

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO POR EL ÁRBITRO ÚNICO, HORACIO CÁNEPA TORRE, EN EL ARBITRAJE AD – HOC SEGUIDO POR EL CONSORCIO BRACAMOROS CON EL PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED – DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN

RESOLUCIÓN N° 23

Lima, 04 de mayo de 2016

VISTOS:

I. DE LAS PARTES

- Demandante: CONSORCIO BRACAMOROS (en adelante, el CONSORCIO o el DEMANDANTE).
- Demandado: EL PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – PRONIED - DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN (en adelante, el PRONIED, el MINEDU o el DEMANDADO).

II. DEL ÁRBITRO ÚNICO

- HORACIO CÁNEPA TORRE.

III. DE LOS ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA

Con fecha 17 de julio de 2015, en la sede institucional del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), el Árbitro Único con la participación de las partes, suscribieron el Acta de Instalación relacionada con la controversia suscitada entre ellas vinculada al Contrato de Ejecución de Obra N° 002-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED para la ejecución de la Obra "Adecuación, mejoramiento y sustitución de la infraestructura educativa de la IE Jaén de Bracamoros, Jaén – Jaén" (en adelante el CONTRATO); declarándose abierto el proceso arbitral y otorgándose al DEMANDANTE el plazo de quince (15) días hábiles a fin de que presente su demanda y ofrezca los medios probatorios que sustente su posición.

IV. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

1. SOBRE EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

En la Cláusula Décimo Octava del CONTRATO, se estipuló lo siguiente:

SEDE DEL ARBITRAJE: AV. RICARDO PALMA N° 341 – OF N° 705 – EDIFICIO PLATINO – MIRAFLORES – DEPARTAMENTO Y PROVINCIA DE LIMA

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

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

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

2. SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR

EL CONSORCIO, con escrito N° 1 de fecha 12 de octubre de 2015 solicitó al Árbitro Único dicte una medida cautelar de no innovar, a fin que EL MINEDU; se abstenga de ejecutar las CARTAS FIANZAS de Fiel Cumplimiento, FIANZA N° 7101410101294-000, de Fiel Cumplimiento de Adicional de Obra 1 FIANZA N° 7101510100689-000, de Adelanto Directo FIANZA N° 7101410101275-004, de Adelanto de Materiales 1 FIANZA N° 7101410101402-003, de Adelanto de Materiales 2 FIANZA N° 7101510100351-002 emitidas por MAPFRE PERÚ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

Con Resolución N°1 (cautelar) de fecha 13 de octubre de 2015, se tuvo por presentada la medida cautelar y, resolviéndola en *inaudita pars*, se otorgó la misma. No conforme con esta decisión, EL PRONIED, con su escrito S/N° de fecha 21 de octubre de 2015, interpuso Recurso de Reconsideración, ampliado con su escrito S/N° de fecha 30 de octubre de 2015.

Resolviendo el medio impugnatorio el Árbitro Único dictó la Resolución N° 4 (Cautelar) de fecha 17 de noviembre de 2015, en su segundo extremo resolutive, **FUNDADO EN PARTE** el recurso de Reconsideración interpuesto por EL PRONIED contra la Resolución N° 1 (cautelar).

Con el quinto punto resolutive de la Resolución N° 4 (Cautelar) el Árbitro Único precisó el tenor del segundo extremo resolutive de la Resolución N° 1 (cautelar), en los términos siguientes:

"SEGUNDO: OTÓRGUESE LA MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR consistente en que el PRONIED - MINEDU no ejecute las Cartas Fianzas de FIEL CUMPLIMIENTO N° 7101410101294-000, de FIEL CUMPLIMIENTO DE ADICIONALN DE OBRA 1 FIANZA N° 7101510100689-000, de ADELANTO DIRECTO FIANZA N° 7101410101275-004 y de ADELANTO DE MATERIALES 2 FIANZA N° 7101510100351-002; por los fundamentos expuestos en la presente resolución."

3. DE LA DEMANDA ARBITRAL

3.1 EL CONSORCIO presentó su demanda arbitral con escrito N 1° del 11 de agosto de 2015, formulando cinco (05) pretensiones arbitrales principales y dos (2) pretensiones arbitrales subordinadas a la primera pretensión arbitral, con el tenor siguientes:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se apruebe el adicional de obra equivalente a S/. 237,294.08. (Doscientos Treinta y Siete Mil Doscientos Noventa y Cuatro y 08/100 Nuevos Soles)

PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: que se reconozca en favor de mi representada los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución contractual que asciende a una suma de S/. 237,294.08 (Doscientos Treinta y Siete Mil Doscientos Noventa y Cuatro y 08/100 Nuevos Soles).

SEGUNDA PRETENSION SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: Que el árbitro único frente a las deficiencias del expediente técnico que fueron advertidas recién en la etapa de ejecución contractual determine la deducción de esta partida y como consecuencia de ello la inexigibilidad al contratista de ejecutar dichos trabajos.

SEGUNDA PRETENSÓN PRINCIPAL: Que, de aprobarse la primera pretensión principal o la primera subordinada a la primera pretensión principal el árbitro disponga que la entidad otorgue el plazo necesario para ejecutar la partida.

TERCERA PRETENSÓN PRINCIPAL: Que se apruebe la ampliación de plazo N° 03 por 119 días calendarios por atrasos o paralizaciones no atribuibles al contratista y como consecuencia de ello se modifique el plazo de ejecución contractual y se pague los correspondientes gastos generales ascendentes a S/. 727,031.77. (Setecientos Veintisiete Mil Treinta y Uno y 77/100 Nuevos Soles).

CUARTA PRETENSÓN PRINCIPAL: Que, la entidad reconozca a favor de mi representada los sobrecostos vinculados a diversos bienes contemplados en el expediente técnico ascendiente a la suma de S/. 825,460.86 (Ochocientos Veinticinco Mil Cuatrocientos Sesenta y 86/100 Nuevos Soles) y se apruebe una modificación de la fórmula polinómica para los reajustes correspondientes.

QUINTA PRETENSÓN PRINCIPAL: Que, la entidad cubra con las costas y costos del presente proceso, por los fundamentos de hecho y derecho que pasamos a exponer".

3.2. Es de señalar que por medio de la Resolución N° 2 (Principal) de fecha 12 de agosto de 2015, el colegiado tuvo por presentada oportunamente la demanda arbitral y corrió traslado de la misma al PRONIED para que en el plazo de quince (15) días hábiles, cumpla con contestarla.

4. **DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES ARBITRALES POR PARTE DEL CONSORCIO**

4.1 Con escrito N° 2 de fecha 05 de octubre de 2015, EL CONSORCIO solicitó la acumulación de nuevas pretensiones arbitrales. Asimismo solicitó la suspensión del desarrollo de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos fijada por el Árbitro Único el lunes 19 de octubre de 2015.

4.2. Mediante la Resolución N° 6 (Principal) de 06 de octubre de 2015, se declaró PROCEDENTE el pedido de acumulación de una nueva pretensión arbitral formulada por el CONSORCIO, concediéndole un plazo de quince (15) días hábiles, para que formule su pretensión o pretensiones arbitrales y ofrezca los medios probatorios que la sustente. Asimismo, se declaró sin objeto la suspensión de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.

4.3. Del expediente arbitral se observa que el CONSORCIO, con su escrito N° 5 de fecha 29 de octubre de 2015, formuló sus nuevas pretensiones arbitrales, en los términos siguientes:

SEXTA PRETENSION PRINCIPAL: *Que se apruebe el Adicional de Obra N° 03 equivalente a S/. 355,589.47 (TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENOS OCHENTA Y NUEVE y 47/100 NUEVOS SOLES).*

PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA A LA SEXTA PRETENSION PRINCIPAL: *Que se reconozca en favor de mi representada los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución contractual que asciende a una suma de S/. 355,589.47 (TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENOS OCHENTA Y NUEVE y 47/100 NUEVOS SOLES).*

SEGUNDA PRETENSION SUBORDINADA A LA SEXTA PRETENSION PRINCIPAL: *Que el Arbitro Único frente a las deficiencias del Expediente Técnico que fueron advertidas recién en la etapa de ejecución contractual determine la deducción de las partidas y como consecuencia de ello la Inexigibilidad al contratista de ejecutar dichos trabajos.*

SEPTIMA PRETENSION PRINCIPAL: *Que, de aprobarse la sexta pretensión principal o la primera subordinada a la sexta pretensión principal el árbitro disponga que la Entidad otorgue el plazo necesario para ejecutar las partidas no*



contempladas en el expediente técnico, por los fundamentos de hecho y derecho que pasamos a exponer.

4.4. En cuanto a las nuevas pretensiones arbitrales acumuladas, el Árbitro Único dispuso a través de la Resolución N° 10 (Principal) de fecha 30 de octubre de 2015, correr traslado de la fundamentación alcanzada por el DEMANDANTE, otorgándole al DEMANDADO un plazo de quince (15) días hábiles para que las conteste y de considerarlo pertinente formule Reconvención.

5. DE LOS MEDIOS DE DEFENSA Y DE CONTESTACION DE LA DEMANDA FORMULADAS POR EL PRONIED.

5.1. Con escrito S/N° de fecha 02 de setiembre de 2015, el MINEDU, previo a contestar la demanda, formulo las siguientes excepciones:

EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA relacionada a la decisión sobre adicionales de obra, vinculada a la primera y segunda pretensión principal demandada (1), y; en referencia a las pretensiones principales tercera (3), cuarta (4) y quinta (5), y;

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD relacionada con el derecho del CONSORCIO para someter a arbitraje cualquier controversia relacionada con la denegatoria de la AMPLIACION DE PLAZO N° 03,

5.2. Por otro lado, y sin perjuicio de los medios de defensa, el MINEDU, con el Primer Otrosí Digo de su escrito S/N° de fecha 04 de setiembre 2015, **Contestó la Demanda** presentada por el CONSORCIO con escrito N 1° del 11 de agosto de 2015, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

5.3. Posteriormente, El MINEDU, con su escrito S/N° (principal) de fecha 23 de noviembre de 2015, previo a contestar las pretensiones acumuladas por el CONSORCIO dedujo EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA respecto de las nuevas pretensiones arbitrales acumuladas siguientes:

Sexta pretensión Principal: Que se apruebe el Adicional de Obra N° 03 equivalente a S/. 355,589.47 nuevos soles.

Primera pretensión subordinada a la sexta Pretensión Principal: Que se reconozca a favor de mi representada los sobre costos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución contractual que asciende a una suma de S/. 355,589.47 nuevos soles.



Segunda pretensión subordinada a la sexta pretensión principal: Que el Árbitro Único frente a las deficiencias del expediente técnico que fueron advertidas recién en la etapa de ejecución contractual determine la deducción de las partidas y como consecuencia de ello la inexigibilidad del contratista de ejecutar dichos trabajos.

Séptima pretensión principal: que, de aprobarse la sexta pretensión principal o la primera subordinada a la sexta pretensión principal el árbitro único disponga que la Entidad otorgue el plazo necesario para ejecutar las partidas no contempladas en el expediente técnico, por los fundamentos de hecho y derecho que pasamos a exponer.

5.4. Sin perjuicio de los medios de defensa deducidos, el MINEDU contestó la acumulación de nuevas pretensiones formuladas por el Demandante, a través del Primer Otrosí Digo de su escrito S/N° de fecha 23 de noviembre de 2015.

6. DE LA ABSOLUCIÓN DEL CONSORCIO RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES DEDUCIDAS POR EL MINEDU RELACIONADAS A SUS PRETENSIONES ORIGINALES Y LAS NUEVAS PRETENSIONES ACUMULADAS.

6.1. Como es de verse de los actuados el CONSORCIO no absolvió el traslado de las excepciones de Caducidad e Incompetencia formuladas por el MINEDU respecto de las pretensiones de la demanda original.

6.2. Con Resolución N° 5 (principal) de fecha 28 de septiembre de 2015, el Árbitro Único dispuso tener por no absuelto el traslado de los medios de defensa deducidos por el MINEDU y además citó a las partes a una Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, para el lunes 19 de octubre de 2015.

6.3. Con escrito N° 6-Principal, el CONSORCIO cumplió con absolver el traslado de los nuevos medios de defensa deducidos por el MINEDU que guardan relación directa con las nuevas pretensiones acumuladas, absolviendo las excepciones de Incompetencia.

6.4. Con Resolución N° 14 (Principal) de fecha 21 de diciembre de 2015, el Árbitro Único tuvo por absuelto oportunamente el traslado de las absoluciones a los nuevos medios de defensa propuestos por EL MINEDU.



7. DE LA AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

7.1. La Audiencia se llevó a cabo el 19 de octubre de 2015 con la presencia de los representantes de ambas partes. Como primer punto, el Árbitro Único señaló que habiendo el MINEDU deducido las EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA (tanto en relación a la decisión sobre adicionales de obra y en referencia a las pretensiones arbitrales principales tercera, cuarta y quinta), así como la de CADUCIDAD y, pese a que se dispuso correr traslado de las mismas, éstas no fueron absueltas por EL CONSORCIO, y se dispuso de conformidad con las reglas del Acta de Instalación, que dichos medios de defensa sean resueltos al momento de laudar. Por lo tanto, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, se declaró SANEADO EL PROCESO.

7.2. En segundo lugar, se dejó constancia de la imposibilidad de arribar a una conciliación entre las partes, por lo que seguidamente, tomado en cuenta la propuesta de puntos controvertidos alcanzada por el MINEDU, el Árbitro Único pasó a fijar los puntos controvertidos que se corresponde a este arbitraje, no sin antes hacer la precisión de que hasta ese momento se encuentra pendiente de resolver el Recurso de Reconsideración interpuesto por el MINEDU contra la Resolución N° 06 de fecha 06 de octubre de 2015, que declaró procedente el pedido del CONSORCIO de acumular nuevas pretensiones arbitrales, lo que podría generar la existencia de nuevos puntos controvertidos adicionales a los que se fijan en esta Audiencia.

7.3. En consecuencia, tomando en cuenta esto último, se señala que los puntos controvertidos fijados en esta audiencia corresponden en realidad a las pretensiones arbitrales hechas valer por el CONSORCIO en su demanda arbitral:

"(...)

1. *Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único apruebe el adicional de obra equivalente a S/. 237,294.08. (Doscientos Treinta y Siete Mil Doscientos Noventa y Cuatro y 08/100 Nuevos Soles).*

2. *Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único – de manera subordinada - reconozca a favor del CONSORCIO los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución contractual y que ascienden a la suma de S/. 237,294.08 (Doscientos Treinta y Siete Mil Doscientos Noventa y Cuatro y 08/100 Nuevos Soles).*

3. *Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único – de manera*

subordinada y frente a las deficiencias del expediente técnico que fueron advertidas recién en la etapa de ejecución contractual -, determine la deducción de esta partida y como consecuencia de ello, la inexigibilidad al CONSORCIO de ejecutar dichos trabajos.

- 4. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único - de aprobarse la primera pretensión principal o la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal -, disponga que EL PRONIED-MINEDU otorgue el plazo necesario para ejecutar la partida.*
- 5. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único apruebe la ampliación de plazo N° 03 por 119 días calendarios por atrasos o paralizaciones no atribuibles al contratista y como consecuencia de ello se modifique el plazo de ejecución contractual y se pague los correspondientes gastos generales ascendentes a la suma de S/. 727,031.77. (Setecientos Veintisiete Mil Treinta y Uno y 77/100 Nuevos Soles).*
- 6. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único reconozca a favor del CONSORCIO los sobrecostos vinculados a diversos bienes contemplados en el expediente técnico ascendiente a la suma de S/. 825,460.86 (Ochocientos Veinticinco Mil Cuatrocientos Sesenta y 86/100 Nuevos Soles) y se apruebe una modificación de la fórmula polinómica para los reajustes correspondientes.*
- 7. Que se determine cuál de las partes, o en su defecto, si ambas, deberán asumir las costas y costos del presente proceso. (...)"*

7.4. El Árbitro Único admitió los medios probatorios documentales de las partes que sirven de sustento a la demanda arbitral, así como de su respectiva contestación.

7.5. Posteriormente, como consecuencia de la acumulación de pretensiones planteada por el CONSORCIO, el Arbitro Único con el quinto resolutive de la Resolución N° 12 de fecha 24 de noviembre de 2015, dispuso considerar cuatro (04) nuevos puntos controvertidos:

- 1. Determinar si corresponde o no que el Arbitro Único apruebe el adicional de obra N°03 equivalente a S/.355,589.47 (TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE y 47/100 NUEVOS SOLES).*
- 2. Determinar si corresponde o no que el Arbitro Único - de manera subordinada - reconocer a favor del CONSORCIO los sobrecostos*



indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución contractual que asciende a una suma de S/. 355,589.47 (TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE y 47/100 NUEVOS SOLES)

3. *Determinar si corresponde o no que el Arbitro Único – de manera subordinada y frente a las deficiencias del expediente técnico que fueron advertidas recién en la etapa de ejecución contractual –, determine la deducción de las partidas y como consecuencia de ello la inexigibilidad al CONSORCIO de ejecutar dichos trabajos.*

4. *Determinar si corresponde o no que el Arbitro Único – de aprobarse la sexta pretensión principal o la primera pretensión subordinada a la sexta pretensión principal –, disponga que EL PRONIED-MINEDU otorgue el plazo necesario para ejecutar las partidas no contempladas en el expediente técnico.*

8. DEL CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA Y DE LOS ALEGATOS ESCRITOS

8.1. Mediante la Resolución N° 17 (Principal) de fecha 13 de enero de 2016, el Árbitro Único declaró cerrada la etapa probatoria, concediéndole a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.

8.2. Es así que habiéndose presentado oportunamente dichos alegatos, se dictó la Resolución N° 18 (Principal) de fecha 25 de enero de 2016, en la que se tuvo presente los mismos al momento de laudar e igualmente, atendiendo el pedido del CONSORCIO, se citó a las partes a una Audiencia de Informes Orales para el día 10 de febrero de 2016.

9. DE LA AUDIENCIA DE INFORMES ORALES Y DEL PLAZO PARA LAUDAR

9.1. En esta Audiencia de Informes Orales, a las que concurrieron ambas partes, el Árbitro Único les cedió el uso de la palabra (con las correspondientes replicas y duplicas) para que expongan los fundamentos en que sustentan su posición respecto de la demanda arbitral y su contestación, así como en relación a los medios de defensa deducidos por el MINEDU.

9.2. De igual manera, al finalizar dicha Audiencia el Árbitro Único fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, computándose a partir del día siguiente de realizada la presente audiencia.

9.3. Por último, es de señalar que a través de la Resolución N° 22 (Principal) de fecha 16 de marzo 2016, el Árbitro Único dispuso prorrogar el plazo para laudar



por treinta (30) días hábiles adicionales, el mismo que empezará a computarse a partir del día siguiente de vencido el primer plazo para laudar (miércoles, 23 de marzo de 2016).

V. CONSIDERANDO:

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: i) Que, el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el acuerdo suscrito entre las partes (Cláusula Décimo Octava del CONTRATO – Cláusula Arbitral); ii) Que, las partes no impugnaron o reclamaron de las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; iii) Que, el CONSORCIO presentó su demanda arbitral formulando las pretensiones que son materia del presente Laudo (las mismas que incluso comprenden aquellas que se dispuso su acumulación luego de declararse procedente su pedido), dentro del plazo dispuesto; iv) Que, el MINEDU fue debidamente emplazado con la totalidad de las pretensiones arbitrales demandadas por el CONSORCIO, procediendo contra ellas a deducir las excepciones de Incompetencia y de Caducidad y a contestarlas oportunamente, negándolas en todos sus extremos, quedando evidenciado que ejerció plenamente su derecho de defensa; v) Que, las partes tuvieron oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, presentar sus alegatos escritos e informar oralmente sus posiciones y, vi) Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro del plazo máximo prorrogado dispuesto en la Resolución N° 22 (Principal).

2. DEL MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL APLICABLE PARA RESOLVER EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

Conforme se ha señalado en el numeral 6) del Acta de Instalación, será de aplicación la ley peruana para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral, añadiéndose que las normas aplicables al presente arbitraje, de acuerdo a lo establecido en el numeral 52.3 del Artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por la Ley N° 29873 (en adelante la LCE), deben mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) La Constitución Política del Perú; 2) La LCE, 2) su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante, el REGLAMENTO), 3) las normas de derecho público y 5) las de derecho privado.

Asimismo, se ha dispuesto que la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, en adelante LDA) se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la LCE y el Reglamento.

Por último, es preciso señalar que la Cláusula Décimo Séptima: Marco Legal del CONTRATO, dice lo siguiente: *“Solo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.”*

3. EL ORDEN DEL ANÁLISIS DE LOS MEDIOS DE DEFENSA Y DE LAS PRETENSIONES A RESOLVERSE:

En este caso el Colegiado resolverá en primer lugar la Excepción de Caducidad y luego las Excepciones de Incompetencia. Seguidamente, en el supuesto de que sea necesario resolver las cuestiones de fondo de la presente controversia, se observará el orden dispuesto de los Puntos Controvertidos.

4. DE LAS EXCEPCIONES

4.1. DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD.

4.1.1. Posición del MINEDU

Para esta parte, la Tercer Pretensión Arbitral Principal no ha respetado el plazo de caducidad de quince (15) días hábiles desde que tomó conocimiento el CONSORCIO del Oficio N° 2854-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED de fecha 08.06.2015 que contiene la Resolución Directoral Ejecutiva N° 174-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED de igual fecha, que fue la que declaró Improcedente su pedido de Ampliación de Plazo N° 03, que es lo que ahora se pretende en esta vía arbitral, su reconocimiento, así como la consiguiente modificación del plazo de ejecución contractual, al igual que el pago de los respectivos gastos generales.

Sustentando su posición el MINEDU precisa que conforme se observa en la Cláusula Décimo Octava del CONTRATO, el convenio arbitral dispone que:

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

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se

llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

Asimismo, alega el MINEDU que el numeral 52.2° del Artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, regula lo siguiente:

"Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. La parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros.

(...)

Todos los plazos previstos son de caducidad." (El resaltado es nuestro)

De igual manera, el Artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, dispone que:

"cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión".

Lo cierto es que, conforme se aprecia en el OFICIO N° 2854-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED de fecha 08.06.2015, la Entidad comunicó ese mismo día al contratista la expedición de la RESOLUCIÓN DIRECTORAL EJECUTIVA N° 174-2015-MINEDU/VNGI-PRONIED, con la cual declara Improcedente su solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 119 días calendario; sin embargo, la contraria no inició ningún procedimiento de conciliación ni proceso arbitral respecto de la misma, dentro del plazo señalado precedentemente, el cual vencía el 29.06.2015, pretendiendo ahora que el Arbitro Único la resuelva al incluirla en la demanda presentada el 11.08.2015 como tercera pretensión principal, situación que no sólo contraviene la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, sino que también conllevaría a cuestionar una decisión emitida por la entidad que ha quedado plenamente consentida.

Por tanto, habiendo caducado el derecho del CONSORCIO para someter a arbitraje cualquier controversia relacionada con la denegatoria

de la Ampliación de Plazo N° 03, solicita el MINEDU se declare FUNDADA la EXCEPCION de CADUCIDAD, y se archive la controversia.

4.1.2. Posición del CONSORCIO

Tal como se indicó en los antecedentes de este Laudo, esta parte no absolvió el traslado indicado respecto de este medio de defensa.

4.1.3. Decisión del ÁRBITRO ÚNICO.

Antes de desarrollar lo concerniente a este medio de defensa, es preciso indicar que la *Caducidad*, conforme lo señala DEVIS ECHEANDÍA, "es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa. en general que le corresponde a todo demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos"¹

Por su parte, sobre esta misma figura jurídica, JOSSERAND indica que "es el plazo que concede la ley para hacer valer un derecho, para realizar un acto determinado, con un carácter fatal: una vez transcurrido y ocurra lo que ocurra, el derecho no puede ser ya cumplido: el retardatario incurre en una verdadera pérdida; pierde la prerrogativa, la posibilidad que le concedía la ley..."²

Siendo aún más explícitos, debemos decir que la Excepción de Caducidad es definida procesalmente por HINOSTROZA MIGUEZ de la siguiente forma: "Cuando se interpone una demanda habiéndose vencido el plazo para plantear una pretensión procesal derivada de un derecho sustantivo temporal susceptible de caducidad, el juzgador por iniciativa propia puede pronunciarse por la caducidad de la pretensión en el acto de calificación de la demanda (...) (O también en cualquier estado del proceso por ser de orden público). De lo contrario, es el demandado quien puede deducir la excepción de caducidad. La caducidad se relaciona a los derechos temporales sustentatorios de ciertas pretensiones procesales. Por eso la explicación de la extinción de una pretensión procesal basada en el derecho temporal se encuentra en sí en la falta de fuerza o eficacia para continuar subsistiendo más allá de un plazo preestablecido. Es decir se requiere

¹ DEVIS ECHEANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. Ed. Universidad, Buenos Aires. Año 1984, Tomo I, Página 595.

