratista, por resarcimiento de daños y perjuicios de acuerdo al penúltimo párrafo del artículo 184° del Reglamento, el monto de S/. 1,035.10 (Mil treinta y cinco con 10/100 nuevos soles), por 6 días de retraso en el entrega de terreno.

Posición del Demandante:

- Que, con fecha 22 de junio de 2012, se suscribió el contrato N° 115-2012-VIVIENDA/OGA.UE.001 de la adjudicación directa selectiva N° 033-2012-VIVIENDA - OGA - UE.001-ITEM 02, "Elaboración de expediente técnico, ejecución de obra y equipamiento del centro de servicios de apoyo al hábitat rural en el caserío de Lauricocha. CC de Lauricocha - distrito de san miguel de cauri - provincia de Lauricocha - departamento de Huánuco".
- Que, el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la Entidad tenía 15 días como máximo, para que se cumpla entre otros la entrega del terreno, y así iniciarse el plazo de ejecución de la prestación, esto se condice con el numeral 9.1. de la Cláusula Novena del Contrato; en esa medida el demandando tenía como fecha límite el 7 de julio de 2012 para entregar el terreno, sin embargo, ello recién ocurrió el 13 de julio de 2012, y así consta en el acta de entrega de terreno.
- Que, de lo expresado el retraso de entrega de terreno fue de 6 días calendario, por lo que solicitan se les pague por resarcimiento de daños y perjuicios la suma de S/ 1,035.10 (mil treinta y cinco con 10/100 nuevos soles).

Posición del demandado.

- Que, según afirma el demandado, de conformidad con lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los incisos precedentes por causas imputables a esta, en los quince (15) días siguientes al vencimiento del plazo previsto anteriormente el Contratista tendrá derecho al resarcimiento de daños y perjuicios debidamente acreditados, hasta por un monto equivalente al cinco por ciento del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por ciento. Vencido el plazo indicado el contratista podrá además solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la entidad.
- Que, uno de los presupuesto para una indemnización por daños y perjuicios es que estos se encuentren debidamente acreditados, conforme a lo señalado en el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
- Que, según señala el demandado, el Contratista sólo estaría acreditado para solicitar una indemnización si cumple con probar el daño y en qué forma esta se produjo.
- Que, el Contratista no ha probado los daños que pretende sea indemnizado; esto no ha sido acreditado en ningún momento ni en la liquidación de obra propuesta, ni en su carta N° 006-2014/CONS.SAG.
- Que, el Contratista no ha sustentado o valorado, ni mucho menos probado esta afirmación, por lo que esta pretensión debe ser declarada infundada en su oportunidad.

Posición del Árbitro Único.

Conforme a lo establecido en el artículo 184° del Reglamento de la Ley, si la Entidad no cumple con sus obligaciones, el Contratista podrá iniciar el procedimiento de resolución del contrato dentro del plazo de 15 días; del mismo modo, en el mismo plazo tendrá derecho a solicitar resarcimiento de daños y perjuicios según lo previsto por la norma antes indicada, cuyo texto –último párrafo- sanciona:

“Asimismo, si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los incisos precedentes por causas imputables a ésta, en los quince (15) días siguientes al vencimiento del plazo previsto anteriormente, el contratista tendrá derecho al resarcimiento de daños y perjuicios debidamente acreditados, hasta por un monto equivalente al 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). Vencido el plazo indicado, el contratista podrá además solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la Entidad.”.

De la lectura de la norma acotada, queda claro que cuando se produce un atraso en la entrega del terreno, el Contratista tendrá derecho a percibir un resarcimiento por dicho atraso por un monto equivalente al cinco por diez mil (5/10000) del monto del contrato por día.

En ese sentido, resulta que en el presente caso, ambas partes han coincidido en la demora en la entrega del terreno, cuyo atraso ascendió a seis (06) días, verificándose que el Contratista sustenta su posición en lo dispuesto por el artículo 184° antes aludido, mientras que la Entidad sustenta su posición en

el hecho que los daños que el Contratista alega haber sufrido no estarían debidamente acreditados.

La cuestión a dilucidar es si el artículo 184° exige que para que proceda el pago del resarcimiento que dicha norma prescribe, resulta necesaria la acreditación del daño sufrido. Al respecto, es de señalar que el resarcimiento al que alude el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado constituye un supuesto típico de responsabilidad objetiva, que hace las veces de una penalidad prevista normativamente para que le sea aplicada a la Entidad mediante la aplicación de la fórmula que para tal fin establece la propia norma; por tanto, no es correcto lo que afirma la Entidad cuando pretende que los daños y perjuicios a que alude la norma requieran ser probados.