² Citado por VIDAL RAMIREZ, Fernando. Prescripción Extintiva y Caducidad. Gaceta Jurídica Editores. Lima Perú. Año 1996. Página 185.

el vencimiento del plazo de caducidad y la falta de ejercicio de la acción correspondiente dentro de dicho plazo para proponer con éxito esta excepción.”³

De manera que sobre la base de las definiciones brindadas, el Árbitro Único considera necesario determinar si para el caso concreto (la Tercera Pretensión Arbitral demandada): i) existe un plazo, ii) si este es uno de caducidad y, iii) si la solicitud de arbitraje fue presentada por el CONSORCIO y de ser finalmente así, si lo hizo dentro o fuera del plazo establecido.

Así, en cuanto a los dos (02) primeros ítems, conviene tener en cuenta el primer párrafo de la Cláusula Décimo Octava del CONTRATO (que es aquella que recoge el convenio arbitral entre las partes), el numeral 52.2 (parte pertinente) del Art. 52^{o4} de LCE y finalmente el Art. 201^o del Reglamento:

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

Por lo tanto, de lo aquí expuesto, este Árbitro Único concluye que para que el CONSORCIO cuestione válidamente dentro de un arbitraje la Resolución Directoral Ejecutiva N° 174-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED dictada por el MINEDU por medio de la cual se declaró Improcedente su pedido de la Ampliación de Plazo N° 03, si resulta necesario que la solicite dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de notificada dicha decisión por parte de la Entidad, siendo además este plazo de CADUCIDAD.

³ HINOSTROZA MIGUEZ, Alberto. Las excepciones en el Proceso Civil. Editorial San Marcos. 3^o Edición Actualizada 2002. Páginas 367 y 268.

⁴ *“52.2. Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento.*

(...)

Todos los plazos previstos son de caducidad.” (Los subrayados son del Árbitro Único).

“Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazo podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión”. (El subrayado es del Árbitro Único).

Dicho esto resultará seguidamente de interés evaluar si el CONSORCIO tramitó válidamente alguna solicitud de Arbitraje en contra del MINEDU, para cuestionar justamente la Resolución Directoral Ejecutiva N° 174-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED relacionada directamente con su pedido de Ampliación de Plazo N° 03, la misma que según información brindada por el MINEDU y no cuestionada en este arbitraje por el CONSORCIO, sí le fue notificada oportunamente.

En efecto, como bien lo ha afirmado el MINEDU, la notificación de la resolución en cuestión se hizo por la vía notarial a través del Oficio N° 2854-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED de fecha 08.06.2015, cuyo cargo corre como anexo N° 12 del escrito de contestación de demanda y que fuera recibido por el CONSORCIO en la misma fecha, tal como así se desprende de la certificación que obra al reverso de dicho cargo. De manera que estando a la fecha de recepción del documento en cuestión, ser colige que el sometimiento a arbitraje del pedido de Ampliación de Plazo N° 03, venció en consecuencia el día 29.06.2015.

Es de señalar al respecto que de los actuados arbitrales, únicamente se observa la Carta Notarial de fecha 23 de marzo de 2015 (que corre como anexo N° 5 del escrito de contestación de demanda) que fuera cursada por el CONSORCIO al MINEDU y que es aquella que contiene la solicitud de inicio de arbitraje, relativas a las controversias relacionadas con el presente CONTRATO. Pues bien, teniendo presente la fecha de su emisión, resulta claro que la misma no puede contener o incluir ninguna controversia referida a la comentada Ampliación de Plazo N° 03, en tanto que la declaración de su improcedencia por parte del MINEDU, ocurrió en fecha muy posterior (29.06.2015).

De modo que no habiendo el consorcio demostrado en este proceso que inició el arbitraje cuestionando la Resolución Directoral Ejecutiva N° 174-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED dentro del plazo y fecha indicada anteriormente, resulta claro para este Árbitro Único que sí ha operado respecto de ella la caducidad, no pudiendo en tal sentido ser de conocimiento y decisión la tercera pretensión principal demandada por el consorcio en este arbitraje. dicho de otra forma, debe declararse fundada esta primera excepción.

4.2. DE LAS EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA

4.2.1. Posición del MINEDU:

SEDE DEL ARBITRAJE: AV. RICARDO PALMA N° 341 – OF N° 705 – EDIFICIO PLATINO – MIRAFLORES – DEPARTAMENTO Y PROVINCIA DE LIMA

De lo expuesto en los antecedentes de este Laudo, se tiene que el MINEDU, en un primer término cuando se le notificó la demanda arbitral, dedujo este medio de defensa en contra de:

- i) El pedido de aprobación del Adicional de Obra a que se refiere la Primera Pretensión Arbitral como a sus dos (02) Pretensiones Arbitrales Subordinadas y la Segunda Pretensión Principal, partiendo de la prohibición de arbitrabilidad recogida en el Artículo 41° de la LCE, en referencia a este tipo de reclamos; y*
- ii) Las pretensiones arbitrales principales Tercera, Cuarta y Quinta, en tanto éstas difieren expresamente de la controversia señalada por el CONSORCIO en el petitorio arbitral;*

Luego, como consecuencia de que en este arbitraje se declaró procedente el pedido del CONSORCIO de acumular nuevas pretensiones arbitrales, las mismas que corresponden a la Sexta Pretensión Arbitral como a sus dos (02) Pretensiones Arbitrales Subordinadas y la Séptima Pretensión Principal; el MINEDU posteriormente dedujo en contra de todas ellas, este medio de defensa, igualmente bajo las dos (02) argumentaciones indicadas en los ítems reseñados, es decir, por un lado, basado en la prohibición de la arbitrabilidad del Adicional de Obra N° 03 y su consecuente extensión a las respectivas pretensiones subordinadas a la pretensión que la contiene y, por otro, en cuanto el CONSORCIO no habría cumplido la formalidad para, o iniciar un proceso arbitral o haber solicitado su acumulación formal al presente arbitraje.

De modo que, respecto de todas estas pretensiones arbitrales principales, e incluso en su caso las subordinadas, se afirma que el Árbitro Único carecería de competencia para avocarse al conocimiento y decisión de las materias que ahí se proponen.

Fundamentando su posición el MINEDU expone que el Consorcio, al sustentar sus pretensiones, primera pretensión principal, primera pretensión subordinada a la primera subordinada a la primera pretensión principal y segunda pretensión subordinada a la primera subordinada a la primera pretensión principal, lo que pretende es cuestionar la decisión de la entidad sobre el adicional de obra que le fue denegado con el OFICIO N° 537-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO, debidamente notificado al contratista con fecha 24.02.2015, lo cual no es materia arbitrable.

Señala el MINEDU que como bien conoce el Arbitro Único, el numeral 41.5 del Artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado dispone lo siguiente:

"La decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República." (El subrayado es nuestro).

En atención a ello, solicito que se declare FUNDADA la presente excepción respecto de la Primera Pretensión Principal, Primera y Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal y Segunda Pretensión Principal, pues el Arbitro Único no tiene competencia para resolver el fondo de la controversia.

Sostiene el MINEDU que el Arbitro Único carece de competencia para resolver la tercera, cuarta y quinta pretensión principal, alegando que como se ha mencionado, con fecha 18.09.2014 se suscribió el CONTRATO N° 002-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED, en el cual se estableció en la Cláusula Décimo Octava los mecanismos de solución de controversias a llevarse a cabo por cualquiera de las partes serán la conciliación y/o arbitraje administrativo.

Al amparo del convenio establecido en el contrato, el CONSORCIO opto por el inicio de un proceso arbitral, conforme lo establece el Artículo 218° del Reglamento, remitiendo su solicitud de arbitraje con Carta Notarial N° 44843 de fecha 23.03.2015, señalando en forma expresa la siguiente materia controvertida:

"La aprobación del adicional de obra por los ascensores y monta cargas, que recién los contenidos técnicos de las partidas nos fueron comunicados en la etapa de ejecución contractual por defectos en el expediente técnico, o la indemnización por daños y perjuicios derivados de los vicios ocultos del expediente técnico cuyos alcances se ha podido determinar recién durante la ejecución contractual, la cuantía de la pretensión se determinara al momento de interposición de la demanda".

Sin embargo, con fecha 11.08.2015 el CONSORCIO presenta su demanda arbitral, variando su pretensión e inclusive incorporando otras pretensiones, de cuyo tenor se puede evidenciar claramente que tanto la TERCERA, CUARTA y QUINTA PRETENSION PRINCIPAL, difieren de forma expresa a la controversia señalada en la petición arbitral.



En tal sentido, el Arbitro Único no puede resolver respecto a pretensiones que no han sido formalmente acumuladas ni puede resolver respecto a modificaciones que no han sido expresamente manifestadas por la contraria ni aceptadas por el Árbitro Único, pues ello vulnera lo regulado en el numeral 38 del Acta de Instalación, lo señalado en el Artículo 229 del Reglamento y lo dispuesto en el numeral 3 del Art. 39 de la Ley de Arbitraje; así como, trasgrede lo establecido en el convenio al tomarse atribuciones que no han sido acordadas previamente.

Asimismo, debemos de advertir que las pretensiones cuestionadas no se encuentran vinculadas directa ni indirectamente con materia controvertida señalada en la petición arbitral, toda vez que la naturaleza de las mismas es completamente diferente y por ende, no pueden considerarse ni siquiera como accesorias a las pretensiones principales.

Agregando a ello, señaló que si bien la contraria se reservó el derecho de incorporar nuevas pretensiones que surjan hasta la interposición de la demanda, dicha reserva no resulta ser conforme a Derecho toda vez que éste debió de observar lo regulado en el Artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, así como, lo dispuesto en los Artículos 201° y 229° del Reglamento de la LCE.

En atención a lo expuesto, solicita el CONSORCIO se declare FUNDADA la presente excepción de incompetencia.

4.2.2. Posición del CONSORCIO:

En cuanto a este medio de defensa, el CONSORCIO únicamente absolvió su traslado relacionado al pedido de incompetencia formulado por el MINEDU contra las nuevas pretensiones arbitrales acumuladas, manifestando que la incompetencia denunciada por el MINEDU debe ser declarada infundada, porque ya el Árbitro Único así se ha pronunciado en la Resolución N° 09 (Principal), considerandos del 7 al 13, declarando que no existiría ninguna contravención legal (en este caso, del Art. 41° numeral 41.5 del LCE) por haberse declarado procedente la acumulación que permitió que las indicadas nuevas pretensiones, sean de conocimiento, discusión y resolución, en este arbitraje.

Alega el CONSORCIO que los conceptos demandados ya sean por el Adicional de Obra N° 03 o indemnización por los sobrecostos derivados de los vicios y deficiencias del expediente técnico a cargo del MINEDU, en ningún caso superan el quince por ciento (15%) del valor del CONTRATO y, por tanto no estaría dentro del ámbito de aprobación de la Contraloría General de la República (en adelante el CGR), deviniendo



con ello el Árbitro Único sí encuentra plenamente facultado para emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo de dichas nuevas pretensiones.

Con los argumentos esgrimidos, sustentando su posición, el CONSORCIO pone de manifiesto que durante el proceso de ejecución contractual, en forma arbitraria pretende que nuestra representada ejecute partidas que no tienen ESPECIFICACIONES TECNICAS ni presupuesto para su ejecución, contraviniendo el Numeral 1 del artículo 40 del Reglamento, norma que especifica la obligación de la entidad de contar con la totalidad de planos especificaciones técnicas términos de referencia partidas y presupuestos y el expediente técnico cuando se trate de contratos a suma alzada, es decir, las obligaciones del contratista deben estar claramente definidas desde la etapa del proceso de selección, lo que no habría sucedido en el presente caso siendo que la entidad ha violado las estipulaciones establecidas en el reglamento de la ley de contrataciones y en el propio contrato.

Argumenta el CONSORCIO que la primera parte del artículo 5 de la LCE establece la especialidad de la norma y que ésta y su Reglamento priman sobre cualquier otra norma aplicable, en ese orden de ideas el Artículo 40 del Reglamento, no solo se constituye en una obligación del contratista de ejecutar el contrato de acuerdo al presupuesto presentado en el proceso de selección, sino también en una obligación de la Entidad de determinar con claridad las prestaciones a cargo del contratista, toda vez que si este no cuenta con la información correcta durante el proceso de selección, no podrá presentar una propuesta económica válida que corresponda a la realidad de la obra y a las necesidades del proyecto, constituyéndose en un vicio de la voluntad al no contar el contratista con la información necesaria exigida por ley para elaborar su propuesta, información ésta sobre la cual estaba obligada a proporcionar oportunamente y como hemos acreditado durante el desarrollo del proceso los defectos del expediente técnico están generando unos sobrecostos que deben de ser atendidos por la entidad.

En ese orden de ideas lo establecido en el Artículo 1362 del Código Civil; donde se señala que en todo contrato nadie puede sacar ventaja entre las partes, y menos en forma arbitraria la Entidad Contratante puede obligar a nuestra representada a ejecutar partidas que no tienen ESPECIFICACIONES TECNICAS ni presupuesto sin considerar un ADICIONAL DE OBRA; sin tener en cuenta que la interpretación y ejecución de los contratos debe sujetarse en primer término, a lo expresado en ellos y si esto no fuera posible sometiéndolos a las reglas de la buena fe y común intención de las partes como principio fundamental de todo contrato; máxime que como se ha acreditado la



entidad ha incumplido con presentar un expediente técnico que cumpla con los requisitos para determinar un contrato a suma alzada.

Por otra parte lo actuado por la entidad viola los preceptos constitucionales, cuando la Entidad Contratante al pretender no cancelarnos los ADICIONALES DE OBRA y que nuestra representada ejecute partidas sin ESPECIFICACIONES TECNICAS ni presupuesto, vulnera flagrantemente los principios de Justicia, equidad y seguridad jurídica al debido proceso y se constituiría como un abuso del derecho lo que está expresamente prohibido por la constitución, todo dentro del marco del Estado de derecho; toda vez, que sus efectos jurídicos son equívocos y contrarios al mandato constitucional que señala que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución, debiendo prevalecer este precepto constitucional sobre toda norma legal, por tener jerarquía superior en nuestro Estado de Derecho, que debe ser respetado y de obligatorio y estricto cumplimiento en el territorio Nacional.

Finalmente los conceptos demandados ya sean adicionales de obra o indemnización por sobrecostos derivados de vicios y deficiencias del expediente técnico a cargo de la entidad, en ningún caso superan el 15% del valor del contrato y por tanto no están dentro del ámbito de aprobación de la contraloría general de la república, por lo que el árbitro único se encuentra plenamente facultado para emitir pronunciamiento válido sobre el fondo de las pretensiones.

4.2.3. Decisión del ÁRBITRO ÚNICO:

A fin de desarrollar un correcto examen de la Excepción de Incompetencia, en tanto éste comprende a varias pretensiones arbitrales y además porque serían en puridad dos (02) las argumentaciones centrales invocadas por el MINEDU que le permiten abordar y concluir sobre la existencia y configuración de materias que no pueden ser de conocimiento del Árbitro Único, previamente se establece que tomando en cuenta lo anterior y, adicionalmente, la decisión adoptada de que deviene en fundada la Excepción de Caducidad contra la Tercera Pretensión Principal; el subsiguiente orden de evaluación, será como sigue:

A) Sobre la incompetencia deducida por la no arbitrabilidad de la aprobación de Adicionales de Obra (S/N°), y que recae respecto de la Primera Pretensión Arbitral Principal, sus dos (02) pretensiones subordinadas a ésta y la Segunda Pretensión Arbitral Principal;

B) Sobre la incompetencia deducida por la no arbitrabilidad de la aprobación del Adicional de Obra N° 03, que se peticiona en la Sexta Pretensión Arbitral y sus dos (02) pretensiones subordinadas, además de la Séptima Pretensión Arbitral; y,

C) Sobre la incompetencia deducida por el hecho de diferir expresamente las pretensiones arbitrales con la controversia señala en la petición arbitral, en este caso, en lo concierne a las pretensiones Cuarta Principal, Quinta Principal, Segunda Subordinada a la Sexta Principal y Séptima Principal.

Empezando entonces el examen por el GRUPO A), resulta imperativo señalar que para determinar si una materia como el de los adicionales de obra, es o no arbitrable, es de necesidad traer a colación lo que nos dice expresamente el numeral 41:5 del Art. 41°5 de la LCE.

Ahora bien, a fin de dilucidar sí con relación al reclamo de aprobación del Adicional de Obra S/N° existió o no una decisión del MINEDU de no aprobar su ejecución, debemos señalar que para esta parte, tal determinación estaría contenido en el Oficio N° 537-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO que fuera emitido y notificado al CONSORCIO el 24.02.2015. Así, examinado con detenimiento el tenor de dicho oficio (el mismo que corre como el anexo N° 6 del escrito de contestación demanda), se observa que en él, atendiendo justamente a su consulta sobre el adicional de obra por partidas de suministro e instalación de ascensores y monta carga, se señaló expresamente ahí lo siguiente:

"(...)

Sobre el particular, el Equipo de Ejecución de Obras ha emitido el Informe N°45-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EEO-JMC, adjuntando el documento b) de la referencia, con el cual el Programa Nacional de Infraestructura Educativa, absolvió las consultas respecto a estos puntos y adjunta el Informe N° 182-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EEO-VZV del especialista Mecánico - Electricista del Equipo de Estudios y Proyectos del PRONIED, confirmando que la información técnica sobre los ascensores y montacargas se encuentran en los planos y especificaciones técnicas contractuales, con lo cual se confirma que estas partidas no generan adicional de obra, debiendo iniciar su ejecución de acuerdo al cronograma vigente.

(...)" (El subrayado es del Árbitro Único).

⁵ Artículo 41.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

(...)

41.5. La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. (...)"

En tal sentido, del tenor de lo transcrito anteriormente se tendrá que si estamos frente a una decisión del MINEDU que deniega el pedido de aprobación de la ejecución del Adicional de Obra (S/N°), la misma que ahora dentro de la Primera Pretensión Principal está cuantificada en la suma de S/. 237,294.08 Nuevos Soles.

Sin embargo, es de anotar que si bien por medio de la Primera Pretensión Arbitral el CONSORCIO reclama como se ha visto la aprobación del ya mencionado Adicional de Obra (S/N°), también lo es que ha formulado otras **dos (02) pretensiones arbitrales subordinadas a ella**, a saber, que deberán prosperar cuando aquella resulte denegada: la primera, que se reconozca a favor del CONSORCIO los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico cuyos alcances lo ha podido determinar recién durante la ejecución contractual y que ascienden a una suma de S/. 237,294.08 Nuevos Soles; y la segunda, que frente a las deficiencias del expediente técnico que fueron advertidas recién en la etapa de ejecución contractual, se determine la deducción de la partida involucrada (es decir una reducción de obligaciones) y como consecuencia de ello, la inexigibilidad al CONSORCIO de ejecutar dichos trabajos.

Asimismo, en adición a lo anterior, debemos también indicar que el MINEDU hace extensiva la excepción de incompetencia examinada aquí dentro del Grupo A, a la **Segunda Pretensión Principal**, es decir, a aquella que propone que de aprobarse la primera pretensión principal o la primera subordinada a la primera pretensión principal el árbitro disponga que la entidad otorgue el plazo necesario para ejecutar la partida.

Por lo tanto, de los términos como han sido formuladas las dos (02) pretensiones arbitrales subordinadas a la Primera Pretensión Principal, y teniendo a su vez en cuenta lo que se entiende por *subordinación de pretensiones*⁶, se infiere que éstas no están dirigidas a cuestionar en esta instancia arbitral alguna denegatoria o la no aprobación de un adicional de obra, sino por el contrario, a solicitar más bien una indemnización por los sobrecostos incurridos al detectarse defectos o vicios ocultos en el expediente técnico y a que se determine una reducción de obligaciones respecto de la partida involucrada, con la

⁶ "Artículo 87.- La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesorio. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesorio cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás." (El subrayado es nuestro).

correspondiente inexigibilidad de su ejecución por cuenta del CONSORCIO.

En otras palabras, es criterio de este Árbitro que no puede extenderse a dichas pretensiones subordinadas, la prohibición de ser arbitradas en este proceso, en tanto que las mismas no encuadran dentro de su supuesto normativo citado (el numeral 41.5 Art. 41° de LA LEY).

Por otro lado, en lo que involucra al reclamo recogido en la Segunda Pretensión Arbitral, fluye con nitidez que su naturaleza es ser más bien de accesoria a las dos (02) pretensiones arbitrales citadas: A la Primera Pretensión Principal o a la Primera Pretensión Subordinada a ésta. De manera que, si se parte por un lado del hecho de que la Segunda Pretensión Arbitral es entonces una accesoria, ésta deberá seguir la misma suerte de aquella que se propone como principal y, por otro, de que se ha concluido preliminarmente que la Primera Pretensión Arbitral no corresponde ser de conocimiento de este Árbitro, prosperando en dicho extremo la Excepción de Incompetencia; se colige seguidamente que sólo en lo que respecta al extremo de la accesoria con relación a la Pretensión Arbitral Principal resultará también imposible avocarse a su conocimiento, más no así en lo que concierne al extremo vinculado a la Primera Pretensión Subordinada, a tenor de la conclusión preliminar del párrafo precedente.

En suma, en relación a la excepción de competencia deducida por el MINEDU que se refiere a la no arbitrabilidad del pedido de la aprobación del Adicional de Obra (s/n°) solicitado por el CONSORCIO (grupo A), se concluye que corresponde declarar fundado en parte este medio de defensa, es decir, únicamente fundada con respecto a la primera pretensión arbitral y uno de los dos (02) extremos de la segunda pretensión arbitral que resulta ser accesoria a aquella, no pudiendo ser sometidas a arbitraje conforme así lo señala el numeral 41.5 del art. 41° de la ley.

Siguiendo ahora con la evaluación propuesta al GRUPO B, el mismo que igualmente está referido a la no arbitrabilidad de la aprobación de un Adicional de Obra, en este caso el identificado como N° 03 y que comprende a la Sexta Pretensión Arbitral, sus dos (02) pretensiones subordinadas y la Séptima Pretensión Arbitral; debemos recordar que el fundamento central esgrimido por el MINEDU para que se declare fundado este extremo de su excepción de incompetencia, está en que se contraviene también el numeral 41.5 del Art. 41° de LA LEY (en el extremo de que se prohíbe arbitrar la decisión de la entidad de aprobar o no prestaciones adicionales de obra), al ventilarse aquí, en sede arbitral,



una pretensión (o pretensiones) en donde la materia en controversia gira justamente sobre el reconocimiento y aprobación del indicado adicional.

Sobre este particular, el Árbitro Único estima conveniente traer a colación lo que se resolvió en su momento en cuanto a la procedencia de las nuevas pretensiones arbitrales acumuladas por EL CONSORCIO, que son a la postre aquellas que señaladas en el sub numeral anterior, pues ahí se desarrolló una línea de análisis en relación a los alcances del numeral 41.5 del Art. 41° de LA LEY. Efectivamente, si nos remitimos textualmente a los fundamentos 7 al 12 de la Resolución N° 09 de fecha 26 de octubre de 2015, por medio de la cual se declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por el PRONIED contra la Resolución N° 06 que declaró procedente el pedido de acumulación de pretensiones arbitrales del DEMANDANTE, se verá que ahí se ha expuesto sobre el particular lo siguiente:

"7. En segundo término, en cuanto a la sorpresa que le causa al MINEDU el hecho de haberse permitido la acumulación de pretensiones arbitrales que tienen como sustento el reconocimiento y aprobación de un adicional de obra (en este caso, el N° 03), cuando ello contravendría lo dispuesto en el numeral 41.5 del Art. 41° de la Ley de Contrataciones del Estado con la modificatoria que recoge la Ley N° 29873 (en adelante la LCE) en la medida que se considera que no es una materia arbitrable; bastará para ello previamente revisar lo que nos dice exactamente la norma citada:

*"Artículo 41.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones:
(...)*

41.5. "La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje. Tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República."

8. Hecha la transcripción, el Árbitro Único observa que el impedimento legal para someter a arbitraje está referido en concreto a los siguientes supuestos: i) La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales; y, ii) controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República;



9. Si revisamos con detenimiento el argumento central que esgrime sobre este punto EL MINEDU, se tendrá que para esta parte EL CONSORCIO pretende cuestionar su decisión sobre el adicional de obra N° 03 contenido en el Oficio N° 3494-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO (notificado al CONSORCIO el 24.09.2015) el mismo que considera no arbitrable;

10. Examinado con mayor detenimiento el contenido del citado Oficio, se verifica que en éste se expone lo siguiente:

"Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, con relación a la carta de la referencia para manifestarles que luego de la revisión de la documentación presentada y teniendo en cuenta el artículo 207° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se observa que el expediente técnico de la Prestación Adicional N° 3 no guarda relación con la absolución de consultas emitidas por la Entidad. Sobre el particular, con la conformidad del Equipo de Ejecución de Obras efectuada mediante el proveído al Informe N° 308-2015-MINEDUNMGI-PRONIED-UGEO-EEO-JMC, se les devuelve la documentación presentada con la finalidad que procedan a la reelaboración del expediente técnico de la prestación adicional de la obra en concordancia con las consideraciones expuestas en el indicado informe.";

11. De lo señalado por EL MINEDU en el oficio en cuestión, se desprende dos (02) cosas: i) que se está en etapa de evaluación acerca de si esta entidad aprueba o no el adicional de Obra N° 03, mejor dicho no es la decisión final sobre este punto; y, ii) que al invocarse el Art. 207° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (con la modificatoria que recoge el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, en adelante el REGLAMENTO) sobre la prestación adicional de obra que está solicitando EL CONSORCIO, ellas hacen directa alusión a aquellas menores al quince por ciento (15%), lo que implica en definitiva que estemos frente a adicionales que no requieren de la aprobación previa de la Contraloría General de la República;

12. En consecuencia, para el Árbitro Único, el supuesto invocado de contravención legal que se habría incurrido no es tal, habida cuenta que EL MINEDU no ha podido demostrar que la decisión de acumular la nueva pretensión arbitral consistente en el reconocimiento y aprobación del Adicional de Obra N° 03, sea uno que resulte no arbitrable bajo los términos que dispone el Art. 41° numeral 41.5 de la anotada LCE y, en definitiva, que deba declararse improcedente la decisión adoptada que admite justamente dicha solicitud de acumulación;"

En tal sentido, reafirmando el Árbitro Único ahora en todos sus extremos sobre la decisión tomada en la Resolución N° 09 y por tanto, de que no se ha contravenido el numeral 41.5 del Art. 41° de LCE al permitirse y declararse procedente la acumulación de las nuevas pretensiones del CONSORCIO conducentes al reconocimiento y



**ÁRBITRO ÚNICO
CONSORCIO BRACAMOROS
PRONIED- MINISTERIO DE EDUCACIÓN**

aprobación del Adicional de Obra N° 03; dicha ratificación importa también que se declare respecto de este extremo evaluado, INFUNDADA la Excepción de Incompetencia deducida por el MINEDU contra la Sexta Pretensión Principal.

Por otro lado, al igual que como ocurrió con la Primera Pretensión Arbitral, aquí también en el GRUPO B se advierte que la Sexta Pretensión Arbitral demandada por el CONSORCIO cuenta con dos (02) pretensiones arbitrales subordinadas a ella, a saber, que deberán prosperar cuando aquella resulte denegada: la primera, que se reconozca a su favor los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico cuyos alcances lo ha podido determinar recién durante la ejecución contractual y que ascienden a una suma de S/. 335,589.47 Nuevos Soles; y la segunda, que frente a las deficiencias del expediente técnico que fueron advertidas recién en la etapa de ejecución contractual, se determine la deducción de la partida involucrada y como consecuencia de ello, la inexigibilidad al CONSORCIO de ejecutar dichos trabajos.

A ello debe agregarse que dentro de los alcances de la excepción de incompetencia referida al GRUPO B, igualmente el MINEDU hace extensivo dicho medio de defensa a la Sétima Pretensión Principal, es decir, a aquella que propone que de aprobarse la Sexta Pretensión Principal o la Primera Subordinada a ella, deberá disponerse en este arbitraje que EL MINEDU otorgue el plazo necesario para ejecutar las partidas no contempladas en el expediente técnico.

Dicho esto y siguiendo el razonamiento ya descrito en cuanto a las dos (02) pretensiones subordinadas a la Primera Pretensión Arbitral y Segunda Pretensión Arbitral, el Árbitro Único llega a la plena convicción que aquí tampoco puede extenderse a las dos (02) pretensiones subordinadas a la Sexta Pretensión Arbitral, la prohibición de ser arbitradas en este proceso, en tanto que las mismas no pueden igualmente estar subsumidas dentro del supuesto normativo del tantas veces mencionado numeral 41.5 Art. 41° de la LCE; no pudiendo prosperar la excepción de deducida por el MINEDU, contra dichas pretensiones subordinadas.

Similar conclusión arriba también este Árbitro al examinar Sétima Pretensión Arbitral, que sin perjuicio de fluir con nitidez su naturaleza accesoria a la Sexta Pretensión Principal o a la Primera Pretensión Subordinada a ésta última, se infiere igualmente que tampoco contra ella alcanza la prohibición de arbitrabilidad que sirve de sustento al medio de defensa que aquí se ha examinado, habida cuenta que no se puede observar que lo pretendido en ella encuadre dentro del supuesto



normativo del ya citado numeral 41.5 Art. 41° de la LCE, no pudiendo en definitiva prosperar la excepción de deducida por EL MINEDU.

En consecuencia, en relación a la excepción de competencia deducida por EL MINEDU sobre la no arbitrabilidad del pedido de aprobación del Adicional de Obra N° 03 solicitado por el CONSORCIO (GRUPO B), se concluye que corresponde declarar infundado este medio de defensa en relación a la SEXTA PRETENSIÓN ARBITRAL, sus dos (02) PRETENSIONES SUBORDINADAS y la SÉTIMA PRETENSIÓN ARBITRAL.

Por último, en lo respecta al examen de los argumentos vertidos por el MINEDU sobre esta excepción y que corresponden al identificado como GRUPO C (sobre incompetencia deducida por el hecho de diferir expresamente las pretensiones arbitrales con la controversia señala en la petición arbitral, en este caso, en lo concierne a las pretensiones Cuarta Principal, Quinta Principal, Segunda Subordinada a la Sexta Principal y Séptima Principal); debemos recordar que los argumentos centrales esbozados por el MINEDU serían en puridad dos (02) para que se declare fundado este extremo de su Excepción de Incompetencia, a saber:

- a) *La falta de coincidencia expresa entre estas pretensiones arbitrales demandadas con la respectiva controversia señalada por el CONSORCIO en su petición arbitral, concluyendo que mal podría el Árbitro avocarse al conocimiento de pretensiones que no han sido formalmente acumuladas, ni menos han sido expresamente manifestadas por la contraria ni aceptadas por éste, lo que importaría finalmente una vulneración a una de las reglas del Acta de Instalación, así como lo dispuesto en el Art. 229° del Reglamento y el numeral 3 del Art. 39° de la Ley de Arbitraje LDA; y,*
- b) *La reserva realizada en su petitorio arbitral de incorporar nuevas pretensiones que surjan hasta la interposición de la demanda, no resulta ser conforme a derecho, toda vez que para ello debe observarse lo señalado en el Art. 52° de la LCE y los Art. 201° y 229° del Reglamento.*

Pues bien, a efectos de dilucidar lo señalado en el *literal a)*, el Árbitro único estima necesario que previamente se examine si existe en general en el convenio arbitral, en el Acta de Instalación o en alguna norma en materia de contrataciones del Estado o finalmente en su defecto, en la LDA, que exija la correspondencia entre los términos de una solicitud arbitral y lo que posteriormente deberá contener la demanda o, de darse



el caso, el subsiguiente pedido o pedidos de acumulación de pretensiones arbitrales dentro del arbitraje en curso.

Así, en referencia con la interrogante planteada, y revisado con detenimiento lo señalado en el párrafo anterior, únicamente se considera que se relacionan con ella, la parte inicial del Art. 52⁷ de LCE y el Art. 218⁸ del Reglamento, así como los Artículos 33⁹ y numeral 1 del Art. 39¹⁰ de LDA.

Pues bien, de las normas aludidas fluye con total claridad que: i) en lo que concierne a la solicitud de todo arbitraje, ésta debe estar referida a una determinada controversia o controversias que se desee someter a un arbitraje; ii) que sin embargo, en lo que respecta a la solicitud arbitral en materia de contratación estatal, que no se siga bajo la modalidad institucional o sin que exista pacto entre las partes, la normativa sobre la materia incluye una obligación que pesa sobre el solicitante: incluir en ella, de manera referencial y para fines ilustrativos, un resumen de dicha o de dichas controversias; iii) que desde el momento de la presentación de toda solicitud arbitral, se considera que se inician las actuaciones arbitrales; y, iv) con la presentación posterior de la demanda arbitral, es donde todo demandante deberá alegar recién las pretensiones que estime formular, no antes.

⁷ "Artículo 52.-Solución de controversias (...)

52.2. Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. La parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros. (...) Todos los plazos previstos son de caducidad.(...)" (El subrayado es del Árbitro Único).

⁸ "Artículo 218.- Solicitud de Arbitraje En caso las partes no se hayan sometido a un arbitraje-institucional o no hayan pactado al respecto, el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito, con indicación del convenio arbitral, incluyendo la designación del árbitro, cuando corresponda. La solicitud también deberá incluir de manera referencial y con fines informativos, un resumen de la o las controversias a ser sometidas a arbitraje y su cuantía." (El subrayado es del Árbitro Único).

⁹ "Artículo 33.- Inicio del arbitraje.

Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje."

¹⁰ "Artículo 39.- «Demanda y contestación

1. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral y a menos que las partes hayan acordado algo distinto respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula y el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda. (El subrayado es del Árbitro Único).

De forma tal que bajo la línea argumentativa precedente, a criterio de este Árbitro Único y en relación al supuesto a) examinado, se concluye, que no existe en realidad una regla pactada o legal que exija la correspondencia expresa denunciada por el MINEDU, que conlleve a demostrar que en el supuesto de observar ante una literal comparación entre la solicitud arbitral y su demanda, la presencia de una diferencia entre ellas configure automáticamente la incompetencia del Árbitro. De ahí que a juicio de este Árbitro, este extremo de argumentaciones hacen que devenga en infundada la Excepción de Incompetencia.

Ahora bien, en cuanto al fundamento que se refiere al *supuesto b)*, observamos que éste está más bien referido en estricto al arbitraje en materia de contrataciones del Estado. Asimismo, como se verificará de las normas que están involucradas en las razones esgrimidas por el MINEDU para sustentar la incompetencia en este extremo, desde ya detectamos que a diferencia del supuesto analizado anteriormente, aquí lo que exige la norma de la materia es que toda controversia ya sea específica o no, debe necesariamente formularse por escrito (en la solicitud arbitral) y además que se haga dentro de un determinado plazo que será siempre de *caducidad*, así como que se cumpla las exigencias especiales cuando dicha controversia sea formulada con posterioridad al inicio de un arbitraje en curso (acumulación de pretensiones).

Es de apreciar, en cuanto a la normativa invocada por el MINEDU, que el Artículo 52.5 de la LCE establece la posibilidad que las partes pueda solicitar la acumulación de nueva controversia surgida del mismo contrato, estando en curso un proceso arbitral; en concordancia el Artículo 229 del Reglamento recoge esta disposición haciendo la salvedad del pacto en contrario, inexistente en el presente caso. El Artículo 201 del Reglamento por su parte hace referencia al plazo límite para someter a arbitraje o conciliación las ampliaciones de plazo contractual.

Dicho esto último, debemos seguidamente pasar revista a las pretensiones arbitrales *Cuarta Principal, Quinta Principal, Segunda Subordinada a la Sexta Principal y Séptima Principal*, para luego verificar si las controversias que en ellas se plantean, han sido incorporadas al arbitraje cumpliendo lo que para el caso es la regla de oro, esto es que las controversias surjan del mismo contrato. Así, en cuanto a lo primero, pasemos revista nuevamente y en forma textual, a todos ellas:

Así, y para los fines de determinar si las controversias recogidas en el proceso provienen del mismo contrato, este Árbitro Único tiene a bien



destacar que la Cuarta Pretensión Arbitral¹¹, recoge en dos (02) reclamos: el primero, *el reconocimiento de los sobrecostos vinculados a diversos bienes contemplados en el expediente técnico* y uno segundo, dirigido a que se *apruebe la modificación de la fórmula polinómica (se entiende la fórmula que figura en el CONTRATO) para establecer los reajustes correspondientes.*

Asimismo, se observa que la Quinta Pretensión Arbitral¹², se refiere al reclamo de los costos del arbitraje.

Luego, en el caso de la Segunda Pretensión Arbitral Subordinada a la Sexta Pretensión Arbitral¹³, este Árbitro Único advierte que ella también recoge dos (02) pedidos ante la denegatoria de la Sexta Pretensión Arbitral (aprobación del Adicional de Obra N° 03): el primero, determinar la deducción de las partidas que corresponderían a la ejecución de los trabajos deficientes advertidos en la etapa de ejecución contractual y, uno segundo, que se declare inexigible al CONSORCIO la indicada ejecución de tales trabajos.

Finalmente, de una lectura de la Séptima Pretensión Arbitral¹⁴, el Árbitro Único que expide este Laudo entiende que en el fondo tal pretensión es una de naturaleza *accesoria* que operará siempre que se atiende su Sexta Pretensión Arbitral o su Primera Subordinada, es decir, de verificarse ello, deberá disponerse el otorgamiento de un plazo de ejecución de las partidas no contempladas en el expediente técnico.

Entonces, sobre la base de las anotaciones anteriores, en relación a la Cuarta y Quinta Pretensión Principal, corresponde señalar que la solicitud arbitral, la Carta Notarial N° 44843 de fecha 23 de marzo de 2015¹⁵ que fuera remitida por el CONSORCIO al MINEDU, hace

¹¹ "CUARTA PRETENSION PRINCIPAL

Que, la entidad reconozca en favor de mi representada los sobrecostos vinculados a diversos bienes contemplados en el expediente técnico ascendiente a la suma de S/. 825,460.86 (Ochocientos Veinticinco Mil Cuatrocientos Sesenta y 86/100 Nuevos Soles) y se apruebe una modificación de la fórmula polinómica para los reajustes correspondientes".

¹² "QUINTA PRETENSION PRINCIPAL

Que la entidad cubra con las costas y costos del presente proceso, por los fundamentos de hecho y derecho que pasamos a exponer."

¹³ "Segunda pretensión subordinada a la sexta pretensión principal: Que el Árbitro Único frente a las deficiencias del expediente técnico que fueron advertidas recién en la etapa de ejecución contractual determine la deducción de las partidas y como consecuencia de ello la inexigibilidad del contratista de ejecutar dichos trabajos".

¹⁴ "Séptima pretensión principal: que, de aprobarse la sexta pretensión principal o la primera subordinada a la sexta pretensión principal el árbitro único disponga que la Entidad otorgue el plazo necesario para ejecutar las partidas no contempladas en el expediente técnico, por los fundamentos de hecho y derecho que pasamos a exponer."

¹⁵ Esta Carta notarial corre como anexo 5 del escrito de contestación de la demanda.

referencia expresa e inequívoca al Contrato suscrito entre el MINEDU y el CONSORCIO de cuya ejecución surgen las controversias incorporadas al presente proceso. En efecto, en ella se aprecia que si bien dicha solicitud versa sobre el pedido de aprobación del Adicional de Obra (S/N°) sobre los ascensores y monta cargas, hecho que se verifica de su sección 1 "Materia controvertida y Monto Involucrado", también consigna en el "ASUNTO" y "REFERENCIA" correspondientes, la indicación expresa del "Inicio del proceso arbitral correspondiente a las Controversias relacionadas al contrato de obra", que no es otro que el Contrato N 002-2014MINEDU/VGMGI-PRONIED.

A lo anotado debe agregarse que la solicitud arbitral hace expresa reserva de la posibilidad (derecho) del solicitante a incorporar nuevas pretensiones que surjan hasta la presentación de la demanda; todo lo cual, importa la imposibilidad de limitar el derecho de acción del CONSORCIO en vía de la incompetencia deducida por el MINEDU.

En lo que concierne a la Quinta Pretensión Arbitral se verifica que éste en el fondo está vinculado al reclamo de lo que se conoce como la asunción de los "costos del arbitraje", el mismo que a juicio de este Árbitro Único no se considera en realidad una materia controvertida surgida de la ejecución del CONTRATO, sino más bien la extensión de las consecuencias directas de la tramitación de este arbitraje, lo que implica entonces que contra ella no pueda declararse la incompetencia deducida por qué la misma está ausente (el sometimiento de una materia controvertida) en la solicitud arbitral examinada.

Un examen similar corresponde realizar ahora en relación a la Segunda Pretensión Arbitral Subordinada a la Sexta Pretensión Principal y a la Séptima Pretensión Principal. Para ello, habiendo sido las mismas formuladas de manera acumulada como nuevas pretensiones, debemos para tal fin remitirnos al escrito N° 2-Cuaderno Principal de fecha 05 de octubre de 2015 que corre en autos. Así en el numeral 1 de la Sección II de dicho escrito (Materia Controvertida y Monto Involucrado), se ha señalado de manera expresa lo siguiente:

"Definir un elemento que cubra perimetralmente el enchape con la placa TRESPA METEON, por razones de conservación, protección y acabado arquitectónico como consecuencia de ello generar el respectivo adicional de obra y la aprobación del adicional de obra N° 03 incluyendo las partidas de cunetas de evacuación de aguas pluviales y rejillas de protección de cunetas, o en su defecto el reconocimiento de sobrecostos en el contrato de obra ocasionados por los trabajos a ejecutar vinculadas a nuevas partidas no contempladas en el expediente técnico, la cuantía de la pretensión se determinara en la demanda de acumulación de pretensiones." (El subrayado es del Árbitro Único).

De lo glosado, este Árbitro Único observa que en él sí están comprendidos las dos (02) controversias que se recogen en las dos (02) pretensiones arbitrales en comento (insistimos, la Segunda Subordinada a la Sexta Pretensión Arbitral y la Séptima Pretensión Principal), pues las mismas guardan correspondencia con la aprobación o en su caso, la eventual denegatoria del Adicional de Obra N° 03.

Dicho en otras palabras, las controversias que proponen las pretensiones arbitrales examinadas aquí, han sido sometidas a arbitraje en vía de acumulación, respetándose en tal sentido lo señalado en el Art. 52° de la LCE y los arts. 218° y 229° del Reglamento.

Sin perjuicio de lo anterior y en aplicación de lo señalado en el numeral 1) del Art. 41° de la LDA¹⁶, esto es, del "Kompetenz Kompetenz"¹⁷, el Árbitro Único decide en este caso avocarse al conocimiento de las controversias recogidas en la Cuarta Pretensión Arbitral, la Segunda Subordinada a la Sexta Pretensión Arbitral y la Séptima Pretensión Principal; no pudiendo prosperar la excepción de incompetencia contra ellas.

5. ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO (QUE SE RELACIONA CON LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

¹⁶ **Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.**

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales."

¹⁷ Un acercamiento a esta facultad nos la brinda FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo: "El Kompetenz-Kompetenz que confiere al árbitro la facultad para conocer y resolver acerca de todo asunto relativo a la jurisdicción arbitral y a la existencia y validez del acuerdo, tiene su origen en la doctrina alemana conocida como Kompetenz-Kompetenz Klausel, en cuya virtud el árbitro goza de la facultad para pronunciarse sobre su propia competencia sin ulterior revisión de la justicia nacional.10 El principio Kompetenz-Kompetenz constituye una regla de prioridad temporal frente a la justicia nacional sobre su competencia arbitral, buscando garantizar la no dilación injustificada del procedimiento arbitral, ya que los jueces nacionales deben abstenerse de intervenir mientras el árbitro no haya resuelto. La extensión de la competencia del árbitro para decidir sobre su propia jurisdicción se traduce en revisar entre otras cosas: i) Si existe un acuerdo de arbitraje válido, esto es, si cumple con los requisitos de existencia y validez; ii) Si la extensión del acuerdo de arbitraje incluye o cubre la disputa,11 iii) Si el acuerdo de arbitraje comprende a las personas o sociedades involucradas en el conflicto, como, por ejemplo, si la demanda es en contra de un grupo de empresas si incluye las filiales que no firmaron; iv) Si el árbitro goza de ciertas facultades, por ejemplo, para ordenar la acumulación o consolidación de las causas si se trata de distintos contratos; y v) Si el conflicto es arbitrable, materia cuyas limitaciones están dadas en el acuerdo arbitral y en las normas de orden público aplicables." (El subrayado es del Árbitro Único). Cita extraída del Artículo "Autonomía de los árbitros y la Intervención Judicial" Revista Arbitraje PUCP, Año IV N° 4 – Setiembre 2014, pág. 70.

Descripción del Punto Controvertido: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL ÁRBITRO ÚNICO APRUEBE EL ADICIONAL DE OBRA EQUIVALENTE A S/. 237,294.08. (DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO Y 08/100 NUEVOS SOLES).

Habiéndose declarado *FUNDADA LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA* deducida en su contra, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia a que se refiere esta pretensión arbitral que está a su vez vinculada a este punto controvertido.

6. ANÁLISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO (QUE SE RELACIONA CON LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

Descripción del Punto Controvertido: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL ÁRBITRO ÚNICO – DE MANERA SUBORDINADA - RECONOCER A FAVOR DEL CONSORCIO LOS SOBRECOSTOS INDEMNIZABLES POR DEFECTOS O VICIOS OCULTOS DEL EXPEDIENTE TÉCNICO CUYOS ALCANCES SE HAN PODIDO DETERMINAR RECIÉN DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL Y QUE ASCIENDEN A LA SUMA DE S/. 237,294.08 (DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO Y 08/100 NUEVOS SOLES).

6.1. Posición del CONSORCIO.

El CONSORCIO pretende el reconocimiento a su favor de los sobrecostos derivados de deficiencias o vicios ocultos del expediente técnico, si resultan ser indemnizables tal como así afirma haberlo probado, en la medida que con la información obrante en el indicado expediente técnico no se puede omitir una propuesta económica que fuera equivalente y acorde a las prestaciones a su cargo al momento de ejecutar las partidas de los ascensores y montacarga, por deficiencias – justamente - en las especificaciones técnicas y modificaciones al presupuesto de obra efectuadas por el MINEDU, que por el contrario, se encuentran fuera de los costos de mercado, tal como así lo ha reconocido el proyectista de la obra a que se refiere el CONTRATO, según es de verse de la comunicación remitida al CONSORCIO el 03-02-2015.

Sustentando su pretensión el CONSORCIO manifiesta que durante la ejecución contractual se generaron diversas ocurrencias en la obra a saber:

- a) *En aplicación del Ítem N° 02 - Obligaciones del contratista, página 29 de las bases Integradas del proceso de la Licitación Pública N° 004-2014-MINEDU/UE 108, dentro del plazo señalado y con fecha 04/11/2014, presento la Carta N° 005-2014-CB-ASQS/RO a la*



PRONIED – MINEDU adjuntando el informe inicial de compatibilidad del expediente, con una serie de observaciones y consultas. Así en el numeral 3.4.13 del Ítem III REVISION DEL EXPEDIENTE TÉCNICO, observa aspectos vinculados a los ascensores y montacargas, por ejemplo la falta de cotizaciones efectuadas por la entidad al momento de elaborar el expediente técnico, toda vez que los presupuestos no se condice con los precios de mercado, asimismo el numeral 3.5 Séptimo párrafo Planos LO3-JAEN PLANTA GENERAL-IE1IE2.cconductorivo. en el cual se indica que no existe detalles de las instalaciones electromecánicas de los ascensores y montacarga, finalmente en las recomendaciones de dicho informe se solicita mantener comunicación fluida entre el Contratista, Supervisión y Entidad Contratante, debiéndose aprobarse los adicionales que correspondan para la adecuada ejecución del proyecto, frente a las deficiencias del expediente.

b) Frente a la demora en el pronunciamiento del proyectista de las observaciones realizadas con el informe de compatibilidad del expediente, dice el CONSORCIO que la supervisión remite la Carta N° 18-2014-DCHB/SUP-JB, del 17/12/2014 adjuntando el Oficio N° 1222-2014-MINEDU dirigido por la entidad al proyectista efectuándole las consultas y observaciones de nuestro informe de compatibilidad y frente a la ausencia del pronunciamiento respectivo se nos adjunta el informe N° 085-2014-MINEDU del Ing. VICENTE ZURITA VILLARREAL - Ingeniero Mecánico Electricista de la entidad, donde precisa que los costos de los ascensores fueron establecidos en virtud de las cotizaciones efectuadas por el área de COSTO de la entidad y que las cotizaciones se harán llegar posteriormente al CONTRATISTA.

c) Con Carta N° 014-2014-CB-ASQS/RO de fecha 19 de diciembre del 2014, el CONSORCIO formula consulta sobre ocurrencia de la Obra:

CON RESPECTO A LOS ASCENSORES Y MONTACARGA. -

Para su ejecución se tiene solo los planos de Arquitectura tales como el plano A-06 "plano general de distribuciones del primer nivel," donde indica la distribución y/o indicación de 02 ascensores y 01 montacarga; Además se tiene en el plano A-100 "Detalles de Ascensor" donde solo se indica el espacio a utilizar y esquematizar.