En ese sentido, habiéndose determinado la procedencia del derecho indemnizatorio que se reclama, debe establecerse el *quantum* indemnizatorio, conforme a lo que prescribe la norma aplicable.

- Fecha de firma del contrato: 22 de junio de 2012.
- Fecha máxima para entrega del terreno: 07 de julio de 2012 (plazo de entrega 15 días calendario).
- Fecha real de entrega de terreno: 13 de julio de 2012.
- Total de días afectos a resarcimiento: 06 días calendario.

En ese sentido, advirtiéndose la existencia de un retraso en la entrega del terreno, éste tendría que ser resarcido conforme lo expresa la norma; así, tendríamos que afectando el monto total del contrato a la fórmula prevista por la norma con los topes indicados por ella misma, la Entidad tendría que pagar al Contratista por este concepto la suma de S/. 1,035.10 más IGV.

En conclusión, a la luz del análisis realizado de lo actuado en el proceso y de las normas pertinentes, queda claramente establecido que asiste al Contratista el derecho a reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios conforme a la prescripción normativa; con lo cual corresponde declarar FUNDADA la quinta pretensión principal del demandante.

II.II.VII.- Séptimo Punto Controvertido (Reconvencción).

Determinar si corresponde o no, aprobar la Liquidación del Contrato N° 115-2012-VIVIENDA/OGA.UE.001 según los términos contenidos en la Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT de fecha 17 de febrero del 2014, con las modificaciones expuestas en los Informes Técnicos N° 1331 y 1335-2014-VIVIENDA/PNT del 25 de abril y 25 de agosto de 2014, respectivamente, lo que determina un monto final de la obra en S/. 351,061.86, con un saldo a favor del contratista de S/. 6,377.14 incluido IGV (del nuevo monto calculado por la entidad, S/. 6,027.14 que corresponde a reajustes y S/. 350.00 por el exceso de penalidad retenida en la valorización N° 02).

Posición del reconviniente.

Que, señala el reconviniente, que el Programa Nacional Tambos se ratifica en la liquidación de obra aprobada por resolución directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT de fecha 17 de febrero de 2014.

Que, mediante informes técnicos N° 1331 y 1335-2014-VIVIENDA/PNT del 25 de abril y 25 de agosto de 2014, reconoce que incurrió en error respecto de los cálculos para determinar el monto correspondiente a los reajustes por formas polinómicas, por lo que el verdadero saldo a favor

del Contratista por dicho concepto asciende a S/. 6,027.14 (Seis Mil Veintisiete con 14/100 Nuevos Soles) a lo que habría que agregar S/. 3,650.00 por el exceso de penalidad retenida en la valorización N° 2.

- Que, la liquidación del contrato N° 115-2012-VIVIENDA/OGA.UE.001 para la "elaboración de expediente técnico, ejecución de obra y equipamiento del centro de servicios de apoyo al hábitat rural en el caserío de Lauricocha. CC de Lauricocha - distrito de san miguel de cauri - provincia de Lauricocha - departamento de Huánuco" debe aprobarse en los términos expuestos en la pretensión principal de la reconvención.

Posición del reconvenido.

- Que, señala el reconvenido que el reconviniente reconoce en la contestación de su demanda en el numeral 3 de la absolución de la primera pretensión principal, que efectivamente la liquidación de obra con observaciones no se encontraba consentida siendo que existía la carta N°006-2014/CONS.SAG documento que manifestaba no estar de acuerdo con dichas observaciones, por lo mismo la Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT, desde ya devienen en nula no existiendo fundamento para la pretensión principal formulada con motivo de la reconvención.

- Que, en los fundamentos de hecho y derecho de la reconvención, el demandante se ratifica en la liquidación de obra aprobada por Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT; en relación a ello, el demandado no puede ratificarse en un documento que no tiene efecto legal, ya que el mismo devenía en improcedente, además la misma aprobó una liquidación que al margen de la improcedencia en aplicar el

artículo 165 del reglamento de la ley de contrataciones del Estado, contenía cálculos erróneos respecto al reajuste y otros, los mismos son reconocidos por la propia entidad en los informes técnicos N° 1331 y 1335-2014-VIVIENDA/PNT del 25 de abril y 25 de agosto de 2014.

- Que, señala el reconvenido, que la Entidad en todo momento ha actuado sin observar la normativa y en perjuicio nuestro, por un lado pretenden incluso en esta instancia validar una resolución que deviene en nula, la misma que aprobaba una liquidación con errores evidentes los mismos que no admitieron reconocer pese a haberles conminado a corregirlos, sino hasta que el INEI se pronunciara con oficio N° 057-2014-INEI/DTIEA con motivo de haberles cursado la carta N° 010-2014/CONS.SAG. el oficio señalado pusimos en conocimiento de la entidad con carta N° 011-2014/CONS.SAG.