- En las Especificaciones Técnicas Folio 1986-Especificaciones Técnicas Obras Exteriores – Arquitectura, se tiene las partidas que corresponden al Ítem 03.13.13 y 03.13.14 y en el folio 2008 se tiene la partida 03.09.30 sobre montacarga.



- Del Presupuesto folio 1793 - Obras Exteriores Arquitectura. Los Ítem 03.13.13 Suministro e instalación de ascensor de 02 paradas; 03.03.14 Suministro e instalación de ascensor de 03 paradas con un monto de S/. 9,750.00 y del 1794 el ítem 03.09.30 Montacarga metálica de 1.70 x 1.75, h= 5.15 con un monto de S/. 14,149.92, ambas partidas en sus especificaciones técnicas indican "Que la partida comprende el suministro y la instalación de los ascensores en los lugares que se indican en los planos de arquitectura y con las especificaciones proporcionadas por el proveedor siendo inverosímil que se especifique ya que cualquier proveedor para su diseño solicitan que debería estar en plano o especificaciones técnicas lo siguiente: 1) Tipo, 2) Capacidad, 3) velocidad, 4) Recorrido, 5 paradas y aberturas, 6 Fuerza Eléctrica 7) Control, 8) Operación, 9) máquina (dentro del ducto); 10 Dimensiones, 11 Seguridad contra caídas; 12 Amortiguadores; 13 Operador de puertas; 14 entrada para los pisos 15 tipo de plataforma 16, Tipo de cabina, 17 puertas Hall, 18, Señalizadores 19) Indicador de Posición.

- Al no contar con estos requisitos mi representada no puede realizar un cálculo justificatorio por lo tanto no se puede ejecutar dichas partidas, pues se debe indicar que el tiempo de fabricación mínimo es aproximadamente de ocho (8) meses.

- d) La Supervisión luego de hacer una revisión de las consultas, anota en el cuaderno de obra en el asiento 73 de fecha 19 de diciembre de 2014, de que se hace necesario la opinión del proyectista.
- e) Con carta N° 021-2014-DCHB/SUP-SEPI de fecha 20/12/2014 El supervisor se dirige a la entidad adjuntando el informe de ocurrencia de obra N° 01 referido a la compatibilidad del expediente ratificando las observaciones del CONSORCIO respecto a que en el expediente técnico no existe las especificaciones e información necesaria de los ascensores y montacarga que permitan ejecutar dicha partida. En el informe, también se ratifica lo mencionado en carta del CONSORCIO referida a las inconsistencias del expediente.
- f) Con Oficio N° 354-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO, de fecha 03 de febrero del 2015, el Jefe de la Unidad Gerencial de Estudios y Obras, recién remite a mi representada Información Complementaria sobre Absolución de Consultas de Obra, adjuntando la Carta N° 05-2015-FHT emitido por FREDDY HERNANDEZ TEJADA (Proyectista) de fecha 15/01/2015, el Informe N° 29.2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EEO-JMC, emitido por el Coordinador de Obra de la entidad, de fecha 02/02/2015 y el Informe N° 076-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EPP-VZV emitido por el Ingeniero



Mecánico Electricista de la entidad de fecha 27/01/2015, es en esta oportunidad donde a mi representada se le pone en conocimiento la totalidad de especificaciones técnicas de los ascensores y montacargas y las cotizaciones reales de los costos de dichas partidas que difieren sustancialmente de las especificaciones y presupuestos establecidos en el expediente técnico entregado por la entidad a mi representada durante el proceso de selección y el inicio del contrato, de los documentos antes indicados y consignado por el proyectista, este en su oportunidad habría entregado a PRONIED la información correcta relacionada a los ascensores y montacargas y luego la entidad no habría consignado dicha información en el expediente técnico entregado al contratista, desconociendo nuestra parte los motivos que generaron dicha inconsistencia.

- g) Con Carta N° 010-2015-CB-ASQS/RO de fecha 06 de febrero del 2015, mi representada se dirige a la Entidad, con atención al Jefe de la Unidad Gerencial de Estudios y Obras, para comunicarle sobre la necesidad de generar un Adicional de Obra, por considerar que las especificaciones técnicas alcanzadas por el proyectista y remitida mediante Oficio N° 354-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO. Modifican el proyecto Partidas de Suministro e instalación de Ascensores y Montacarga Metálica.*
- h) Con Oficio N° 537-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO de fecha 24 de febrero del 2015, la Entidad remite el Informe N° 182-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EEP-VZV del Especialista Mecánico – Electricista del Equipo de Estudios y Proyectos del PRONIED, deniega el adicional de obra toda vez que considera que las partidas estaban adecuadamente consignadas en el expediente técnico original.*

Señala el CONSORCIO que de los documentos señalados en los literales precedentes se puede verificar que desde el inicio del plazo contractual tanto el propio CONSORCIO como el supervisor comunicaron a la entidad las deficiencias e inconsistencias del expediente técnico vinculadas a los ascensores y montacargas, así tenemos que el 04/11/2014 remitió su informe de compatibilidad observamos dicho punto, ratificándolo a través de la carta N° 14 del 19 de diciembre del mismo año, donde hace un análisis más preciso de las inconsistencias como el presupuesto. Asimismo el supervisor a través de las Cartas N° 18 y 21-2014 ratifica las deficiencias e inconsistencias del expediente advertidos por el CONSORCIO y es recién el 03 de febrero que con oficio N° 354 que dan respuesta a las observaciones planteadas en el informe de compatibilidad del 04 de noviembre de 2014, es decir 3 meses después de haberseles notificado de acuerdo a las bases el informe de compatibilidad,

donde además se remite las verdaderas cotizaciones remitidas por el proyectista a PRONIED cuando remitió el expediente técnico, cuyos montos de US\$ 5,870.00, US \$37,980.00 y US \$ 40,820.00, difieren de lo consignado en el expediente original tal como se puede verificar en la Carta N° 010-2015-CB-ASQS/RO y los documentos contractuales que se adjunta a la demanda.

Por otra parte, recién también le fueron remitidas las especificaciones técnicas que permitirían ejecutar la partida, los cuales no estaban en el expediente original, tal como fue ratificada por el supervisor en su informe N° 01, mediante Carta N° 021-2014-DCHB/SUP-SEPI del 19 de diciembre de 2014. Donde comunica a la Entidad la falta de las especificaciones técnicas de los ascensores y montacarga en el expediente técnico por lo cual el proyectista, deberá aclarar dicho punto.

Señala el CONSORCIO que de acuerdo a lo establecido en los Art. 41° de la LCE y 207° del Reglamento, es perfectamente factible aprobar adicionales de obra inclusive cuando se trate de contratos a suma alzada como el presente caso, teniendo como una de sus causales defectos en el expediente técnico lo que se ha configurado con respecto a las partidas de ascensores y montacargas, ya que los documentos del expediente técnico original entregados al contratista difieren de los documentos remitidos por el proyectista a mi representada recién el 03 de febrero de 2015, es decir la entidad al momento de aprobar el expediente técnico para el proceso de selección omitió en parte las especificaciones técnicas de las partidas de ascensores y montacargas y modificó sin sustento alguno los costos y presupuestos de dicha partida, generando que el contratista sea inducido a error al momento de elaborar su propuesta económica, desvirtuando el Sistema de contratación a suma alzada, ya que el Artículo 40°¹⁸ del Reglamento de la LCE expresamente lo señala.

Como se ha acreditado en los puntos precedentes y en las pruebas que se adjunta en la presente demanda los planos y especificaciones técnicas no estaban completos durante el proceso de selección y el inicio del contrato, por lo tanto al haber incumplido la entidad con las características establecidas en el reglamento para la determinación en las bases para el sistema de contratación a suma alzada, no se puede exigir al contratista que este cumpla la prestación por el monto de su propuesta económica, toda vez que dicha propuesta, es decir, la manifestación de voluntad del contratista, fue emitida en el proceso de selección con un error o vicio en dicha declaración inducido por la entidad al no contemplar en el expediente técnico la totalidad de las especificaciones técnicas y presupuestos de las partidas bajo análisis por lo que estamos en la necesidad de aprobar el adicional de obra para el cumplimiento del objetivo del contrato.

¹⁸ *40.1. Sistema a suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución”...

Entendemos que los funcionarios de la entidad pretendiendo salvar su responsabilidad desestiman la posibilidad de aprobar el adicional de obra, no obstante, de ser totalmente consientes que mi representada cuenta con el derecho de que se apruebe el adicional.

Alega el CONSORCIO que la legislación nacional expresamente prohíbe el abuso del derecho y es que el PRONIED pretende obligarlo a ejecutar dichas partidas no obstante es claro que por declaración expresa del proyectista tanto los presupuestos como las especificaciones técnicas difieren de los documentos contractuales, amparando su pretensión en que estamos frente a un contrato a SUMA ALZADA, sin considerar que es la propia entidad al momento de aprobar el expediente técnico que incumplió los requisitos establecidos en el reglamento sobre el sistema de contratación a suma alzada.

El CONSORCIO señala que si según el criterio del Árbitro Único, no se hace posible aprobar un adicional de obra en sede arbitral, claramente nos encontramos frente a la necesidad de amparar la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal que se reconozca en su favor de los sobrecostos derivados de deficiencias o vicios ocultos del expediente técnico que son indemnizables tal como hemos probado en la medida que el contratista con la información obrante en el expediente técnico no podía omitir una propuesta económica que fuera equivalente y acorde a las prestaciones a su cargo al momento de ejecutar las partidas de los ascensores y montacarga, por deficiencias en las especificaciones técnicas y modificaciones al presupuesto de obra efectuadas por el PRONIED que se encuentran fuera de los costos de Mercado, lo que es reconocido por el proyectista en la comunicación remitida a mi representada el 03-02-2015.

Sostiene el CONSORCIO que en todo contrato de obra debe existir justa y equivalente relación entre las prestaciones recíprocas es por eso que justamente la legislación de contratación pública prevé la posibilidad de aprobar adicionales de obra, sin embargo frente a la indolencia de ciertos funcionarios es que existe la posibilidad de plantear controversia iniciando arbitraje para que sea un tercero, en este caso usted, que ponga la justa medida a las cosas y corrija los daños que se pretende ocasionar a mi representada al querer obligar la ejecución de una partida cuyas especificaciones técnicas estaban incompletas y sus presupuestos estaban claramente fuera de la realidad.

6.2. Posición del MINEDU

Para el DEMANDADO, esta pretensión subordinada deviene en IMPROCEDENTE, en la medida que lo que realmente pretende el CONSORCIO es que se modifique lo ya decidido por la entidad con la OFICIO

N° 537-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO, no obstante ser materia no arbitrable.

Se afirma asimismo que carece de razón la aseveración del CONSORCIO sobre una supuesta falta de especificaciones técnicas de los ascensores y montacarga, pues por el contrario, tales especificaciones sí obran en los planos que integran el expediente técnico y que corresponden a dichas partidas. Para ello se remite el MINEDU a los INFORMES N° 182-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EEP-VZV y N° 076-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EEP-VZV, los mismos que no fueron correctamente observados por el hoy DEMANDANTE.

Además, se indica que EL CONSORCIO no ha acreditado los supuestos daños y perjuicios ocasionados por EL PRONIED, limitándose simplemente a señalar un monto referencial en los fundamentos expuestos en la demanda, lo que implicaría que no se haya respetado lo establecido en el Artículo 1331° del Código Civil, pues en éste se regula que la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial y tardío o defectuoso. Dicho de otro modo, para EL MINEDU el CONSORCIO no habría observado el requerimiento de que la carga de la prueba respecto a los daños y perjuicios están a cargo de quién lo alega.

6.3. Decisión del ÁRBITRO ÚNICO

A efectos de dilucidar este segundo punto en controversia, el Árbitro Único estima prudente establecer en forma previa el marco conceptual dentro del cual se evaluará la existencia o no de responsabilidad de índole contractual que el CONSORCIO le imputa al MINEDU, y que trae como consecuencia de que se reconozca al primero los sobrecostos indemnizables reclamados.

Así, en el campo de la acción indemnizatoria por inexecución de obligaciones, se tiene que el Artículo 1321¹⁹ del Código Civil vigente (en adelante el CC) impone responsabilidad a quien no ejecuta sus obligaciones por *dolo, culpa inexcusable o culpa leve*, obligándolo al resarcimiento del daño en cuanto éste sea consecuencia inmediata y directa de tal inexecución. De esta forma la ley exige como elemento de esta acción el nexo de causalidad que vincula la

¹⁹ **Artículo 1321:** *Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*

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

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

obligación no ejecutada con el daño que ésta inexecución haya producido. Así, el referido artículo establece queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

Para una mayor claridad sobre los alcances de la norma comentada, PAZOS HAYASHIDA, nos dice que:

“Conforme a lo establecido en el artículo bajo comentario, la regla es que el resarcimiento por la inexecución de la obligación comprende el daño emergente, así como el lucro cesante (además del daño moral), en tanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución (independientemente de que sean previsibles o no). Así, la inexecución de la obligación puede generar una multiplicidad de daños, pero no todos serán resarcibles (y de éstos muchos menos serán resarcidos). Se excluye de esta forma la indemnización de los daños que sean consecuencia mediata (o en todo caso indirecta) de la inexecución, salvo que su indemnización haya sido pactada. (...).

La regla anterior se aplica a los casos en que la inexecución sea generada mediando dolo o culpa inexcusable. Se distinguen así estos supuestos (de mala fe y negligencia gravísima que linda con lo primero) del supuesto de culpa leve.

Por su parte, si el sujeto actúa con culpa leve (en donde se considera que es más clara una actuación de buena fe), el legislador ha considerado que éste sólo responderá por los daños que sean también consecuencia inmediata y directa de la inexecución, pero sólo en la medida en que los mismos sean previstos o previsibles (...)”²⁰.

Además, en lo concerniente a la materia probatoria, nuestro derecho sustantivo exige además que para ejercer una acción indemnizatoria, deberá probarse el dolo o la culpa inexcusable con la que el agente (en este caso, el MINEDU) habría actuado en la inexecución de la obligación, debiendo también probar los daños y perjuicios causados así como la cuantía de los daños, de conformidad con los artículos 1330° y 1331°²¹ del Código Civil.

Por lo tanto, de lo expuesto previamente se desprende que es requisito para el resarcimiento por daños y perjuicios de origen contractual, el que haya un nexo causal entre la inexecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso y el daño que se alega. Lo que quiere decir entonces que en el caso

²⁰ PAZOS HAYASHIDA, JAVIER. EN “CÓDIGO CIVIL COMENTADO” por los 100 mejores especialistas. GACETA JURÍDICA. TOMO VI. Páginas 921 y 922.

²¹ *“Artículo 1330: La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.*

Artículo 1331: La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

particular que estamos analizando, deberá probar el CONSORCIO qué obligación no ha ejecutado el MINEDU, o cumplido en forma total o parcial, tardía o defectuosamente y, asimismo, deberá probar que éste fue el hecho generador del daño que señala haber sufrido, así como el quantum que deberá ser indemnizado a su favor.

En ese sentido, para los efectos de evaluar lo anterior, del caso de autos se advierte los siguientes elementos: i) El hecho generador del daño que alega el CONSORCIO haber sufrido por parte del MINEDU; (ii) El dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve con la que habría actuado el MINEDU; (iii) Los daños y perjuicios sufridos por el CONSORCIO; y (iv) Si existió un nexo causal entre el hecho generador y el daño sufrido por el CONSORCIO, así como la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios acreditados (daño emergente, lucro cesante o daño moral). Por ende, evaluaremos seguidamente - uno a uno -, estos elementos:

i) El hecho generador del daño que alega el CONSORCIO haber sufrido por parte del MINEDU.

- Como se desprende de los términos de la demanda, para el CONSORCIO el hecho generador del daño estaría en que como consecuencia de haberse verificado y comprobado la existencia de deficiencias u omisiones (vicios ocultos) en el expediente técnico durante la etapa de ejecución del CONTRATO (toda vez que dicho expediente técnico no recogió algunas especificaciones técnicas para ejecutar la partida de ascensores y montacarga), determinando que tales deficiencias sean superadas y su subsanación recién incorporada por el MINEDU, como consecuencia directa de las consultas realizadas por el CONSORCIO para su realización, rubro que para su ejecución es cuantificado en la suma de S/. 237,294.00 Nuevos Soles.
- De manera que por el hecho antes descrito, para este Árbitro este primer presupuesto sí se configura para el caso demandado.

(ii) El dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve con la que habría actuado el MINEDU.

- Antes de indicar cuál de los supuestos indicados (*dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve*), es el que se le imputa al MINEDU, es preciso recordar que los Artículos 1318° al 1320°²² del Código Civil definen tales conceptos.

²² **Artículo 1318.-** *Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.*

Artículo 1319.- *Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.*

Artículo 1320.- *Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar."*

- Ahora bien, de una revisión detenida de todas las actuaciones que obran en el expediente arbitral con relación al reclamo que hace el CONSORCIO sobre esta pretensión arbitral subordinada, el Árbitro Único advierte en primer lugar, que el CONSORCIO no ha podido demostrar objetiva y concretamente que el MINEDU incumplió sus obligaciones contractuales ya sea por un actuar doloso o culposo, pese a que aquél tiene la carga probatoria, tal como así lo establece el Artículo 1330° del CC²³.
- Por tal razón y, teniendo de todas formas presente que en este caso de autos, el MINEDU no ha reconocido cubrir el sobrecosto reclamado en vía indemnizatoria por el CONSORCIO, resultará de aplicación lo señalado en el Artículo 1329° del CC, esto es, que *"Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor."*
- De tal suerte que este segundo presupuesto también se verifica en el caso reclamado por EL CONSORCIO, pero bajo la modalidad de *culpa leve*.

iii) *La existencia de los daños y perjuicios que afirma padecer el CONSORCIO:*

- En referencia a este tercer presupuesto, se desprende de lo actuado en este arbitraje, que los daños y perjuicios que reclama el CONSORCIO corresponden en puridad a las cotizaciones que el MINEDU recién da a conocer en la etapa de ejecución contractual, a través del proyectista de la obra del MINEDU para la ejecución de las partidas de los ascensores y montacarga, cotizaciones que no habrían sido tomadas en consideración dentro de las especificaciones recogidas en las Bases del CONTRATO para la realización y ejecución de dichos trabajos; tal como así figura en los documentos anexos que corren conjuntamente con la Carta N° 05-2015-FHT de fecha 15 de enero de 2015, pues en ella "se adjuntan las especificaciones técnicas de los ascensores de 02 paradas, 03 paradas y el montacargas", describiéndose en ellos los costos para la adquisición del suministro e instalación (US\$ 5,870.00, US\$.37,980.00 y US\$ 40,820.00, montos que por la conversión de la moneda arrojan la suma de S/. 237,294.08). Es de señalar que esta misiva generó luego que el Ingeniero Mecánico – Electricista vinculado con la obra, remitiera al Jefe de la Unidad de Estudios y Proyectos el Informe N° 076-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EPP-VZV de fecha 27.01.2015, en donde igualmente se recogió dentro de sus conclusiones y recomendaciones, lo anotado en la comentada Carta N° 05-2015 sobre el agregado de las cotizaciones en esta

²³ **Artículo 1330.- Prueba de dolo y culpa inexcusable**

La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."

etapa de ejecución contractual.

- En relación con lo anterior, un *DAÑO EMERGENTE* se da cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima. De ahí que el supuesto descrito en el párrafo anterior sí encaja perfectamente dentro del concepto de *DAÑO EMERGENTE*, en tanto ha sido éste debidamente acreditado por el CONSORCIO mediante la correspondiente cuantificación efectuada por el propio MINEDU.
- Sin embargo, aun cuando la existencia de los daños y perjuicios demandados, bajo la calidad de daño emergente resulta en una situación de posible ocurrencia cierta, en tanto que el CONSORCIO no ha ejecutado a su costo la prestación involucrada en su reclamo, no es posible su acreditación de manera efectiva, lo que no satisface el criterio en examen.

iv) *Nexo causal entre el hecho generador y el daño sufrido, así como la determinación de la cuantía de los daños:*

- Finalmente, en relación a este cuarto y último presupuesto, debemos en primer término señalar que la existencia de este nexo causal es posible solo en caso sea demostrado el daño emergente es decir la vinculación de causa y efecto entre el hecho generador (la incorporación de la cotización o quantum para la ejecución de los trabajos conducentes a la instalación de 2 ascensores y un montacarga) y el daño sufrido (constituido por el SOBRECOSTO reclamado) sea demostrado efectivamente, lo que no ha sucedido.

Por todo lo dicho, respecto de este Segundo Punto Controvertido que se relaciona con la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, el Árbitro Único estima que debe declararse **INFUNDADA** la pretensión demandada.

7. ANÁLISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO (QUE SE RELACIONA CON LA SEGUNDA PRETENSÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSÓN PRINCIPAL):

Descripción del Punto Controvertido: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL ÁRBITRO ÚNICO – DE MANERA SUBORDINADA Y FRENTE A LAS DEFICIENCIAS DEL EXPEDIENTE TÉCNICO QUE FUERON ADVERTIDAS RECIÉN EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL -, DETERMINE LA DEDUCCIÓN DE ESTA PARTIDA Y COMO CONSECUENCIA DE ELLO, LA INEXIGIBILIDAD AL CONSORCIO DE EJECUTAR DICHOS TRABAJOS.



7.1. Posición del CONSORCIO.

Con respecto a la segunda pretensión subordinada a la primera pretensión principal, el CONSORCIO busca que, si la Entidad se niega a cubrir los sobrecostos vinculados a las partidas a la pretensión, solicita al Árbitro Único determine la inexigibilidad de dicha prestación por no ser equivalente con la contraprestación y se exonere al contratista de la ejecución de las partidas de ascensores y montacarga, dejando a salvo el derecho a la entidad a poder ejecutar las mismas ya sea bajo la modalidad de administración directa o contrata con un tercero.

7.2. Posición del MINEDU

Con respecto a la Segunda pretensión subordinada a la Primera pretensión principal del CONSORCIO, para que el Arbitro Único, frente a las deficiencias del expediente técnico que fueron advertidas recién en la etapa de ejecución contractual, determine la deducción de esta partida y como consecuencia de ello la inexigibilidad al contratista de ejecutar dichos trabajos, el MINEDU señala que en atención a los argumentos expuestos en el escrito de demanda, solicita que se declare improcedente la pretensión.

Agrega el MINEDU que según advierte en ningún momento el CONSORCIO ha señalado algún dispositivo legal que ampare su solicitud; en consecuencia, de ninguna manera el Arbitro Único podrá resolver sobre una pretensión carente de sustento, siendo además que el Artículo 39 de la Ley de Arbitraje señala claramente que el demandante debe sustentar los hechos en los cuales funda sus pretensiones, lo cual tampoco ha efectuado la contraria.

7.3. Decisión del ÁRBITRO ÚNICO

En la apreciación del Árbitro Único, en cuanto a las deficiencias del expediente técnico que fueron advertidas recién en la etapa de ejecución contractual, que sirven de sustento a la pretensión del CONSORCIO, de lo expuesto por las partes en conflicto, resulta que en efecto tal situación ha quedado acreditada en la medida en que la documentación incorporada a los actuados por ambas partes así lo revela.

Por otro lado tenemos, a título de declaración asimilada, las anotaciones del MINEDU en el sentido que, sin denunciar la verosimilitud de los medios probatorios de su contraparte, hace alusión a un interpretación distinta de su contenido que se orienta fundamentalmente a oponerse a la aprobación del presupuesto adicional necesario para la ejecución de las partidas en cuestión,

soslayando la situación de inequidad contractual en perjuicio del CONSORCIO, que resulta de tales deficiencias.

En estas condiciones la posición del MINEDU es tanto más endeble en cuanto al contestar la pretensión específica demandada, opone la omisión del demandante de enunciar "*algún dispositivo legal que ampare su solicitud*", aludiendo a la obligación del Artículo 39 de la Ley de Arbitraje que señala que el demandante debe sustentar los hechos.

Siendo que la situación fáctica, derivada de las deficiencias del expediente técnico advertidas recién en la etapa de ejecución contractual, nos lleva a dilucidar la posibilidad de una deducción de la partida y como consecuencia de ello, la inexigibilidad al CONSORCIO de ejecutar los trabajos comprendidos en ella o lo que es lo mismo una reducción de las prestaciones a ejecutarse, tenemos que la OPINIÓN N° 103-2011/DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado OSCE, de fecha 19 de setiembre de 2011, teniendo en consideración lo dispuesto en el Artículo 41 de la LCE, distingue en los contratos de obra el concepto denominado como "*reducción*", a la ejecución de menores prestaciones de obra²⁴ ordenada por la Entidad al contratista, cuando habiendo sido estas consideradas en el contrato original con posterioridad, se determina que su ejecución no es necesaria para alcanzar la finalidad de este.

Como conclusión de lo dilucidado el Arbitro Único ha arribado a la convicción que corresponde declarar la *reducción* de la ejecución de las prestaciones de obra a cargo del CONSORCIO, en cuanto a los trabajos comprendidos en la partida materia de la controversia, y por ende declarar FUNDADA la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Arbitral de la demanda.

8. ANÁLISIS DEL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO (QUE SE RELACIONA CON LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

Descripción del Punto Controvertido: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL ÁRBITRO ÚNICO - DE APROBARSE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL O LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL -, DISPONGA QUE EL PRONIED-MINEDU OTORQUE EL PLAZO NECESARIO PARA EJECUTAR LA PARTIDA.

8.1. Posición del CONSORCIO.

 Para esta parte, en el caso que el Arbitro Único apruebe el Adicional de Obra (S/N°) o en su defecto, declare fundada el reclamo subordinado de que se le

²⁴ "*Que, habiendo sido consideradas en el contrato original, con posterioridad, se determina que su ejecución no es necesaria para alcanzar la finalidad de este*". (Nota a pie de página de la OPINIÓN N° 103-2011/DTN)

reconozca vía indemnización el pago de los sobrecostos para la ejecución de las partidas para la realización de los dos (02) ascensores y el montacarga, deberá otorgársele necesariamente un plazo mayor para ejecutar dicha partida, a fin de evitar un desfase en su ejecución y evitar un posible abuso de derecho del MINEDU de imputarnos una penalidad en el cumplimiento de prestaciones cuya real causante es ésta parte y no el CONSORCIO.

Además se sostiene que dicho plazo deberá tomar en cuenta los ocho (08) meses para su fabricación, más los correspondientes al flete, entrega, transporte al lugar de la obra e instalación.

8.2. Posición del MINEDU

Por el contrario, para el MINEDU, esta Segunda Pretensión Principal debe ser declarada Improcedente, en virtud de lo expuesto sobre la Primera Pretensión Principal y su Primera Pretensión Subordinada.

8.3. Decisión del ÁRBITRO ÚNICO

En primer término debe recordarse que este Árbitro Único ha declarado fundada la Excepción de Incompetencia en relación a la Primera Pretensión Arbitral que gira sobre el pedido de aprobación del Adicional de Obra (S/N°). Asimismo, también debe tenerse en cuenta que en lo que se refiere a su Segunda Pretensión Subordinada, ésta ha sido declarada fundada y, por lo tanto, se ha declarado la reducción de prestaciones a cargo del CONSORCIO en relación a la ejecución de las partidas que corresponden a los ascensores y montacarga.

Por consiguiente, se advierte que el avocamiento de este Árbitro para conocer esta Segunda Pretensión Arbitral, resulta CARENTE DE OBJETO, en la medida en que no habiendo prestaciones que ejecutar resulta innecesario dilucidar sobre plazo de ejecución alguno.

9. ANÁLISIS DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO (QUE SE RELACIONA CON LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

Descripción del Punto Controvertido: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL ÁRBITRO ÚNICO APRUEBE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 03 POR 119 DÍAS CALENDARIOS POR ATRASOS O PARALIZACIONES NO ATRIBUIBLES AL CONTRATISTA Y COMO CONSECUENCIA DE ELLO SE MODIFIQUE EL PLAZO DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL Y SE PAGUE LOS CORRESPONDIENTES GASTOS GENERALES ASCENDENTES A LA SUMA

DE S/. 727,031.77. (SETECIENTOS VEINTISIETE MIL TREINTA Y UNO Y 77/100 NUEVOS SOLES).

9.1 Decisión del ÁRBITRO ÚNICO

Habiéndose declarado FUNDADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD deducida en contra de la Tercera Pretensión Arbitral, se concluye que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia a que se refiere esta pretensión, toda vez que ésta se encuentra vinculada a este Quinto Punto Controvertido.

10. ANÁLISIS DEL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO (QUE SE RELACIONA CON LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

Descripción del Punto Controvertido: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL ÁRBITRO ÚNICO RECONOZCA A FAVOR DEL CONSORCIO LOS SOBRECOSTOS VINCULADOS A DIVERSOS BIENES CONTEMPLADOS EN EL EXPEDIENTE TÉCNICO ASCENDIENTE A LA SUMA DE S/. 825,460.86 (OCHOCIENTOS VEINTICINCO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y 86/100 NUEVOS SOLES) Y SE APRUEBE UNA MODIFICACIÓN DE LA FÓRMULA POLINÓMICA PARA LOS REAJUSTES CORRESPONDIENTES.

10.1. Posición del CONSORCIO

Sustentando su posición el CONSORCIO, con respecto a la cuarta pretensión principal, menciona que en el expediente técnico de obra hace referencia a marca, nombre comercial o diseño particular del producto, lo cual va contra lo que se determina en el Reglamento, además que presenta un solo proveedor en el mercado nacional, como son:

- 03.05.06 Enchape con placa trespa meteon; color rojo carmín de 1.07x2.13m. e=8mm
- 03.05.07 Enchape con placa trespa meteon; color celeste e=8mm;
- 03.05.08 Revestimiento acústico, natura # 305 ranurado
- 03.07.01 Impermeabilizante con manto asfáltico y gravilla sintética color verde=4mm
- 03.07.05 Panel lateral de acero perforado minionda e=8mm color rojo exterior y blanco interior
- 03.07.06 Cubierta de panel monorooft aluminio espuma pire e=17mm interior blanco, exterior verde

Por lo indicado, el CONSORCIO solicitó a la Entidad que se informe cuales son

proveedores del producto en el mercado nacional con quienes se evaluó las posibilidades que ofrece el mercado y la existencia de pluralidad de marcas al respecto; puesto que se estaría incumpliendo lo contemplado en la LCE y su Reglamento, sin embargo hasta la fecha no han obtenido respuesta.

Teniendo en consideración que los referidos productos son importados, los precios en el mercado internacional están expresados en dólares americanos y ninguno de estos productos están considerados dentro de la fórmula polinómica y no son pasibles de reajustes que sinceren el precio, por lo que solicita considerar estos reajustes de precios en el costo de ejecución de obra porque lo contrario estaría ocasionando un perjuicio económico con un sobre costo que no fue contemplado en el expediente técnico.

El CONSORCIO adjunta las cotizaciones de las tiendas y/o empresas que importan el producto para el mercado nacional evidenciándose un incremento entre precios del expediente técnico y reales por encima del 160% en promedio, por lo que solicita considerar un reconocimiento del sobre costo ocasionado por un error en el expediente técnico que claramente es violatorio de la legislación de las contrataciones públicas, al privilegiar una marca de determinados productos frente a la obligación que tenía la entidad de elaborar el expediente técnico con especificaciones técnicas que aseguraran una pluralidad de proveedores y no marcas y nombres comerciales de productos con un único proveedor en el país.

Agrega el CONSORCIO que los montos consignados en el presupuesto del expediente técnico para estos bienes difieren de las exorbitantes cotizaciones entregadas por este proveedor único. Su reclamación incluye la modificación de la fórmula polinómica que refleje y sincere el precio real de los productos, de lo contrario habría un desbalance económico en el contrato con respecto a la ejecución y reajuste de dichas partidas.

La violación a la normatividad de contrataciones del Estado incurrida por la entidad al establecer marcas de productos y especificaciones técnicas que sólo son cumplidas por dichas marcas y un solo proveedor en el expediente técnico está contemplado en los Artículos 11, 12 y 14²⁵ del Reglamento de la LCE.

²⁵ *Artículo 11.-Características Técnicas de lo que se va a contratar*

El área usuaria es la responsable de definir con precisión las características, condiciones, cantidad y calidad de los bienes, servicios u obras que requiera para el cumplimiento de sus funciones, debiendo desarrollar esta actividad de acuerdo a lo indicado en el Artículo 13° de la Ley. El órgano encargado de las contrataciones, con la autorización del área usuaria y, como producto del estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, podrá ajustar las características de lo que se va a contratar.

Para la descripción de los bienes y servicios a contratar no se hará referencia a marcas o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos particulares, fabricantes determinados, ni descripción que oriente la adquisición o contratación de marca, fabricante o tipo de producto específico. Sólo será posible solicitar una marca o tipo de producto determinado cuando ello responda a un proceso de estandarización debidamente sustentado, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad (...).

En virtud a las normas glosadas y las pruebas que adjuntan a la demanda, señala el CONSORCIO ha quedado acreditado que con respecto a los bienes señalados en el presente rubro, la Entidad al momento de aprobar el expediente técnico ha vulnerado la legislación y el equilibrio del contrato favoreciendo de forma ilegítima a un solo proveedor imponiendo al CONSORCIO un sobrecosto que no debe ser permitido en sede arbitral, por lo antes expuesto solicitamos se declare fundada la cuarta pretensión principal y por ende se reconozca a su favor los sobrecostos vinculados a diversos bienes contemplados en el expediente técnico ascendente a la suma de S/. 825,460.86 (Ochocientos Veinticinco Mil Cuatrocientos Sesenta y 86/100 Soles).

10.2. Posición del MINEDU

Respecto a que reconozca a favor del CONSORCIO los sobrecostos vinculados a diversos bienes contemplados en el expediente técnico ascendente a la suma de S/. 825,460.86 nuevos soles y se apruebe una modificación de la fórmula polinómica para los reajustes correspondientes a la Cuarta Pretensión Principal, el MINEDU manifiesta:

1. El contratista sustenta su pretensión señalando que el reconocimiento de dichos sobrecostos se debe a errores del expediente técnico, lo que habría

**Artículo 12.- Estudio de posibilidades que ofrece el mercado*

Sobre la base de las especificaciones técnicas o términos de referencia definidos por el área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones tiene la obligación de evaluar las posibilidades que ofrece el mercado para determinar lo siguiente:

1. El valor referencial;
 2. La existencia de pluralidad de marcas y/o postores;
 3. La posibilidad de distribuir la Buena Pro;
 4. Información que pueda utilizarse para la determinación de los factores de evaluación, de ser el caso;
 5. La pertinencia de realizar ajustes a las características y/o condiciones de lo que se va a contratar, de ser necesario;
 6. Otros aspectos necesarios que tengan incidencia en la eficiencia de la contratación.
- Para realizar el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, debe emplearse como mínimo dos (2) fuentes. Pudiendo emplearse los siguientes: presupuestos y cotizaciones actualizadas (...).*

**Artículo 14.- Valor referencial para ejecución y consultoría de obras*

En el caso de ejecución y consultoría de obras la determinación del valor referencial se sujetará a lo siguiente:

1. *En la contratación para la ejecución de obras, corresponderá al monto del presupuesto de obra establecido en el Expediente Técnico. Este presupuesto deberá detallarse considerando la identificación de las partidas y sub partidas necesarias de acuerdo a las características de la obra, sustentándose en análisis de precios unitarios por cada partida y sub partida, elaborados teniendo en cuenta los insumos requeridos en las cantidades y precios o tarifas que se ofrezcan en las condiciones más competitivas en el mercado. Además, debe incluirse los gastos generales variables y fijos, así como la utilidad.(...).*

generado un desbalance económico en el contrato con respecto a la ejecución y reajuste de partidas.

2. Sin perjuicio de la excepción de incompetencia interpuesta, la entidad señaló que la contraria mediante la CARTA N° 49-2015-CB-ASQS/RO de fecha 13.07.2015 manifestó sus apreciaciones respecto de marcas, nombre comercial o diseño particular de algunas partidas del expediente técnico del proceso de Licitación Pública N° 004-2014-MINEDU/UE 108.
3. Con el INFORME N° 083-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EAC-MAC de fecha 21.07.2015, y en atención a la comunicación efectuada por el proyectista a través de la CARTA N° 034-FHT-2015, señala lo siguiente: *"el responsable del proyecto procede con la absolución de consulta, indicando que los materiales propuestos responden a requerimientos de tipo bioclimático solicitados en los términos de referencia, por lo que el mencionado proyectista propuso FACHADAS VENTILADAS con materiales durables, resistentes al impacto, anti graffiti, fácil limpieza, bajo costo de mantenimiento, con respecto a los colores ha utilizado los alusivos a la institución educativa.*

Asimismo, indica los proveedores que suministran estos productos en el mercado local, tales como: MR AGUILAR –SMAC FILIAL AGUILAR PERU, ATRIUM, SOPREMA, BUILDDEX, HUNTER DOUGLAS y las DOS TORRES.

4. Mediante el INFORME N° 228-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EEO-JMC de fecha 24.07.2015, el Coordinador de Obra señaló lo siguiente: *"Consideramos que el estudio de posibilidades que ofrece el mercado, en este caso está referido a la existencia de empresas constructoras y no al detalle de los insumos como si se tratase de una adquisición de bienes como lo refiere el contratista, sin embargo reiteramos que este tipo de observaciones debió hacerse durante el proceso de licitación a efecto de corregir el valor referencial de ser el caso y no en la etapa de ejecución cuyo valor contractual es producto de la verificación y estudio de mercado del postor ganador de la buena pro en función a las especificaciones técnicas que han sido aceptadas con las Bases Integradas del proceso por los 16 postores participantes que tuvo como ganador al CONSORCIO, cuyos costos unitarios y precio de los insumos corresponden a sus cotizaciones efectuadas antes de presentar su oferta que resulto ser ganadora y que, de acuerdo a la LCE y su Reglamento está obligado a cumplir en un plazo de 360 días calendario, debiendo considerar además que se trata de un proceso cuyo sistema de contratación es a Suma Alzada."*

5. Cabe precisar que dichos informes fueron remitidos al contratista mediante el OFICIO N°2618-2015.MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO de fecha

24.07.2015, en el cual se indica que dichas consultas devienen en EXTEMPORANEAS, toda vez que éstas corresponden a la etapa de selección.

6. Agregando a ello, advierto que la presente pretensión carece de sustento legal, pues en el presente caso el sistema de contratación pactado por las partes ha sido de SUMA ALZADA, por lo que constituye obligación del contratista concluir la obra dentro del plazo vigente y por el precio pactado inicialmente, ello conforme a las Bases Integradas y especificaciones técnicas que forman parte del contrato, en atención a lo dispuesto en el Artículo 40 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
7. En virtud a los fundamentos expuestos, solicita el MINEDU que la pretensión sea declarada IMPROCEDENTE.

10.3. Decisión del ÁRBITRO ÚNICO

A efectos de dilucidar este segundo punto en controversia, el Árbitro Único estima del caso hacer referencia previa al marco conceptual, dentro del cual se evaluará la existencia o no de responsabilidad de índole contractual que el CONSORCIO le imputa al MINEDU, y que trae como consecuencia de que se reconozca al primero los sobrecostos indemnizables reclamados, marco conceptual ya anotado en el análisis de una previa pretensión.

Así, en el campo de la acción indemnizatoria por inejecución de obligaciones, tenemos que el Artículo 1321²⁶ del Código Civil vigente impone responsabilidad a quien no ejecuta sus obligaciones por *dolo*, *culpa inexcusable* o *culpa leve*, obligándolo al resarcimiento del daño en cuanto éste sea consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. De esta forma la ley exige como elemento de esta acción el nexo de causalidad que vincula la obligación no ejecutada con el daño que ésta inejecución haya producido. Así, el referido artículo establece que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

En lo concerniente a la materia probatoria, nuestro derecho sustantivo exige además que para ejercer una acción indemnizatoria, deberá probarse el dolo o la culpa inexcusable con la que el agente (en este caso, el MINEDU) habría


²⁶ **Artículo 1321:** *Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*

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

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

actuado en la inexecución de la obligación, debiendo también probar los daños y perjuicios causados así como la cuantía de los daños, de conformidad con los artículos 1330° y 1331°²⁷ del Código Civil.

Por lo tanto, de lo expuesto previamente se desprende que es requisito para el resarcimiento por daños y perjuicios de origen contractual, el que haya un nexo causal entre la inexecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso y el daño que se alega. Lo que quiere decir entonces que en el caso particular que estamos analizando, deberá probar el CONSORCIO que obligación no ha ejecutado el MINEDU, o cumplido en forma total o parcial, tardía o defectuosamente y, asimismo, deberá probar que éste fue el hecho generador del daño que señala haber sufrido, así como el quantum que deberá ser indemnizado a su favor.

En ese sentido, para los efectos de evaluar lo anterior, del caso de autos se advierten los siguientes elementos: i) *El hecho generador del daño que alega el DEMANDANTE haber sufrido por parte del DEMANDADO*; (ii) *El dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve con la que habría actuado EL PRONIED*; (iii) *Los daños y perjuicios sufridos por el CONSORCIO*; y (iv) *Si existió un nexo causal entre el hecho generador y el daño sufrido por el CONSORCIO, así como la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios acreditados (daño emergente, lucro cesante o daño moral)*. Por ende, evaluaremos seguidamente - uno a uno -, estos elementos:

i) *El hecho generador del daño que alega EL CONSORCIO haber sufrido por parte del MINEDU.*

- Como se desprende de los términos de la demanda, para el CONSORCIO el hecho generador del daño estaría en que como consecuencia de haberse verificado y comprobado la existencia de una diferencia entre precios del expediente técnico y los precios reales por encima del 160% en promedio, de determinados productos indicados en el expediente técnico de obra con referencia a marca, nombre comercial o diseño particular del producto, lo cual va contra lo que se determina en el Reglamento.
- Los referidos productos son importados con un único proveedor en el país, con los precios expresados en dólares americanos, no considerados dentro de la fórmula polinómica y por tanto no son pasibles de reajustes lo que ocasiona el perjuicio económico representado por un sobre costo que no fue contemplado en el expediente técnico.



²⁷ **Artículo 1330:** *La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.*

Artículo 1331: *La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."*

**ÁRBITRO ÚNICO
CONSORCIO BRACAMOROS
PRONIED- MINISTERIO DE EDUCACIÓN**

- Dado que la diferencia de precios, no negada por el MINEDU, se ha documentado en los actuados, para este Árbitro el primer presupuesto se configura efectivamente para el caso demandado; sin embargo en ello no se refleja la incidencia que sustente la modificación de la fórmula polinómica del CONTRATO.

(ii) *El dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve con la que habría actuado EL MINEDU.*

- Antes de indicar cuál de los supuestos indicados (*dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve*), es el que se le imputa al MINEDU, es preciso recordar que los Artículos 1318° al 1320°²⁸ del Código Civil definen tales conceptos.
- De una revisión detenida de todas las actuaciones que obran en el expediente arbitral con relación al reclamo que hace el CONSORCIO sobre esta pretensión, el Árbitro Único advierte en primer lugar, que sin perjuicio de lo manifestado por el DEMANDANTE, el MINEDU afronta la reclamación por la vía de señalar que las consultas sobre los proveedores del producto en el mercado nacional con quienes se evaluó las posibilidades que ofrece el mercado y la existencia de pluralidad de marcas, devienen en extemporáneas, toda vez que éstas corresponden a la etapa de selección y que en todo caso estando a la modalidad contractual (a suma Alzada) constituye obligación del CONSORCIO concluir la obra dentro del plazo vigente y por el precio pactado inicialmente, soslayando su responsabilidad en la génesis del sobrecosto reclamado. Más aún si se incurrió en una actuación no permitida por la normativa en relación con los productos en cuestión.
- Esto sin embargo no implica la acreditación de la incidencia de los precios en cuestión en la fórmula polinómica, cuya modificación reclamada por el CONSORCIO no ha sido documentado suficientemente para crear convicción en el Árbitro Único.
- Por lo expuesto y, teniendo presente que en el caso de autos, el MINEDU no ha reconocido cubrir el sobrecosto reclamado en vía indemnizatoria por el CONSORCIO, resultará de aplicación lo señalado en el Artículo 1329° del CC, esto es, que *"Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor."*



²⁸ *Artículo 1318.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.*

Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar."

- De tal suerte que este segundo presupuesto también se verifica en el caso reclamado por el CONSORCIO, pero bajo la modalidad de *culpa leve*.

iii) La existencia de los daños y perjuicios que afirma padecer el CONSORCIO:

- En referencia a este tercer presupuesto, se desprende de lo actuado en este arbitraje, que los daños y perjuicios que reclama el CONSORCIO corresponden en puridad a los mayores precios de los diversos bienes contemplados en el expediente técnico que generan sobre costo ascendente a la suma de S/. 825,460.86.
- En relación con lo anterior, un *DAÑO EMERGENTE* se da cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima. De ahí que el supuesto descrito en el párrafo anterior sí encaja perfectamente dentro del concepto de *DAÑO EMERGENTE*, en tanto ha sido éste debidamente acreditado por el CONSORCIO mediante la correspondiente cuantificación.
- En consecuencia, para este Árbitro la acreditación de la existencia de los daños y perjuicios demandados por el CONSORCIO, bajo la calidad de daño emergente, ha sido de manera efectiva demostrada, sin que en ello se advierta efecto de la presunta distorsión de la fórmula polinómica como pretende el CONSORCIO.

iv) Nexa causal entre el hecho generador y el daño sufrido, así como la determinación de la cuantía de los daños:

- Finalmente, en relación a este cuarto y último presupuesto, debemos en primer término señalar que este nexa causal sí existe, en la medida que hay sin ninguna duda una vinculación de causa y efecto entre el hecho generador (la existencia de una diferencia entre precios del expediente técnico y los precios reales, de determinados productos indicados en el expediente técnico de obra); así como el daño sufrido (*SOBRECOSTO*) que reclama por el CONSORCIO.

Por todo lo dicho, respecto de este Sexto Punto Controvertido (que se relaciona con la Cuarta Pretensión Principal, el Árbitro Único estima que debe declararse *FUNDADA* en el extremo referido al sobre costo reclamado, ordenándose que el MINEDU cumpla con pagar a título de indemnización a favor del CONSORCIO la suma de S/. 825,460.86 (Ochocientos Veinticinco Mil Cuatrocientos Sesenta y 86/100 Soles); e *INFUNDADA* en cuanto al extremo de la modificación de la fórmula polinómica.

11. ANÁLISIS DEL OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO (QUE SE RELACIONA CON LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

Descripción del Punto Controvertido: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL ÁRBITRO ÚNICO APRUEBE EL ADICIONAL DE OBRA N° 03 EQUIVALENTE A S/. 355,589.47 (TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE Y 47/100 NUEVOS SOLES).

11.1 Posición del CONSORCIO

Para el CONSORCIO el Árbitro Único debe aprobar el Adicional de Obra N° 03 solicitado mediante la Carta N° 079-2015-CB-ASQS/RO de fecha 17 de setiembre de 2015, toda vez que no resulta ajustado a los hechos y a las normas sobre la materia el pedido del MINEDU para que se reelabore el expediente técnico que sustenta este adicional, sobre la base de lo señalado en el Oficio N° 3494-2015-MINEDU/VGMI-PRONIED-UGEO de fecha 23 de setiembre de 2015 y el Informe N° 308-2015 MINEDU/VGMI-PRONIED-UGEO-EEO-JMC de fecha 21 de setiembre de 2015 que ahí se invoca como sustento; documentos que por cierto corren como Anexo N° 12 y N° 13 del escrito N° 05-Principal por medio del cual el DEMANDANTE formula sus nuevas pretensiones arbitrales acumuladas.