Que, sin las gestiones de parte nuestra ante el INEI, respecto al índice base (código 47) para los meses de junio, julio y agosto del 2012, la entidad hasta la fecha hubiera mantenido su errónea posición en el resultado del cálculo de reajuste por formula polinómica, perjudicándonos en gran medida tanto en el monto de reajuste como en los gastos ocasionados en las gestiones ante el INEI (lima) entendiendo que nuestro centro de trabajo se ubica en provincia, por esta y demás arbitrariedades cometidas por la entidad, declarar infundada esta pretensión.

Que, la entidad admitiera que ha actuado al margen de la normativa en contrataciones, reconociendo el error en el cálculo de reajuste (Informe Técnico N° 1331-2014-VIVIENDA/PNT) y otros, el monto en controversia se limita a que la entidad cancele el pago faltante por ejecución de obra, vale decir S/. 34,503.47, S/. 468.15 por la diferencia

entre el cálculo de reajuste realizado por la entidad y el realizado por el reconvenido y finalmente el monto de S/1,035.10 por resarcimiento de daños y perjuicios, contemplado en el artículo 184° del reglamento, el cual será acreditado sobremanera en el proceso.

- Que, señala el reconvenido que la entidad ha trasgredido la normativa en contrataciones, la no haber entregado el expediente técnico de obra completo y aprobado, lo cual ha conllevado a tener posiciones encontradas respecto a su contenido, en esa medida la entidad probablemente maneje en todo o en parte un expediente técnico presentado preliminarmente, el mismo que ha sido corregido en más de una oportunidad con motivo de levantar las observaciones al expediente técnico, por lo mismo, es con la estructura de formula polinómica de instalaciones eléctricas presentado al final, monto que difiere en S/. 468.15 con el cálculo realizado a la fecha por la entidad.

Posición del Árbitro Único:

En relación a este punto controvertido, debe tenerse en cuenta las conclusiones arribadas por el Árbitro Único al analizar el segundo punto controvertido, en el cual se ha concluido que la Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT carece de efecto legal, debido a que a través de la Carta N° 030-2013/LGSA, el Contratista notificó a la Entidad la liquidación de obra dentro del plazo establecido en la normativa de Contrataciones del Estado aplicable al presente caso, la misma que con fecha 21 de enero de 2014, fue observada por la Entidad a través de la Carta N° 076-2014-VIVIENDA-PNT; frente a la cual, el Contratista procedió a rechazarla, a través de la Carta N° 006-2014/CONS.SAG., con lo cual, se aprecia que las partes dieron cumplimiento al procedimiento *-dentro de los plazos establecidos-* que para tal fin prevé la norma, con lo cual, a juicio de este

Tribunal Unipersonal, el procedimiento de liquidación de obra fue seguido correctamente hasta antes de la emisión de la Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT con la que la Entidad pretende “*formalizar administrativamente la Liquidación de Contrato de Obra correspondiente al Contrato N° 115-2012-VIVIENDA-OGA.UE.001*”; pues tal acto contraviene lo establecido en el último párrafo del artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, dado que existiendo aún pendiente resolver la controversia respecto al desacuerdo que denota la existencia de la Carta N° 030-2013/LGSA, la Carta N° 076-2014-VIVIENDA-PNT y la Carta N° 006-2014/CONS.SAG., que correctamente forman parte del procedimiento - *controvertido*- de liquidación final del Contrato de Obra, las cuales han sido cursadas por las partes dentro de los plazos que establece la Ley, no se podía pretender “formalizar” liquidación alguna, más aún si ello se hacía de manera extemporánea ya que al momento de emitirse la Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT se encontraban vencidos los plazos correspondientes al procedimiento de liquidación de obra; con lo cual al momento de emitirse la citada Resolución Directoral, la liquidación de obra aún se encontraba controvertida.

Asimismo, debe acotarse que tanto la Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT de fecha 17 de febrero del 2014, como los Informes Técnicos N° 1331 y 1335-2014-VIVIENDA/PNT del 25 de abril y 25 de agosto de 2014, no contemplan los alcances de lo resuelto por el Árbitro Único respecto de los demás puntos controvertidos que han sido materia de análisis en el presente laudo arbitral.

En ese sentido, corresponde declarar **INFUNDADA** la reconvencción propuesta por la Entidad.