Sobre los hechos generadores de esta pretensión, el CONSORCIO manifiesta lo siguiente:

- a) *Que, mediante Asiento del Cuaderno de Obra N° 261 de fecha 9.08.2015 el Residente del Consorcio manifiesta a la Supervisión que en la lámina A-101 no define totalmente las especificaciones técnicas ni dimensiones de elementos indicados. Además, no se especifican detalles de:*
 - *Encuentro entre placa trespa con parapeto vertical*
 - *Encuentro entre placa trespa con muro lateral*

- b) *Que, mediante Carta N° 078-2015-DCHB/SUP-SEPI recibida por PRONIED con fecha 13.08.2015, el Jefe de Supervisión remite a la Entidad el Informe Especial N° 09-2015/DCBH/SUO-SEPI en el que considera necesaria definir un elemento que cubra perimetralmente el enchape con la placa TRESPA METEON, por razones de conservación, protección y acabado arquitectónico; en tal sentido solicita sea absuelta dicha consulta hecha por el contratista, contando con la participación del especialista en la materia; debe definirse el elemento, detalles constructivos y los materiales a usarse en el planteamiento de esta parte complementaria que defina totalmente la ejecución de dichas partidas.*

- c) *Que, mediante Oficio N° 3197-2015-MINEDU/VGMI-PRONIED-UGEO del 03.09.2015, PRONIED comunica al Consorcio la opinión técnica en la especialidad de arquitectura del Equipo de Ingeniería de Obras*



remitiendo el Informe N° 47-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO.EIO-JLQC en el que se pronuncia que efectuada la revisión del expediente técnico, se concluye lo siguiente:

El Material Placa TRESPA – METEON, es un producto único de marca Tresa Meteor detallando características del indicado material.

El Plano A-101 contiene los detalles de encuentros en cada caso: Encuentro entre Placa TRESPA con parapeto vertical y encuentro entre Placa TRESPA con muro lateral (adjuntando detalles generales y especificaciones del sistema al que corresponde el diseño del Expediente Técnico).

En vista que el producto TRESPA METEON, incluye todos los accesorios, corresponde al Contratista ejecutar los trabajos según recomendaciones y especificaciones adjuntadas a la presente.

- d) Que, mediante Carta N° 077-2015-CB-ASQS/RO de fecha 07.09.2015 el CONSORCIO indica que la Entidad comunica al Consorcio Bracamoros que el detalle de encuentro de placa trespas con parapeto vertical se encuentra en la lámina A-101 en el detalle Techo de cobertura de borde. Sin embargo, este detalle en realidad se refiere al remate de la cobertura final de un parapeto o pared con la cobertura superior del edificio.

La consulta ha sido claramente formulada referente al encuentro de la placa trespas con parapeto vertical, como ha sido detallado en el cuaderno de obra, por lo tanto, la absolución de consulta no se refiere a lo observado por el Consorcio y los detalles que mencionan en el documento el especialista de la Entidad, no pueden ser tomados en consideración.

Lo mismo sucede con la consulta planteada sobre el encuentro de la placa trespas con el muro vertical a la que la Entidad responde que se encuentra en la lámina A-101 en el detalle Esquina Externa. Sin embargo, este detalle en realidad se refiere al encuentro de placa trespas con placa trespas. Sin embargo, la consulta ha sido claramente formulada referente al encuentro de placa trespas con muro lateral, como ha sido detallado en el cuaderno de obra.

Por tanto, la absolución de consulta no se refiere a lo observado por el Consorcio y los detalles que mencionan en el documento el especialista de la Entidad no pueden ser tomados en consideración.



El Informe de PRONIED no menciona nada respecto a la consulta referente a Fachada de Base sobre la inexistencia de especificaciones técnicas ni dimensiones de elemento: cierre del Angulo perforado.

- e) *Que, mediante Asiento de Cuaderno de Obra N° 257 de fecha 05.08.2015 el Residente de Obra indica que la supervisión pretende en esta etapa de ejecución de la obra definir que la cuneta debe de ser un concreto armado por el dibujo de corte transversal, recalcando que la consulta planteada es referente a las especificaciones técnicas de la cuneta y el tipo de concreto y la resistencia del mismo; insistiendo en la necesidad de elevar la consulta a la Entidad porque la especificación técnica del concreto en la cuneta no es parte integrante del expediente técnico contractual y el artículo 40° de la Ley es clara referente en que en obras a sumaalzada las cantidades, magnitudes, y calidades de la prestación deben estar totalmente definidas en los planos y especificaciones técnicas respectivas. Las especificaciones técnicas no aparecen en planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva, ni presupuesto. Asimismo, insiste en la necesidad de elevar la consulta a la Entidad sobre la construcción o no de una rejilla de protección a la cuneta.*
- f) *Que, mediante Asiento de Cuaderno de Obra N° 258 de fecha 05.08.2015 el Jefe de Supervisión indica que luego de revisado los documentos del expediente técnico, no existe partida referente a cunetas a nivel de pisos ni tampoco especificaciones técnicas de la construcción de dichas cunetas. Ante esa impresión la supervisión considera emitir opinión y elevar la consulta a la Entidad para su opinión y resolución correspondiente.*
- g) *Que, mediante Oficio N° 3120-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO del 28.08.2015, PRONIED remite al contratista la absoluciónde consultas sobre especificaciones técnicas y de cunetas de evacuación de aguas pluviales adjuntando el informe N° 10-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EIO-MESG de fecha 25.08.2015 en el que el especialista Arq. Miguel Erasmo Sotero García concluye que el proyectista ha absuelto la consulta mediante la Carta N° 41-FHT-2015 de fecha 20.08.2015, en el que manifiesta que en el asiento del cuaderno de obra N° 248 de la supervisión está clara la respuesta, considerando absuelta la consulta. Indica además que en el Plano E-02 figura claramente utilizar un concreto de 210 kg/cm² y acero de Ø 3/8". La estructura de la rejilla metálica (movibles cada 0.90, para facilitar su fácil mantenimiento), debería ser de ángulo con platina de 1/2" x 3/16" y separada cada 1", adjuntando detalle.*



- h) Que, mediante asiento del cuaderno de obra N° 281 de fecha 01.09.2015 el Residente de Obra comunica a la supervisión que de acuerdo a la opinión del proyectista y con la conformidad del especialista de PRONIED se absuelve la consulta, precisando sin embargo que en el cuadro que aparece en la lámina E-2 las especificaciones técnicas se refieren a la losa de pavimento en losas de piso y no a especificaciones técnicas de cunetas de evacuación de aguas pluviales a nivel de piso (materia de consulta). Tanto así que el cuadro indicado contempla a lo referente a Refuerzo: SIN REFUERZO, lo que reafirma que no se refiere a especificaciones técnicas de la cuneta sino más bien a losa de piso que efectivamente es sin refuerzo. El gráfico de la cuneta E-02 indica las características para la cuneta, sin embargo, no especifica la resistencia del concreto a utilizar en la indicada partida. Reafirmandose en que el presupuesto de obra no considera la partida Cuneta de evacuación de aguas pluviales. Es por ello que tampoco existen especificaciones técnicas de la indicada partida.
- i) Que, mediante Oficio N° 3251-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO recibido por el contratista con fecha 09.09.2015, el jefe de la Unidad Gerencial de Estudios y Obras, Ing. Cesar Cubas Abanto, autoriza al Consorcio proceder a la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra en concordancia con la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, otorgando para tal fin el plazo de seis (06) días útiles, en base al Informe N° 281-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EEO-JMC del Ing. Jorge Miranda Cabrera, Coordinador de Obras, que considera como último antecedente que el contratista mediante asiento del cuaderno de obra N° 281 de fecha 01.09.2015, comunica que de acuerdo a la opinión del proyectista y la conformidad del especialista de PRONIED se absuelva la consulta, precisando según el contratista que en el cuadro que aparece en la lámina E-2 las especificaciones técnicas se refieren a la losa de pavimento en losas de piso y no a cunetas, ninguno de estos detalles forman parte del expediente técnico, por lo que manifiesta la necesidad de tramitar la autorización de prestaciones adicionales de obra, dentro de lo que estipula la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Concluyendo que al haberse anotado por cuaderno de obra dicho requerimiento en cumplimiento al Art. 207 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se recomienda informar al Contratista para que proceda a elaborar el expediente técnico de la Prestación Adicional N° 03.
- j) Que, mediante Carta N° 079-2015-CB-ASQS/RO de fecha 17 de setiembre del 2015 el Consorcio presenta ante PRONIED el expediente técnico de la Prestación Adicional N° 03 incluyendo las



partidas de cunetas de evacuación de aguas pluviales y rejillas de protección de cunetas.

k) Que, mediante Oficio N° 3494-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO de fecha 23.09.2015 el Ing. Cesar Cubas Abanto, Jefe de la Unidad Gerencial de Estudios y Obras, de acuerdo al Informe N° 308-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EEO-JMC, devuelve la documentación presentada con la finalidad que proceda el Contratista a la reelaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra, teniendo en consideración que se ha revisado la documentación presentada, observando que el presupuesto adicional considera las partidas de concreto y armadura de acero que se contradice con la absolución de las consultas por parte de la Entidad y por lo tanto deben de ser eliminadas por estar consideradas en el expediente contractual y solamente debe considerarse las actividades de suministro e instalación de la rejilla metálica de seguridad conforme a los detalles alcanzados por el proyectista Fredy Hernández Tejada.

l) Que, mediante la Carta N° 082-2015-CB-ASQS/RO del 28.09.2015, el Consorcio solicita a la Entidad reconsidere el trámite del Adicional de Obra N° 03, en el cual se indica lo siguiente:

- El Consorcio ha solicitado la autorización de trámite para la autorización de prestaciones adicionales de acuerdo a lo que determina la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, con el debido sustento técnico y legal.*
- El Consorcio solicita a la Entidad reconsiderar lo expuesto en el Oficio N° 3494-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO de fecha 23.09.2015 mediante el cual devuelve la documentación presentada con la finalidad que se reelabore el expediente técnico de la prestación adicional de obra, ordenando eliminar la partida de concreto y acero de cuneta considerando erróneamente que estén incluidas en el expediente contractual.*
- El Consorcio presenta nuevamente el expediente técnico de la prestación adicional de obra N° 03 que contempla partidas que no se encuentran consideradas en el expediente contractual, para la evaluación correspondiente por parte de la Entidad.*
- Es necesario indicar que, si la Entidad decide no incluir estas partidas como prestación adicional de obra, esto deberá ser contemplado como un sobrecosto al no estar considerado en el presupuesto de obra del expediente técnico contractual.*



m) Que, un punto importante de mencionar es que el Adicional N° 03 contempla definir un elemento que cubra perimetralmente el enchape con la PLACA TRESPA METEON, por razones de conservación,

protección y acabado arquitectónico como consecuencia de ello generar el respectivo adicional de obra, y la aprobación del adicional N° 03 incluyendo las partidas de cunetas de evacuación de aguas pluviales y rejillas de protección de cunetas, o en su defecto el reconocimiento de sobrecostos en el contrato de obra ocasionados por los trabajos a ejecutar vinculadas a nuevas partidas no contempladas en el expediente técnico, o en su defecto que el Arbitro Único, frente a las deficiencias del Expediente Técnico que fueron advertidas recién en la etapa de ejecución contractual determine la deducción de las partidas y como consecuencia de ello la Inexigibilidad al contratista de ejecutar dichos trabajos.

Finalmente, señala el Consorcio que no es materia de controversia el hecho de que la Supervisión de la Obra haya corroborado en su momento que en las especificaciones técnicas del CONTRATO, no se consideró las partidas de cunetas de evacuación pluvial a nivel de piso ni rejilla de protección de cunetas y por ende, como consecuencia de que dicha Supervisión le cursara al MINEDU la Carta N° 088-2015-DCHB/SUP-SEPI del 02.09.2015, y con la conformidad de su Equipo de Ejecución de Obras, ésta última le dirigió al hoy DEMANDANTE el Oficio N° 3251-2015-MINEDU/VGMI-PRONIED-UGEO del 08.09.2015, autorizándolo a la elaboración del indicado expediente técnico del Adicional de Obra N° 03 (documentos que también obran en autos como Anexo N° 11 del escrito N° 05-Principal del CONSORCIO).

11.2 Posición del MINEDU

Sin perjuicio de que se sostiene que no es arbitrable esta pretensión formulada por EL CONSORCIO, se añade que luego de que el MINEDU toma conocimiento del pedido de reconsideración sobre la negativa de aceptar la reelaboración del expediente técnico de aprobación del Adicional de Obra N° 03 (Carta N° 082-2015-CB-ASQS/RO de fecha 28.09.2015, que obra en el expediente arbitral, como anexo N° 14 del escrito N° -05-Principal del CONSORCIO), se dio respuesta a dicha misiva a través del Oficio N° 3899-2015-MINEDU/VGMI-PRONIED-UGEO de fecha 19.10.2015 (Véase el Anexo N° 04 del escrito de contestación de demanda sobre las nuevas pretensiones arbitrales), informándole ahí que se le estaba remitiendo el expediente de la Prestación del Adicional N° 03 a fin de que manifieste su conformidad con la propuesta técnica y formalice su solicitud de aprobación de la prestación adicional N° 01, debiendo suscribirlo en todas sus páginas y devolverlo al MINEDU para continuar con el trámite de aprobación correspondiente.

Asimismo, se emitió una segunda evaluación relacionada con la existencia de la partida de Concreto Armado en el Expediente Técnico contractual, emitiendo el Informe N° 001-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EIOMESG-PMM

elaborado por dos especialistas quienes concluyen: que en el plano E-01 de las Especificaciones Técnicas se considera Concreto Tipo 210 Kg/cm² a toda estructura tipo Concreto Armado a excepción de los elementos antes mencionados (Concreto Tipo 175 Kg/cm², columnas y Vigas de amarre de Albañilería y 280 Kg/cm² para Tanque Cisterna). Se indica también, que desde el inicio de obra se contaba con el Plano E-01, donde están descritas las Especificaciones Técnicas de Concreto Armado, considerando irrelevante lo solicitado por el Contratista, recomendando se le notifique a éste, así como al Supervisor para la implementación de la obra.

Mediante el Oficio N° 4146-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO de fecha 02.11.2015, la Entidad alcanza al CONSORCIO el Informe N° 001-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EEO-JMC para su reconsideración en relación a la disconformidad sobre la propuesta técnica presentada por el PRONIED, a fin de continuar con el trámite para la aprobación del Expediente del Presupuesto Adicional N° 03.

Es así que en respuesta de este Oficio, el CONSORCIO le cursó la Carta N° 090-2015-CB-ASQS/RO de fecha 20.10.2015, (que obra en el expediente arbitral, como anexo N° 09 del escrito N° 05-Principal del CONSORCIO), en donde señala que no puede manifestar su conformidad sobre la propuesta técnica presentada, toda vez que en el presente se declaró la procedencia de esta pretensión en vía de acumulación y además, porque se reafirma en la controversia existente, sujetándose a la que se resuelva en el presente arbitraje.

En definitiva, para el MINEDU, el CONSORCIO no ha continuado con el trámite para la evaluación del expediente de la prestación del Adicional de Obra N° 03, motivo por el cual esta pretensión debería ser declarada infundada.

11.3 Posición del ÁRBITRO ÚNICO

Con la finalidad de determinar si el Árbitro Único puede o no declarar la aprobación del Adicional de Obra N° 03 reclamado por el CONSORCIO, es necesario revisar si se cumplen los presupuestos normativos establecidos sobre dicho particular, en este caso, los numerales 41.1 y 41.2 del Art. 41²⁹ de

²⁹ **Artículo 41.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones**

41.1. Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales (...).

41.2. Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato,

la LCE y además el numeral 40³⁰ del Anexo Único de Definiciones y como el primer párrafo del Art. 207³¹, ambos del RLCE.

Ahora bien, en relación a las normas glosadas, se estima conveniente traer a colación las precisiones realizadas por el OSCE. Así tenemos por ejemplo la reciente Opinión N° 004-2016/DTN de fecha 20 de enero de 2016, la misma que en algunos de sus pasajes se acota lo siguiente:

"En primer lugar, debe señalarse que el artículo 41 de la Ley otorga a la Entidad la potestad de, excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria, ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de obra hasta por el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, siempre que estas prestaciones sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir las prestaciones hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto.

Al respecto, es importante indicar que, el numeral 40 del Anexo Único del Reglamento, "Anexo de Definiciones", define a la prestación adicional de obra como: "Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional." (El subrayado es agregado).

En esa medida, una Entidad puede ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra, hasta el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, cuando estas no se encuentren previstas en el expediente técnico ni en el contrato original y siempre que su ejecución sea "indispensable y/o necesaria" para alcanzar la finalidad de este contrato; asimismo, puede reducir las prestaciones hasta por el veinticinco por ciento (25%) del referido monto.

Ahora bien, el primer párrafo del artículo 207 del Reglamento precisa que "Sólo procederá la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándoles los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no

mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. (...)"

³⁰ "Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional." (El subrayado es agregado por el Árbitro).

³¹ "Artículo 207.- Prestaciones adicionales de obras menores al quince por ciento (15%)

Sólo procederá la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándoles los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original." (El subrayado es del Árbitro).

superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original." (El resaltado es agregado).

De la disposición citada, se advierte que la ejecución de prestaciones adicionales implica, necesariamente, la ejecución de presupuestos adicionales que se encuentran fuera del alcance original del contrato, e involucran la erogación de mayores recursos públicos, motivo por el cual resulta indispensable que para su ejecución se cuente previamente con la autorización del Titular de la Entidad, único funcionario competente para brindar tal autorización, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 5 de la Ley.

Adicionalmente, el quinto párrafo del artículo 207 del Reglamento establece el procedimiento para la aprobación de prestaciones adicionales de obra, conforme a lo siguiente: "La necesidad de tramitar la autorización de la ejecución de prestaciones adicionales de obra debe ser anotada en el cuaderno de obra, ya sea por el inspector o supervisor o por el contratista. El inspector o supervisor debe comunicar a la Entidad sobre la necesidad de elaborar el expediente técnico de la prestación adicional de obra".

Por su parte, el octavo párrafo del referido artículo dispone que "Concluida la elaboración del expediente técnico, el inspector o supervisor cuenta con un plazo de catorce (14) días para remitir a la Entidad el informe pronunciándose sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional. Recibido dicho informe, la Entidad cuenta con catorce (14) días para emitir y notificar al contratista la resolución mediante la que se pronuncia sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra. La demora de la Entidad en emitir y notificar esta resolución, podrá ser causal de ampliación de plazo". (El resaltado es agregado).

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la competencia, procedimiento y plazos para tramitar y aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de obra.

Sobre el particular, es importante precisar que la potestad de aprobar prestaciones adicionales le ha sido conferida a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público en los contratos que celebra a efectos de abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

Así, esta potestad responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina "cláusulas exorbitantes" que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público —como es el régimen de contrataciones del Estado—, en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado.

En ese sentido, siendo facultad de la Entidad aprobar prestaciones adicionales y reducciones de obra, tal potestad se encuentra circunscrita al procedimiento previsto en la normativa de contrataciones del Estado, el mismo que no contempla la posibilidad de que sea aprobado por silencio administrativo."



Hecha esta necesaria mención sobre las normas involucradas en toda aprobación de un Adicional de Obra y sus correspondientes precisiones brindadas por la Dirección Normativa del OSCE, resulta necesario destacar que en forma excepcional, toda entidad pueda aprobar este tipo de prestaciones adicionales, empero, para que ello suceda deberá tenerse presente los requisitos y procedimiento que ahí se recogen. Pues bien, en el caso concreto, para que el MINEDU pueda aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de Obra³², debe necesariamente tenerse en cuenta lo siguiente:

- i. *Que exista la sustentación de área usuaria;*
- ii. *Que la prestación adicional responder a la finalidad del CONTRATO;*
- iii. *Que su aprobación no puede superar el límite del quince por ciento (15%) del monto del contrato original; y,*
- iv. *Que dicha aprobación esté contenida en una Resolución por el Titular de la entidad.*

Demás está decir que los anotados requisitos son de observancia obligatoria para que prospere la aprobación o no de una Prestación Adicional comentada por parte de toda entidad, como es aquella que ahora que reclama el CONSORCIO (la N° 03); implicando entonces que el reconocer la falta o ausencia de alguno hace que resulte inútil examinar si se presenta el resto de ellos.

Así, de la descripción de todos estos presupuestos, el Árbitro que dicta este Laudo advierte desde ya que aun cuando pueda verificarse que se cumplen los tres (03) primeros ítems señalados en el párrafo anterior para la consiguiente aprobación de la Prestación Adicional de Obra N° 03 reclamada por el CONSORCIO, lo cierto es que tal aprobación no se podrá efectuar vía el presente arbitraje, en virtud de que el *iv) ítem* recoge en su interior la necesidad de que el que ejerce la titularidad para la aprobación en ciernes, es únicamente, la entidad (en este caso, EL MINEDU), lo que además deberá ser materializado por medio de una resolución, no pudiendo en tal virtud irrogarse tal facultad el Árbitro Único.

Sobre este último punto, el Árbitro que dicta el presente Laudo recuerda que la importancia de exigir el cumplimiento de este presupuesto o condición (iv ítem) para la aprobación o no de prestaciones adicionales de obra, se debe a que el mismo constituye una "prerrogativa pública" en tanto que es aprobada "(...) por la Ley a fin de resguardar intereses públicos comprometidos, para el caso, en


³² En lo que respecta a la ejecución de una Prestación Adicional de Obra ya aprobada, es igualmente una condición para llevarla a cabo, contar con el Certificado de Crédito Presupuestario.

las obras públicas en construcción.³³ A ello debe añadirse que "la condición expuesta en nada es afectada si es que media para los adicionales de obra pública, una solicitud del contratista en ese sentido, siendo irrelevante que los supuestos que aparejen un adicional sean detectados por la Administración o por el Contratista y más allá de que sea este último quien comúnmente advierta su existencia. En general, debe afirmarse que la decisión de que se efectúen trabajos adicionales, es prerrogativa de la entidad pública. No se trata de un procedimiento administrativo que sea iniciado a instancia de parte."

De manera que no siendo posible que se cumplan todos y cada uno de los presupuestos para el otorgamiento de la Prestación Adicional de Obra N° 03, se llega a la única conclusión de que la SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL que guarda directa relación con el OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO, DEBE SER DECLARADA IMPROCEDENTE.

12 ANÁLISIS DEL NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO (QUE SE RELACIONA CON LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

Descripción del Punto Controvertido: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL ÁRBITRO ÚNICO – DE MANERA SUBORDINADA - reconozca a favor del CONSORCIO los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución contractual que asciende a una suma de S/. 355,589.47 (trescientos cincuenta y cinco mil quinientos ochenta y nueve y 47/100 nuevos soles).

12.1 Posición del CONSORCIO.

De los términos del escrito que contiene entre otros la fundamentación de las pretensiones arbitrales acumuladas a este proceso e inclusive en sus posteriores alegatos, el CONSORCIO no brinda mayores explicaciones sobre lo que aquí se pretende, esto es, el reconocimiento a su favor de los sobrecostos derivados de deficiencias o vicios ocultos del expediente técnico, que a su juicio resultarían ser indemnizables en la medida que la inclusión de las partidas de cunetas de evacuación de aguas pluviales y rejillas de protección de cunetas, al no estar recogidas su ejecución en las especificaciones técnicas y menos determinados los costos que dichos trabajos; le irrogará uno mayores gastos que deben ser de todas formas ser asumidos por el MINEDU a título de indemnización.



³³ LINARES JARA, Mario. "Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa". En: Revista de Derecho Administrativo. CDA. N° 7, Año 4. Mayo 2009. Página 181.

12.2 Posición del MINEDU

Para el MINEDU, esta pretensión subordinada deviene en INFUNDADA, en la medida que lo que realmente pretende el CONSORCIO – por la vía indemnizatoria –, es el pago de aquello que pretende previamente como un adicional de Obra N° 03, de los sobrecostos que reclaman y que corresponderían a las deficiencias y vicios ocultos detectados en el expediente técnico y en etapa de ejecución contractual, que recaen en este caso sobre la inclusión de las partidas de cunetas de evacuación de aguas pluviales y rejillas de protección de cunetas.

Además, el MINEDU sostiene que las deficiencias y vicios ocultos denunciados por el CONSORCIO no serían tales en virtud de que desde el inicio contractual, pesaba en éste la obligación de presentar un informe detallado sobre la revisión total del expediente técnico en la que se indique la existencia de obligaciones con la finalidad de que previa coordinación, sean solucionados oportunamente y por lo tanto, que se evite en otras cosas, las variaciones de obra, ampliaciones de plazo o trabajos no necesarios. Señala también que el informe comentado sí fue alcanzado en su momento por el DEMANDANTE, a través de la Carta N° 005-2014-CB-ASOS/RO de fecha 04 de noviembre de 2014, en la que si bien se alcanzaron algunas observaciones, las mismas fueron en su momento levantadas por el Equipo de Ejecución de Obras del MINEDU.

Finaliza esta parte sosteniendo que si bien en este caso se advierte que hubo algunas consultas al expediente técnico formuladas por el CONSORCIO y que fueron absueltas por el MINEDU en su oportunidad, ello no significa que hubo una omisión total de la información en todos los documentos que forman parte del expediente técnico por lo tanto no genera una prestación adicional ni pago alguno.

12.3 Decisión del ÁRBITRO ÚNICO

A efectos de dilucidar este Noveno Punto Controvertido que se relaciona con la Primera Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal, el Árbitro Único estima necesario recordar que ya en relación al examen del Segundo punto controvertido, vinculado a la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal, se desarrolló el marco conceptual bajo el cual se examinó la existencia o no de responsabilidad de índole contractual que el CONSORCIO le imputa al MINEDU, y que trae como consecuencia de que se reconozca al primero los sobrecostos indemnizables reclamados. Siendo en tal sentido, tales argumentos los mismos que se requerirán igual en el examen sobre la procedencia o no de esta pretensión arbitral, nos eximimos entonces de volver nuevamente a comentarlos.

En tal suerte, que sorteada las precisiones normativas para describir los presupuestos de cuando opera la indemnización de índole contractual, como es el caso que nos ocupa, debemos seguidamente pasar al examen del caso de autos que nos plantea la Primera Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal, es deberá merecer nuestra atención, los siguientes elementos: *i) El hecho generador del daño que alega EL DEMANDANTE haber sufrido por parte del DEMANDADO; (ii) El dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve con la que habría actuado EL PRONIED; (iii) Los daños y perjuicios sufridos por EL CONSORCIO; y (iv) Si existió un nexo causal entre el hecho generador y el daño sufrido por EL CONSORCIO, así como la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios acreditados (daño emergente, lucro cesante o daño moral).* Por ende, evaluaremos seguidamente - uno a uno -, estos elementos:

i) El hecho generador del daño que alega EL CONSORCIO haber sufrido por parte del MINEDU.

- Como se desprende de los fundamentos del escrito de acumulación de nuevas pretensiones en las que están incluidas la Sexta Pretensión Principal y la Primera Subordinada a ésta, para EL CONSORCIO el hecho generador del daño estaría en el error de apreciación que incurre el PRONIED en cuanto a la evaluación del expediente técnico elaborado a pedido de ellos y en los que se explica y sustenta la necesidad de la aprobación de dicho adicional partiendo del hecho de que en el expediente técnico sí es correcto incorporar o incluir las partidas de cunetas de evacuación de aguas pluviales y rejillas de protección de cunetas; inclusión que por el contrario no lo estima acertado en la medida que sólo deberá considera las actividades de suministro e instalación de la rejilla metálica de seguridad, conforme a los detalles alcanzados por el proyectista de la obra.
- Es justamente esta discrepancia de incluir o no las partidas tantas veces indicadas, lo que a su criterio del CONSORCIO importará en su realización la existencia de un "sobrecosto", el mismo que es cuantificado en la suma de S/. 355,589.47 Nuevos Soles.
- De manera que por el hecho antes descrito, para este Árbitro este primer presupuesto sí se configura para el caso demandado.

ii) El dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve con la que habría actuado EL MINEDU.

- Antes de indicar cuál de los supuestos indicados (*dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve*), es el que se le imputa al MINEDU, es preciso recordar nuevamente que los Artículos 1318° al 1320° del CC los definen, respectivamente, de la siguiente manera:

"Artículo 1318.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar."

- Ahora bien, de una revisión detenida de todas las actuaciones que obran en el expediente arbitral con relación al reclamo que hace el CONSORCIO sobre esta pretensión arbitral subordinada a la Sexta Pretensión Principal, el Árbitro Único advierte en primer lugar, que EL DEMANDANTE no ha podido demostrar objetiva y concretamente que EL PRONIED incumplió sus obligaciones contractuales ya sea por un actuar doloso o culposo, pese a que aquél tiene la carga probatoria, tal como así lo establece el Artículo 1330° del CC.
- Por tal razón y, teniendo de todas formas presente que en este caso de autos, el MINEDU no ha reconocido cubrir el sobrecosto reclamado en vía indemnizatoria por el DEMANDANTE, resultará de aplicación lo señalado en el Artículo 1329° del CC, esto es, que "Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor."
- De tal suerte que este segundo presupuesto también se verifica en el caso reclamado por EL CONSORCIO, pero bajo la modalidad de *culpa leve*.

iii) La existencia de los daños y perjuicios que afirma padecer el CONSORCIO:

- En referencia a este tercer presupuesto, se desprende de lo actuado en este arbitraje, que los daños y perjuicios que reclama el CONSORCIO corresponden en puridad a los mayores trabajos y gastos que deberá asumir productos de la incorporación o inclusión de las partidas de cunetas de evacuación de aguas pluviales y rejillas de protección de cunetas, mayor prestación que por lo desarrollado anteriormente en este Laudo no puede ser atendido por el Árbitro Único como un Adicional de Obra N° 03; daños y perjuicios que encajan perfectamente dentro del concepto de *DAÑO EMERGENTE*, en tanto ha sido éste debidamente acreditado por el CONSORCIO mediante su correspondiente cuantificación a través del expediente técnico alcanzado por éste para la aprobación del Adicional de Obra N° 03.



En consecuencia, para este Árbitro la acreditación de la existencia de los daños y perjuicios demandados por el CONSORCIO, bajo la calidad de daño emergente, si bien es plausible, en rigor no se ha configurado por lo que no satisface el requisito examinado.

iv) Nexo causal entre el hecho generador y el daño sufrido, así como la determinación de la cuantía de los daños:

- Finalmente, en relación a este cuarto y último presupuesto, debemos en primer término señalar que este nexo causal sí existe, en la medida que hay sin ninguna duda una vinculación de causa y efecto entre el hecho generador (la negativa del MINEDU de aceptar la inclusión de las partidas de cunetas de evacuación de aguas pluviales y las rejillas de protección de cunetas; así como el eventual daño que podría sufrir (SOBRECOSTO que genera la ejecución de dichas partidas sin el correspondiente reconocimiento del presupuesto que ello conlleva) que reclama el CONSORCIO.
- Por último, el Árbitro Único estima que si bien la determinación del monto reclamado el CONSORCIO no ha sido cuestionado de manera directa el MINEDU; lo cierto es que dicho monto sí guarda relación con el quantum incluido en el expediente técnico de la Prestación Adicional de Obra N° 03 que corre como anexo N° 15 del escrito N° 5- principal presentado por el CONSORCIO.

Por todo lo dicho, respecto de este NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO que se relaciona con la PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA a la SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, el ÁRBITRO ÚNICO la declara INFUNDADA, por no haberse acreditado la verosimilitud del daño.

13 ANÁLISIS DEL DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO (QUE SE RELACIONA CON LA SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

Descripción del Punto Controvertido: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL ÁRBITRO ÚNICO – DE MANERA SUBORDINADA Y FRENTE A LAS DEFICIENCIAS DEL EXPEDIENTE TÉCNICO QUE FUERON ADVERTIDAS RECIÉN EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL -, determine la deducción de las partidas y como consecuencia de ello, la inexigibilidad al consorcio de ejecutar dichos trabajos.

13.1 Posición del CONSORCIO.

Con respecto a la segunda pretensión subordinada a la sexta pretensión principal, el CONSORCIO busca que, si la Entidad se niega a cubrir los sobrecostos vinculados a las partidas a la pretensión, solicita al Árbitro Único determine la inexigibilidad de dicha prestación por no ser equivalente con la contraprestación y se exonere al contratista de la ejecución de las partidas de partidas de cunetas de evacuación de aguas pluviales y rejillas de protección de

cunetas, dejando a salvo el derecho a la entidad a poder ejecutar las mismas ya sea bajo la modalidad de administración directa o contrata con un tercero.

13.2 Posición del MINEDU

Con respecto a la Segunda pretensión subordinada a la Sexta pretensión principal del CONSORCIO, para que el Arbitro Único, frente a las deficiencias del expediente técnico que fueron advertidas recién en la etapa de ejecución contractual, determine la deducción de esta partida y como consecuencia de ello la inexigibilidad al contratista de ejecutar dichos trabajos, el MINEDU señala que en atención a los argumentos expuestos en el escrito de demanda, solicita que se declare improcedente la pretensión.

Agrega el MINEDU que según advierte en ningún momento el CONSORCIO ha señalado algún dispositivo legal que ampare su solicitud; en consecuencia, de ninguna manera el Arbitro Único podrá resolver sobre una pretensión carente de sustento, siendo además que el Artículo 39 de la Ley de Arbitraje señala claramente que el demandante debe sustentar los hechos en los cuales funda sus pretensiones, lo cual tampoco ha efectuado la contraria.

13.3 Decisión del ÁRBITRO ÚNICO

En la apreciación del Arbitro Único, en cuanto a las deficiencias del expediente técnico que fueron advertidas recién en la etapa de ejecución contractual, que sirven de sustento a la pretensión del CONSORCIO, de lo expuesto por las partes en conflicto, resulta que en efecto tal situación ha quedado acreditada en la medida en que la documentación incorporada a los actuados por ambas partes así lo revela. Como se ha indicado en los hechos en relación al Adicional N° 03, este contempla definir un elemento que cubra perimetralmente el enchape con la PLACA TRESPA METEON, por razones de conservación, protección y acabado arquitectónico así como las partidas de cunetas de evacuación de aguas pluviales y rejillas de protección de cunetas, ocasionados por los trabajos a ejecutar vinculadas a nuevas partidas no contempladas en el expediente técnico.

Siendo que la situación fáctica, derivada de las deficiencias del expediente técnico advertidas recién en la etapa de ejecución contractual, nos lleva a dilucidar la posibilidad de una deducción de la partida y como consecuencia de ello, la inexigibilidad al CONSORCIO de ejecutar los trabajos comprendidos en ella o lo que es lo mismo una reducción de las prestaciones a ejecutarse, tenemos que la OPINIÓN N° 103-2011/DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado OSCE, de fecha 19 de setiembre de 2011, teniendo en consideración lo dispuesto en el Artículo 41 de la LCE, distingue en los contratos de obra el concepto denominado como "reducción", a la ejecución de

menores prestaciones de obra³⁴ ordenada por la Entidad al contratista, cuando habiendo sido estas consideradas en el contrato original con posterioridad, se determina que su ejecución no es necesaria para alcanzar la finalidad de este.

Como conclusión de lo dilucidado el Arbitro Único ha arribado a la convicción que corresponde declarar la reducción de la ejecución de las prestaciones de obra a cargo del CONSORCIO, en cuanto a los trabajos comprendidos para ejecutar un elemento que cubra perimetralmente el enchape con la PLACA TRESPA METEON, por razones de conservación, protección y acabado arquitectónico, así como la ejecución de las partidas de cunetas de evacuación de aguas pluviales y rejillas de protección de cunetas, materia de la controversia, no contempladas en el expediente técnico, y por ende declarar FUNDADA la Segunda Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Arbitral de la demanda.

14 ANÁLISIS DEL DÉCIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO (QUE SE RELACIONA CON LA SÉTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

DESCRIPCIÓN DEL PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL ÁRBITRO ÚNICO - DE APROBARSE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL O LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL -, DISPONGA QUE EL PRONIED-MINEDU OTORQUE EL PLAZO NECESARIO PARA EJECUTAR LAS PARTIDAS NO CONTEMPLADAS EN EL EXPEDIENTE TÉCNICO.

14.1 Decisión del ÁRBITRO ÚNICO

En primer término debe recordarse que este Arbitro Único ha declarado fundada la Segunda Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión y, por lo tanto, se ha declarado la reducción de prestaciones a cargo del CONSORCIO, para ejecutar un elemento que cubra perimetralmente el enchape con la PLACA TRESPA METEON, por razones de conservación, protección y acabado arquitectónico, así como la ejecución de las partidas de cunetas de evacuación de aguas pluviales y las rejillas de protección de cunetas.

Por consiguiente, se advierte que el avocamiento de este Arbitro para conocer esta Séptima Pretensión Arbitral, resulta CARENTE DE OBJETO, en la medida en que no habiendo prestaciones que ejecutar resulta innecesario dilucidar sobre plazo de ejecución alguno.

³⁴ "Que, habiendo sido consideradas en el contrato original, con posterioridad, se determina que su ejecución no es necesaria para alcanzar la finalidad de este". (Nota a pie de página de la OPINIÓN N° 103-2011/DTN)

15 ANÁLISIS DEL SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO (QUE SE RELACIONA CON LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

DESCRIPCIÓN DEL PUNTO CONTROVERTIDO: QUE SE DETERMINE CUÁL DE LAS PARTES, O EN SU DEFECTO, SI AMBAS, DEBERÁN ASUMIR LAS COSTAS Y COSTOS DEL PRESENTE PROCESO.

15.1 Posición del CONSORCIO

El CONSORCIO sostiene que los costos y costas del proceso arbitral deben ser asumidos por el MINEDU en atención a que las pretensiones demandadas devienen en FUNDADAS.-

15.2 Posición del MINEDU

Según el MINEDU esta pretensión debe ser declarada INFUNDADA, toda vez que las pretensiones demandadas por el CONSORCIO devienen en INFUNDADAS.

15.3 Decisión del ÁRBITRO ÚNICO

Examinado lo reclamado por el CONSORCIO en el Séptimo Punto Controvertido, es preciso recordar que según lo establecido en la normas de la materia, el Árbitro Único es quién fijará en el Laudo los costos del arbitraje, comprendiendo – entre otros-, los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios y gastos del Secretario, y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

Asimismo, debe tener presente que en el Acta de Instalación se dispuso que los honorarios definitivos del Árbitro Único y del Secretario Arbitral se fijarán en el Laudo mediante la suma de los anticipos determinados durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales, teniendo en cuenta la estimación pecuniaria de las pretensiones efectuadas por las partes, la complejidad de la materia controvertida y el desarrollo de las actuaciones arbitrales.

Por lo tanto, en cuanto a la determinación de los "*costos del arbitraje*" (entendido éste como lo define el Art. 70° de la LDA), al Árbitro Único le corresponde establecer quién debe asumirlas. En tal sentido se considera - a efectos de regular el pago de tales conceptos -, revisar el comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje.

Así, en lo que respecta a la conducta procesal desplegada por las partes en relación a este proceso arbitral, tendremos que ambas se han comportado adecuadamente en el decurso de su tramitación, mientras que respecto a la incertidumbre jurídica que las llevó a seguir el presente proceso arbitral, este Árbitro estima que la misma sí existió.

En consecuencia, en atención a lo anteriormente señalado, el Árbitro Único estima que tanto el CONSORCIO como el MINEDU sí tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar y defender su posición en esta vía arbitral, razón por la que se concluye en condenar a ambas en el pago de la totalidad de las honorarios y gastos del Árbitro Único y de la Secretaría Ad – Hoc, al igual que los gastos razonables incurridos por ellas para su defensa en el presente arbitraje, correspondiendo asumirla en un 50% cada una.

Asimismo, en cuanto a lo segundo, se tiene que el primer anticipo de honorarios arbitrales fue fijado en los numerales 56) y 57) del Acta de Instalación en las sumas netas de S/. 10,000.00 Nuevos Soles para el Árbitro Único y S/. 5,000.00 Nuevos Soles para la Secretaría Arbitral, los mismos que fueron además cancelados en su totalidad por cada una de las partes en el porcentaje que les corresponde. Luego, mediante la Resolución N° 13 de fecha 24 de noviembre de 2015, como consecuencia de haberse declarado procedente la acumulación de nuevas pretensiones arbitrales, se fijó un segundo anticipo en las sumas netas de S/. 18,679.29 Nuevos Soles para el Árbitro Único y S/. 10,986.77 Nuevos Soles para la Secretaría Arbitral, los mismos que también fueron cancelados en su totalidad, pero únicamente asumiendo el ciento por ciento (100%) de los montos señalados, en razón de que el CONSORCIO lo asumió en vía de subrogación, por no haberlo cancelado oportunamente el MINEDU.

En consecuencia, el monto definitivo de los honorarios arbitrales y de la Secretaría asciende en total, respectivamente, a las sumas de S/. 28,679.29 Nuevos Soles y S/. 15,986.77 Nuevos Soles.

De forma que, en relación a este Sétimo Punto Controvertido el Árbitro Único resuelve condenar a ambas en el pago de los "costos del arbitraje", esto es, en la totalidad de los honorarios arbitrales y de la secretaría ad – hoc, debiendo asumirlas de manera proporcional (50% cada una), al igual que los gastos razonables incurridos para su defensa. Además, en atención a la subrogación antes señalada, se dispone que el MINEDU reembolse el monto asumido por su contraparte, el consorcio, en relación al pago que ésta hizo por el segundo anticipo.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, como por lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, el Árbitro Único en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la **EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD** respecto de la **Tercera Pretensión Principal** relacionada con el Quinto Punto Controvertido.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA EN PARTE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA**, respecto del extremo de la **Segunda Pretensión Principal** accesorio a la **Primera Pretensión Principal**, relacionada al Primer Punto Controvertido, por los fundamentos señalados en la parte considerativa de la presente Resolución.

TERCERO: Declarar que **CARECE DE OBJETO** pronunciarse sobre la **Primera Pretensión Principal** relacionada con el Primer Punto Controvertido.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la **Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Arbitral** que se relaciona con el Segundo Punto Controvertido.

QUINTO: Declarar **FUNDADA** la **Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Arbitral** de la demanda relacionada con el Tercer Punto Controvertido.

SEXTO: Declarar que **CARECE DE OBJETO** pronunciarse sobre extremo accesorio a la **Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal**, contenido en la **Segunda Pretensión Arbitral** relacionada con el Cuarto Punto Controvertido.

SÉTIMO: Declarar que **CARECE DE OBJETO** pronunciarse sobre la **Tercera Pretensión Principal** relacionada con el Quinto Punto Controvertido.

OCTAVO: Declarar que **FUNDADA EN PARTE** en cuanto a la reclamación indemnizatoria contenida en la **Cuarta Pretensión Principal** relacionada con el Sexto Punto Controvertido, por los fundamentos señalados en la parte considerativa de la presente Resolución.

NOVENO: Declarar **IMPROCEDENTE** la **Sexta Pretensión Arbitral** relacionada con el Octavo Punto Controvertido.

DÉCIMO: Declarar **INFUNDADA** la **Primera Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Arbitral** que se relaciona con el Noveno Punto Controvertido.

DÉCIMO PRIMERO: Declarar que **FUNDADA** la **Segunda Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Arbitral** que se relaciona con el Décimo Punto Controvertido.

DÉCIMO SEGUNDO: Declarar que **CARECE DE OBJETO** pronunciarse sobre la **Sétima Pretensión Arbitral** que se relaciona con el Décimo Primer Punto Controvertido.

DÉCIMO TERCERO: DECLARAR respecto del Séptimo Punto Controvertido, que las partes deben asumir sus respectivos costos de defensa y los costos del proceso arbitral,

**ÁRBITRO ÚNICO
CONSORCIO BRACAMOROS
PRONIED- MINISTERIO DE EDUCACIÓN**

integrados por los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral en proporciones iguales, con reembolso a cargo del PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – PRONIED - DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN de los montos abonados en sustitución por el CONSORCIO BRACAMOROS.

DÉCIMO CUARTO: REMÍTIR al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado OSCE, copia del presente Laudo Arbitral.

Notifíquese a las partes.



**HORACIO CÁNEPA TORRE
ÁRBITRO ÚNICO**



**JORGE LUIS HUAMAN CACHAY
SECRETARIO ARBITRAL**

CONTROVERSIAS ARBITRAL AD-HOC SEGUIDA ENTRE CONSORCIO BRACAMOROS Y EL
PRONIED – MINISTERIO DE EDUCACIÓN

RESOLUCIÓN N° 26
(CUADERNO PRINCIPAL)

Lima, 17 de junio de 2016

ATENDIENDO:

- 1) Por medio de la Resolución N° 24 de fecha 20 de mayo de 2016, el Árbitro Único admitió los Recursos de Interpretación y de Exclusión del Laudo arbitral (Resolución N° 23 de fecha 04 de mayo de 2016) interpuestos por EL PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – UNIDAD EJECUTORA N° 108 – PRONIED - MINISTERIO DE EDUCACIÓN (en adelante, EL PRONIED-MINEDU) y se corrió traslado de los mismos al CONSORCIO BRACAMOROS, para que en el plazo de diez (10) días hábiles de notificada dicha resolución, manifieste lo que mejor convenga a su derecho;
- 2) Luego, a través de la Resolución N° 25 (Principal) de fecha 06 de junio de 2016 se tuvo por absuelto oportunamente por parte del CONSORCIO BRACAMOROS el traslado señalado en el considerando anterior, disponiéndose seguidamente que se resolverá los recursos anotados dentro del plazo de diez (10) días hábiles de notificada dicha resolución a ambas partes;
- 3) Por consiguiente, habiéndose notificado la Resolución N° 25 (Principal) a ambas partes el día 07 de junio del presente año, el Árbitro Único cumple a continuación y dentro de plazo señalado, con resolver los Recursos de Interpretación y Exclusión del PRONIED-MINEDU;
- 4) Pues bien, en primer lugar, resulta necesario recordar que los Recursos de *Interpretación y Exclusión del Laudo* están precisados en los literales b) y d) del numeral 1° del Art. 58° de la Ley de Arbitraje aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071, cuyos tenores son como sigue:

“Artículo 58.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.

1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:

(...)

b. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.

(...)

d. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.

(...)” (Los subrayados son del Colegiado).

- 5) Así mismo, comentando ambos recursos, ARAMBURÚ YZAGA, nos dice en primer término en cuanto al Recurso de Interpretación de Laudo, que: “(...) **el tribunal arbitral puede despejar toda duda respecto a cómo éste debe entenderse. (...)**”¹. De igual modo, para CASTILLO FREYRE y SABROSO MINAYA: “(...) **la interpretación tiene por objeto solicitar al Tribunal Arbitral que aclare aquellos extremos de la parte resolutive del Laudo que resulten oscuros o que resulten dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento del árbitro que por ser oscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en lo resolutive o decisorio del Laudo, vale decir, en aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el arbitraje.**”²;

Asimismo, en relación al Recurso de Exclusión, ambos autores citados han señalado que a través de él: “(...) **se pretende que el tribunal arbitral excluya o retire del laudo algún extremo que ha sido resuelto por el tribunal pero que no fue sometido por las partes a su conocimiento**”³ o, dicho de otro modo, que la figura de la Exclusión: “(...) **es el caso inverso de la integración. Si bien se trata de un caso atípico, es posible que el Tribunal Arbitral**

¹ ARAMBURU YZAGA, MANUEL DIEGO: En “COMENTARIOS A LA LEY PERUANA DE ARBITRAJE”. SOTO COAGUILA CARLOS ALBERTO y BULLARD GONZÁLEZ, ALFREDO (Coordinadores). Instituto Peruano de Arbitraje. Primera Edición – Enero del 2011. Tomo I. Página 664.

² CASTILLO FREYRE, MARIO y SABROSO MINAYA, RITA. Op. Cit., p. 235.

³ ARAMBURU YZAGA, MANUEL DIEGO: Op cit., p. 668.

haya resuelto una materia que no constituyó objeto de pretensión por las partes, es decir, que ellas no sometieron a su decisión.”⁴

- 6) De manera que hechas estas precisiones, a continuación analizaremos si en el presente proceso arbitral, deviene o no en fundadas los Recursos de Interpretación y de Exclusión de Laudo que ha formulado EL PRONIED-MINEDU, resultando para ello necesario revisar con detenimiento la parte pertinente del escrito S/N° de fecha 19 de mayo del presente año, por medio del cual se interpuso ambos recursos comentados⁵:

“I. RESPECTO A LA INTERPRETACION DE LAUDO

A) RESPECTO AL QUINTO Y DECIMO PRIMER RESOLUTIVO DEL LAUDO ARBITRAL

1. El Señor Árbitro Único, ha resuelto en torno a estos resolutivos lo siguiente:

“QUINTO: Declarar que FUNDADA la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Arbitral de la demanda relacionada al Tercer Punto Controvertido.

DECIMO PRIMERO: Declarar que FUNDADA la Segunda Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Arbitral que se relaciona con el Décimo Punto Controvertido.”

2. Al respecto, las pretensiones que planteó el contratista que se relacionan con estos resolutivos son las siguientes:

SEGUNDA PRETENSION SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: Que el árbitro único frente a las deficiencias del expediente técnico que fueron advertidas recién en la etapa de ejecución contractual determine la deducción de esta partida y como consecuencia de ello la inexigibilidad al contratista de ejecutar dichos trabajos.