II.II.VIII.- Punto controvertido común:

Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los costos que irroque la tramitación del presente proceso arbitral.

Posición del Demandante:

- Que, señala el demandante que la Entidad por el derecho que le asiste y su posición ventajosa, ha pretendido con la Resolución N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT, cerrar y finiquitar el contrato, pese a que sabía que su situación no se ajustaba a derecho y tampoco se habría procedido de buena fe, por lo mismo el llegar a esta instancia se ha generado por su responsabilidad y poca voluntad de reconocer su inobservancia a la normativa en la materia.
- Que, asegura el demandante que en ciertos documentos ha hecho saber a la Entidad, que sus decisiones se oponían a la normativa de contrataciones; por ejemplo, mediante carta N° 030-203/LGSA, recibida por la entidad el 25 de noviembre del 2013, presentamos nuestra liquidación final de obra, la misma que fue elaborada observando la Ley y su Reglamento; asimismo, mediante carta N° 006-2014/CONS.SAG., recibida el 5 de febrero del 2014, comunicó a la Entidad, su pronunciamiento de no acoger sus observaciones, indicando que las mismas no tienen el amparo arbitral.

Posición del Demandante:

- Que, señala el demandante que esta pretensión se encuentra sujeto a la eventualidad de que la demanda arbitral resulte amparada, por lo que tendría la condición de una pretensión accesorio.

- Que, queda claro que las pretensiones presentadas por la Contratista carecen de asidero.

Posición del Árbitro Único.

El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal 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, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente caso de la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las partes no convinieron nada en relación a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que la distribución de los mismos sea determinada por el Tribunal Arbitral Unipersonal de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral Unipersonal, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes que han demostrado mediante sus declaraciones contenidas en los diversos actuados que obran en el expediente arbitral; y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, no corresponde condenar a una u otra a asumir el pago total de los gastos arbitrales; entonces, ante tal

consideración corresponde establecer en qué proporción deberán ser asumidos los gastos arbitrales por las partes.

Sobre ello, el numeral 56) del Acta de Instalación del Árbitro Único prescribe que: *"Los honorarios definitivos del árbitro único y de la secretaría arbitral se fijarán en el laudo arbitral mediante la suma de los anticipos determinados durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales, teniendo en cuenta la estimación pecuniaria de las pretensiones formuladas por las partes, la complejidad de la materia controvertida, el desarrollo de las actuaciones arbitrales y la tabla de gastos arbitrales del OSCE."*; asimismo, el numeral 55) del Acta de Instalación del Árbitro Único prevé que el Árbitro Único pueda establecer liquidaciones separadas considerando los actos postulatorios y pretensiones reclamadas en el proceso arbitral por cada una de las partes; ello en concordancia con lo dispuesto por el artículo 73° inciso 1) del Decreto Legislativo N° 1071.

En ese sentido, el Árbitro Único concluye en disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje generados por sus respectivas pretensiones planteadas; es decir, que el Contratista deberá asumir el pago de los gastos arbitrales correspondientes a la demanda arbitral (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral Unipersonal y de la Secretaría Arbitral) y la Entidad deberá asumir los gastos arbitrales correspondientes a la Reconvención; asimismo, cada una de ellas deberá asumir en forma independiente los demás costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Árbitro Único en Derecho, **RESUELVE:**

PRIMERO.- DECLÁRESE INFUNDADA la excepción de caducidad planteada por el demandado respecto de la Segunda Pretensión Principal de la demanda Arbitral consistente en que se declare improcedente la aplicación de penalidad por mora y dejar sin efecto el Informe Técnico N° 530-2014-VIVIENDA/-PNT-LACS, de fecha 14 de febrero del 2014, mediante el cual se aplica la máxima penalidad por retraso en la ejecución de la obra.

SEGUNDO.- DECLÁRESE FUNDADO el segundo punto controvertido derivado de la primera pretensión principal de la demanda interpuesta por el Consorcio Sagitario; en consecuencia, **SE DECLARA LA NULIDAD** de la Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT, recibida por el Contratista el 20 de febrero del 2014, mediante la cual la Entidad formaliza la Liquidación de Obra, por contravenir lo dispuesto por el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

TERCERO.- DECLÁRESE FUNDADO EN PARTE el tercer punto controvertido derivado de la segunda pretensión principal de la demanda interpuesta por el Consorcio Sagitario; en consecuencia, **SE ORDENA** que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento restituya al Consorcio Sagitario únicamente la suma de S/. 350.00 correspondiente a la penalidad retenida en exceso, como saldo pendiente por la valorización N° 02.

CUARTO.- DECLÁRESE FUNDADO el cuarto punto controvertido derivado de la tercera pretensión principal de la demanda interpuesta por el Consorcio Sagitario; en consecuencia, **SE ORDENA** que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento pague al Consorcio Sagitario la suma de S/. 6,495.29 (Seis Mil Cuatrocientos Noventa y Cinco con 29/100 Nuevos Soles) inc. IGV, correspondiente al reajuste de obra por aplicación de fórmula polinómica de acuerdo al expediente técnico y a los índices unificados de

precios de la construcción aprobados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática.

QUINTO.- DECLÁRESE INFUNDADO el quinto punto controvertido derivado de la cuarta pretensión principal de la demanda interpuesta por el Consorcio Sagitario; en consecuencia, no corresponde aprobar la liquidación final del Contrato de Obra presentada por el Consorcio Sagitario mediante Carta N° 030-2013/CONSORCIO SAGITARIO, con las modificaciones y ampliaciones consideradas en la Carta N° 006-2014/CONS. SAG.

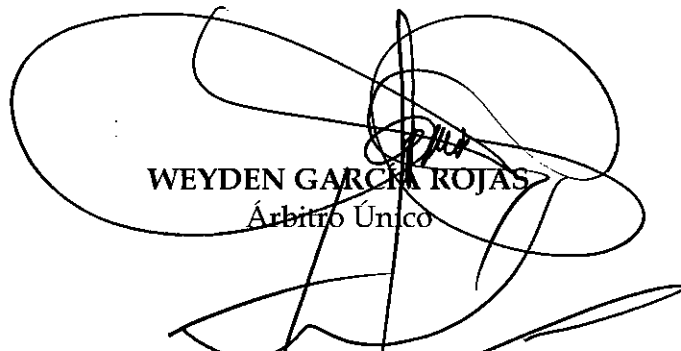
SEXTO.- DECLÁRESE FUNDADO el sexto punto controvertido derivado de la quinta pretensión principal de la demanda interpuesta por el Consorcio Sagitario; en consecuencia, **SE ORDENA** que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento pague al Consorcio Sagitario la suma de S/. 1,035.10 (Mil Treinta y Cinco con 10/100 Nuevos Soles), por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios por demora de 06 días en la entrega de terreno, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

SEPTIMO.- DECLARESE INFUNDADO el séptimo punto controvertido derivado de la pretensión principal de la reconvención interpuesta por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento; en consecuencia, no corresponde aprobar la Liquidación del Contrato N° 115-2012-VIVIENDA/OGA.UE.001 según los términos contenidos en la Resolución Directoral N° 065-2014-VIVIENDA-VMVU/PNT de fecha 17 de febrero del 2014, con las modificaciones expuestas en los Informes Técnicos N° 1331 y 1335-2014-VIVIENDA/PNT del 25 de abril y 25 de agosto de 2014, respectivamente.

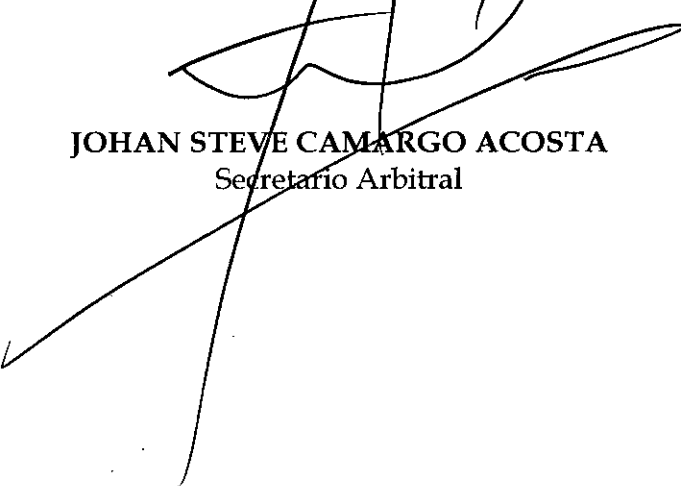
OCTAVO.- DISPÓNGASE en relación a los gastos arbitrales que el Consorcio Sagitario asuma el pago de los gastos arbitrales correspondientes a la demanda arbitral (honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral) y que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento asuma los gastos arbitrales correspondientes a la Reconvención (honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral); asimismo, dispóngase que cada una de ellas asuma en forma independiente los demás costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

NOVENO.- REMÍTASE un ejemplar del presente laudo arbitral a la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

Notifíquese a las partes.



WEYDEN GARCÍA ROJAS
Árbitro Único



JOHAN STEVE CAMARGO ACOSTA
Secretario Arbitral