SEGUNDA PRETENSÍÓN SUBORDINADA A LA SEXTA PRETENSÍÓN PRINCIPAL: Que el Árbitro Único frente a las deficiencias del expediente técnico que fueron advertidas recién en la etapa de ejecución contractual determine la deducción de las partidas y como consecuencia de ello la inexigibilidad del contratista de ejecutar dichos trabajos.”

3. Respecto a estas pretensiones la entidad planteó excepción de incompetencia básicamente por lo relacionado en el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado, optando el señor Árbitro por no acoger nuestra excepción (conforme se aprecia del segundo resolutivo de laudo), pues de acuerdo a lo expresado en numeral 4.2.3 segundo párrafo de la página 23 y penúltimo párrafo de la página 26, la segunda pretensión subordinada a la primera pretensión principal y la segunda pretensión subordinada a la sexta pretensión principal, no se encuadrarían dentro del supuesto normativo del numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado.

4. Ahora, respecto a los resolutivos Quinto y Décimo Primero debemos señalar que el Árbitro Único ha aplicado básicamente los mismos conceptos y sustento para resolverlos, por ello es que nuestra interpretación se sustenta en los argumentos que señalaremos a continuación para ambos resolutivos.

5. Del desarrollo y fundamentación del laudo, el Árbitro Único respecto a la segunda pretensión subordinada a la primera pretensión principal y la segunda pretensión subordinada a la sexta pretensión principal, ha señalado en numeral 7.3 tercer párrafo de la página 45 y numeral 13.3 último párrafo de la página 70, respectivamente, para ambas pretensiones, lo siguiente: “Siendo que la situación fáctica deriva de las deficiencias del expediente técnico advertidas recién en la etapa de ejecución contractual, nos lleva a dilucidar la posibilidad de una deducción de la partida y como consecuencia de ello, la inexigibilidad al CONSORCIO de ejecutar trabajos comprendidos en ella o lo que es lo mismo una reducción de las prestaciones a ejecutarse, tenemos que la opinión N° 103-2011/DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones

⁴ CASTILLO FREYRE, MARIO y SABROSO MINAYA, RITA. Op. cit., p. 237.

⁵ Para una rápida lectura, precisamos que se ha suprimido el pie de página recogido en el escrito que se transcribe.

del OSCE, de fecha 19 de setiembre de 2011, teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 41 de la LCE, distingue en los contratos de obra el concepto denominado como reducción, a la ejecución de menores prestaciones de obra ordenada por la Entidad al contratista, cuando habiendo sido estas consideradas en el contrato original con posterioridad se determina que su ejecución no es necesaria para alcanzar la finalidad de este."

6. En ese sentido bajo dicho sustento el Árbitro Único arriba a la conclusión de que corresponde declarar la reducción de la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista.
7. Ahora, como se aprecia de lo argumentado en el laudo, se verá que el Arbitro Único ha considerado y señalado, que a su criterio se configuraría una posibilidad de deducción de partidas lo que determina una reducción de las prestaciones a cargo del contratista; sin embargo, el Árbitro Único ha olvidado que de acuerdo a lo establecido en el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante con el artículo 174° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que dictaminan que la reducción de prestaciones es una POTESTAD CONFERIDA A UNICA y EXCLUSIVAMENTE A LA ENTIDAD EN RECONOCIMIENTO DE SU CALIDAD DE GARANTE DEL INTERÉS PÚBLICO en los contratos que celebra y está reconocida en la normativa de Contrataciones Públicas.
8. Por ello, bajo ese entendido, solicitamos al señor Arbitro Único se sirva interpretar lo resuelto en el Quinto y Decimo Primer resolutive del Laudo, respecto a cuál es la normativa en la que se ampara para poder dictaminar la reducción de prestaciones a cargo del contratista, o cuál sería el sustento que se aplicó para, en primer término, dejar de lado nuestras excepciones y luego de ello declarar fundadas las pretensiones segunda subordinada a la primera pretensión principal y segunda subordinada a la sexta pretensión principal.
9. En ese sentido, solicito al señor Árbitro Único atender nuestro pedido de interpretación de acuerdo a las consideraciones expuestas.

II. RESPECTO A LA EXCLUSION DE LAUDO

B) RESPECTO AL OCTAVO RESOLUTIVO DEL LAUDO ARBITRAL

1. Señor Árbitro Único, el contratista señaló como Cuarta Pretensión Principal de su demanda, lo siguiente: "Cuarta Pretensión Principal: Que, la entidad reconozca en favor de mi representada los sobrecostos vinculados a diversos bienes contemplados en el expediente técnico ascendiente a la suma de S/. 825,460.86 (Ochocientos Veinticinco Mil Cuatrocientos Sesenta y 86/100 Nuevos Soles) y se apruebe una modificación de la fórmula polinómica para los reajustes correspondientes".
2. Estando a lo señalado como CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, se señaló como PUNTO CONTROVERTIDO fijado en la Audiencia de fecha 19 de octubre de 2015, el siguiente:

"Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único reconozca en favor de mi representada los sobrecostos vinculados a diversos bienes contemplados en el expediente técnico ascendiente a la suma de S/. 825,460.86 (Ochocientos Veinticinco Mil Cuatrocientos Sesenta y 86/100 Nuevos Soles) y se apruebe una modificación de la fórmula polinómica para los reajustes correspondientes".

3. A mayor abundamiento, dicho PUNTO CONTROVERTIDO, lo glosa en el acápite 6 de la página 8 del LAUDO ARBITRAL de fecha 04 de mayo de 2016.
4. Sin embargo, en el OCTAVO RESOLUTIVO del Laudo Arbitral, se resuelve lo siguiente:

"OCTAVO: Declarar que FUNDADA EN PARTE en cuanto a la reclamación indemnizatoria contenida en la Cuarta Pretensión Principal relacionada con el Sexto Punto Controvertido, por los fundamentos señalados en la parte considerativa de la presente resolución. (El resaltado es nuestro)

5. **Como se apreciará de lo expuesto precedentemente, lo resuelto por el Arbitro Único, se configura como un pronunciamiento extra petita pues el pronunciamiento final del Árbitro no sido planteado en la pretensión del demandante. En efecto, el Señor Árbitro modifica la pretensión del demandante, pues le da una calidad indemnizatoria, calidad que según vemos de la pretensión planteada por el Consorcio Bracamoros y el punto controvertido, no se le asigna, tanto es así que al momento de sustentarla no la argumenta bajo la perspectiva indemnizatoria y de la responsabilidad civil.**
6. **En el presente caso, ni en la demanda arbitral, ni en la acumulación de pretensiones, ni en escrito posterior o de alegatos, ni a lo largo del proceso arbitral, el contratista ha determinado argumento o sustento referido a como se habrían configurado estos elementos de la responsabilidad, es decir, no determinó NUNCA cuál habría sido la conducta antijurídica de la entidad, menos aún se señaló el daño que se le habría ocasionado, así como tampoco el nexo entre la conducta que habría cometido la Entidad y el supuesto perjuicio irremediable a la Contratista y menos aún determinó si la supuesta conducta de la entidad ha sido dolosa o culposa.**
7. **Así, la incongruencia extra petita se presenta en un proceso cuando el juzgador al emitir pronunciamiento se pronuncia sobre un pedido o pretensión no propuesta por las partes, es decir, decide sobre algo que no fue discutido en el proceso por ellas, en consecuencia se aparta del thema decidendum. Lo que en este caso se ha dado.**
8. **Esta disfuncionalidad tiene como elemento central el exceso, esto es, nos encontramos frente a un supuesto en el cual el pronunciamiento excede a lo pedido por las partes (del petitorio o los hechos, por lo cual, puede ser objetiva y subjetiva la incongruencia).**
9. **Así, se incurre en esta incongruencia cuando una sentencia concede algo que en definitiva no es precisamente lo que una de las partes pidió, apreciándose que no se corresponde con las pretensiones deducidas por las partes.**
10. **Entonces, estando a lo expuesto precedentemente, podemos señalar que lo resuelto por el Árbitro Único se encuentra fuera de la esfera de lo peticionado por el contratista toda vez que de la revisión de la demanda arbitral planteada el 11.08.15, se apreciará que en ninguna parte de su argumentación y sustentación ha demandado un reconocimiento indemnizatorio ni mucho menos ha sustentado nada respecto a ello (elementos de la responsabilidad civil), como así, además, lo señala el propio Laudo Arbitral en el numeral 10.1 (páginas 47 a 49 del laudo arbitral).**
11. **No obstante ello, al continuar con el desarrollo de esta Cuarta Pretensión Principal (numeral 10.3 del Laudo) apreciamos que el señor Árbitro dilucida este punto en controversia haciendo referencia a que: "... en el campo de acción indemnizatoria por la inejecución de obligaciones, el artículo 1321 del Código Civil impone responsabilidad a quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, obligándolo al resarcimiento del daño...".**
12. **A renglón seguido, el Árbitro Único, indica que "... nuestro derecho sustantivo exige además que para ejercer una acción indemnizatoria deberá probarse el dolo o la culpa inexcusable con la que el agente (en este caso el MINEDU) habría actuado en la inejecución de la obligación, debiendo también probar los daños y perjuicios causado así como la cuantía de los daños, de conformidad con los artículos 1330 y 1331 del Código Civil.". Así, luego señala y desarrolla que: "... para efectos de evaluar lo anterior, del caso de autos se advierten los siguientes elementos: (i) El hecho generador del daño que alega el DEMANDANTE haber sufrido por parte del DEMANDADO; (ii) El dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve con la que habría actuado el PRONIED; (iii) Los daños y perjuicios sufridos por el CONSORCIO; y (iv) Si existió nexo causal entre el hecho generador y el daño sufrido por el CONSORCIO ...". Es decir, el Árbitro considera los elementos de la responsabilidad civil para configurar y sustentar la APARENTE O SUPUESTA ACCIÓN INDEMNIZATORIA PETICIONADA por el contratista, que como ya hemos señalado, y el propio laudo recoge, JAMÁS FUE DEMANDADA NI FUNDAMENTADA EN LA**



DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL DEMANDANTE, NI ES PUNTO CONTROVERTIDO.

13. De lo expuesto se aprecia que el laudo arbitral ha incorporado argumentos que no fueron controvertidos por las partes ni mucho menos sometidos a discusión del Árbitro Único, lo que sin lugar a duda afecta gravemente nuestro derecho de defensa y al debido proceso.
14. En efecto, el laudo arbitral ha recogido argumentos y supuestos que EN NINGÚN MOMENTO FUERON EXPUESTOS POR EL CONSORCIO BRACAMOROS DURANTE EL DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL. En ese sentido, de manera alguna el PRONIED ha podido hacer valer su derecho de contradicción (derecho de defensa), refutando, desvirtuando o negando los argumentos que el laudo recoge, los que recién hemos venido a conocer a través del presente laudo arbitral.
15. Se apreciará además, de lo recogido en el numeral 10.2 del laudo, que nuestros argumentos de defensa están relacionados explícitamente a rebatir los argumentos del contratista, señalados en el laudo en el numeral 10.1, los cuales NO SE SUSTENTAN EN UN PEDIDO INDEMNIZATORIO. Por tanto, el laudo arbitral tal como ha sido motivado por el Árbitro Único, sin duda nos afecta gravemente, al no poder haber ejercido nuestra defensa bajo los alcances de lo sostenido por el Árbitro Único en el numeral 10.3 del laudo arbitral.
16. Siendo esto así, vemos pues que las motivaciones argumentadas por el Árbitro Único afectan nuestro derecho al debido proceso, nuestro derecho de defensa, así como a la debida motivación de las resoluciones (laudo), pues el laudo contiene una motivación indebida o incongruente, debido a la falta interna de razón y conexión entre las alegaciones de las partes y lo recogido en él.
17. A mayor abundamiento, queremos traer a colación lo señalado por el Tribunal Constitucional en el considerando 7 de la Sentencia recaída en el EXP. N.º 00728-2008-PHCITC (caso Giuliana Llamoja), respecto al contenido constitucionalmente garantizado de este derecho, al respecto la citada sentencia señala: "Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico". (Énfasis nuestro).
18. Como se apreciará, a fin de garantizar el derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, dicho derecho queda delimitado cuando se presenta una falta de motivación interna del razonamiento, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión, así como cuando lo argumentado o motivado no responde a lo que las partes alegaron durante el proceso. Estas situaciones son también de aplicación en la sede arbitral.
19. De igual modo, queremos mencionar también lo señalado por la Primera Sala Civil Sub especializada en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. 00071-2015-0-1817-SP-CO-01), que en el numeral iv) de su Décimo Segundo considerando señala: "Entonces, tiene razón la parte recurrente cuando acusa defectos de motivación en el laudo, pues como ha quedado dicho, del texto del laudo no emerge que se haya resuelto en base a las alegaciones de las partes ...".
20. En síntesis, se puede observar que el laudo arbitral de fecha 04.05.16, tal cual como ha resuelto en su Octavo Resolutivo, vulnera el derecho al debido proceso, pues: i) no ha permitido al PRONIED hacer valer su derecho de defensa respecto a la argumentación y sustento que no fue expuesto durante el proceso arbitral, siendo que recién hemos tomado conocimiento a través del referido laudo de estos argumentos que sustentan la Cuarta Pretensión Principal del Consorcio Bracamoros; y, ii) el laudo arbitral también vulnera el

derecho a la debida motivación de las resoluciones pues sus sustentos no encuentran respaldo en las alegaciones que las partes expusieron durante el desarrollo del arbitraje.

21. Por las razones antes expuestas, lo argumentado por el Árbitro Único en el numeral 10.3 del Laudo Arbitral que sustenta el resolutive OCTAVO, así como este resolutive, deben ser EXCLUIDOS DEL LAUDO PUES SU SUTENTO NO FUE MATERIA DE DISCUSION POR LAS PARTES Y DE NINGUNA MANERA PUEDE SER EXIGIDO AL MINISTERIO DE EDUCACION - PRONIED. (...)"

7) Por su parte, de la absolución del traslado realizado por el CONSORCIO BRACAMOROS, éste ha señalado lo siguiente:

"I. RESPECTO AL RECURSO DE INTERPRETACIÓN

Que, con respecto a lo manifestado por la Entidad al pretender solicitar una interpretación del Laudo con respecto a la desestimación de sus excepciones y al fallo efectuado con respecto a nuestras pretensiones segunda subordinada a la primera pretensión principal y segunda subordinada a la sexta pretensión principal, la Entidad plantea que el único que está facultado para reducir partidas contractuales es el Estado, sin embargo como se ha acreditado en el presente proceso y ha sido reconocido por el Arbitro Único en el Laudo Arbitral, dichas partidas en realidad no son partidas contractuales toda vez que no estaban definidas en el expediente técnico lo que fue incluso aceptado por la Entidad a través de diversos documentos que adjuntamos como medios probatorios durante el proceso y fueron valorados por el Arbitro, tal como indicáramos este contrato se había desnaturalizado con respecto a dichas partidas toda vez que al haber sido suscrito bajo el sistema de suma alzada de acuerdo al artículo 40° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, el contrato y la actuación de la Entidad durante el proceso de selección y la ejecución contractual pretendió soslayar su responsabilidad ya que el expediente técnico no estaba definido adecuadamente; así tenemos que dicho artículo expresa lo siguiente:

Artículo 40°.- Sistemas de Contratación

Los sistemas de contratación son:

1. Sistema a suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación están totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.

Tratándose de obras, el postor formulará dicha propuesta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra que forman parte del Expediente Técnico, en ese orden de prelación; considerándose que el desagregado por partidas que da origen a su propuesta y que debe presentar para la suscripción del contrato, es referencial. El mismo orden de prelación se aplicará durante la ejecución de la obra.

Como se puede ver al momento de suscribir el contrato mi representada desconocía las deficiencias del expediente técnico que fueron recién advertidas durante la etapa de ejecución contractual y de acuerdo a la definición del contrato a SUMA ALZADA las partidas que el árbitro deduce, amparando nuestras pretensiones, no forman parte del contrato al no haber sido claramente definidas en el expediente técnico y de acuerdo a la modalidad contractual no forman parte del mismo, es decir que el Arbitro Único al momento de resolver tanto las excepciones como amparar nuestras pretensiones está aplicando claramente la definición de contrato a suma alzada recogida en el artículo 40° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado debiendo precisar además que fue la Entidad la que al momento de realizar los actos previos al proceso de selección definió que el contrato que se suscribiría sería bajo los alcances de dicho sistema como si todas las

partidas, especificaciones técnicas, presupuesto y planos estuvieran totalmente definidas lo que evidentemente no ocurrió tal como se acreditó durante el proceso.

Por nuestra parte consideramos que este intento de modificar el Laudo Arbitral tiene como única intención soslayar la responsabilidad de los funcionarios públicos que laboran en la Entidad que no tuvieron la diligencia suficiente para verificar la calidad y los alcances del expediente técnico que formaría parte de las bases del proceso de selección que se convocaría para la ejecución de la obra. Finalmente con respecto a este punto, si la Entidad aún persiste en que se le defina la norma a ser aplicable es el artículo 40° del D.S. 184-2008-EF y sus modificatorias, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aplicable en el presente caso.

II. RESPECTO AL RECURSO DE EXCLUSIÓN

Que, con respecto a este punto es donde más se evidencia el intento de la Entidad de proteger a sus funcionarios toda vez que ha sido reconocido en un Laudo Arbitral el hecho bastante grave que al momento de elaborar y aprobar un expediente técnico cuya obra se ejecutó con fondos públicos determinaron marcas comerciales para determinados productos favoreciendo expresamente a un proveedor único del mercado violando la legislación de contratación estatal perjudicando al contratista y finalmente afectando directamente al Estado, el cual deberá pagar cantidades de dinero que sobrepasan largamente lo presupuestado por caprichos o intenciones de direccionar determinadas adquisiciones durante el proceso de ejecución de obra.

Por otra parte la expresa violación de la Ley y el Reglamento que manifestamos a lo largo del proceso en nuestros diversos escritos y el contenido de nuestras pretensiones como el desarrollo de las mismas en los escritos postulatorios, claramente hacen referencia a un daño que debe ser resarcido por la Entidad al generársenos un sobre costo que no fue contemplado durante la etapa del proceso de selección y que es de única y exclusiva responsabilidad de la Entidad.

Por otra parte de acuerdo al artículo 40° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado, aplicable al caso, dicho contrato no habría cumplido con la definición del sistema a SUMA ALZADA Y por lo tanto se habría desnaturalizado generándonos daños de deben ser reparados. La Entidad a través del recurso de exclusión no hace otra cosa más que pretender ocultar su incorrecto actuar pues directamente han favorecido a un proveedor y efectivamente hay una parte con la cual no estamos de acuerdo con el Laudo, y es cuando el Árbitro Único califica como culpa leve al accionar de la Entidad; a nuestro entender lo menos en lo que se podía calificar la actuación de los funcionarios es como culpa inexcusable ya que estos cuentan con todos los recursos técnicos, económicos y jurídicos para elaborar, supervisar, verificar y aprobar un expediente técnico de forma adecuada y en el presente caso es evidente que no ha sucedido esto. Si tuviéramos mayores pruebas de una relación entre el proveedor, el proyectista y los funcionarios de la Entidad que aprobaron el expediente, tenga usted por seguro señor árbitro que no estaríamos dilucidando nuestra controversia en sede arbitral sino ante la Fiscalía Anticorrupción o la Contraloría General de la República.

Por otra parte la Entidad al momento de desarrollar su recurso no señala que el artículo 142° del Reglamento en su última parte permite que los contratos de obra también puedan ser interpretados bajo la legislación civil y el Árbitro Único ha aplicado dicha normatividad al momento de resolver esa pretensión y a su vez quieren desconocer aquel viejo principio del Derecho que señala que el Juez conoce Derecho y por tanto puede aplicar la Ley aunque esta no haya sido invocada por las partes, artículo 7° del Título Preliminar del Código Civil:

Aplicación de norma pertinente por el juez

Artículo VII.- Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.

También el artículo 8° del Título Preliminar del Código Civil:

Obligación de suplir los defectos o deficiencias de la ley

Artículo VIII.- Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deben aplicar los principios generales del derecho y preferentemente, los que inspiren el derecho peruano.

**En este orden de ideas el Árbitro Único ha fundamentado válidamente la decisión tomada con respecto a nuestra pretensión invocada en la Demanda y como ya señaláramos al inicio de este punto, los argumentos de la Entidad tan sólo pretenden que no exista un Laudo Arbitral que adquiera la condición de sentencia en calidad de cosa juzgada de acuerdo al artículo 59° del D. L. 1071 (Ley de Arbitraje) donde se acredita el actuar irregular de funcionarios de la Entidad que tiene como consecuencia mayores costos al Estado por favorecer a un proveedor lo cual evidentemente será materia de una acción de control posterior por las autoridades pertinentes.
(...)"**

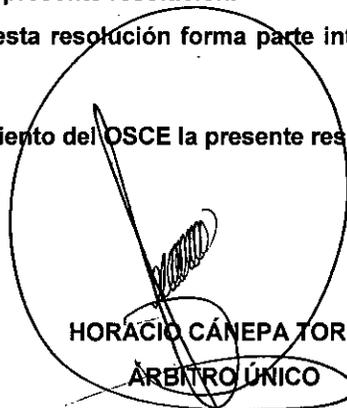
- 8) Ahora bien, ingresando al examen del primero de los recursos interpuestos (en este caso, el de interpretación), se advierte que lo que en realidad pretende EL CONSORCIO es cambiar el sentido de la decisión adoptada en el Laudo, con relación a lo resuelto sobre el fondo de la controversia, pues los argumentos esgrimidos por ella no están en puridad dirigidos a señalar la existencia en el Laudo de alguna argumentación oscura, imprecisa o dudosa expresada en su parte decisoria o en alguna parte del razonamiento lógico – jurídico desarrollado que influya en ella, concerniente a determinar los exactos alcances de su ejecución;
- 9) En efecto, si bien la parte resolutive del anotado Laudo únicamente declaró FUNDADAS la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal y la Segunda Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal, también lo es que en las secciones correspondiente de su análisis, se ha determinado con detalle y siguiendo un correcto razonamiento lógico – jurídico la conclusión a la que arriba el Árbitro Único, la cual es ratificada a través de la presente resolución, esto es, que al amparo del Art. 41° de la Ley de Contrataciones del Estado y en estricta observancia de las directivas orientadoras del OSCE (en este caso, de la Opinión N° 103-2011-DTN), se colige en la necesidad de reducir aquellas partidas deficientes que obran en el expediente técnico, relacionadas, en el primer caso, con la ejecución de los ascensores y montacarga y, en el segundo caso, la definición de un elemento que cubra perimetralmente el enchape con la Placa Trespa Meteon, por razones de conservación, protección y acabado arquitectónico, así como las partidas de las cunetas de evacuación de aguas pluviales y rejillas de protección de cunetas por los trabajos a ejecutar vinculadas a nuevas partidas;
- 10) Además, a juicio de este Árbitro Único, los argumentos esgrimidos por EL PRONIED-MINEDU como sustento de su Recurso de Interpretación, no busca en puridad demostrar el error en el razonamiento lógico jurídico antes comentado, sino contrariamente, lo que se advierte es una clara exteriorización de su disconformidad con las decisiones adoptadas en ambos casos;
- 11) En consecuencia, en relación a este primer medio impugnatorio el Árbitro Único concluye que deviene en INFUNDADO;
- 12) Por otro lado, en lo que concierne al segundo recurso, es decir, al de exclusión de Laudo, este Árbitro Único advierte en primer término, que no se ha laudado sobre algún otro punto controvertido no definido por las partes en la Audiencia respectiva (en este caso, aquella llevada a cabo el día 19 de octubre de 2015);
- 13) En segundo lugar, el Árbitro Único advierte más bien, que el tema de fondo que se planteó en el sexto punto controvertido y que corresponde a la Cuarta Pretensión Principal), fue examinado correctamente evaluado a la luz de las normas de indemnización contractual, toda vez que el reclamo del CONSORCIO que subyace en él, gira en torno al reconocimiento de un "sobrecosto", a consecuencia de la asunción de un mayor gasto asumido para la ejecución de diversos puntos que ésta parte describió con detalle en su demanda y que fue además recogida en la parte pertinente del Laudo (Véase el numeral 10.1. Posición del CONSORCIO);
- 14) De modo que, a juicio de este Árbitro Único, no se advierte la presencia de una contravención al principio de incongruencia entre el punto controvertido examinado con lo resuelto, ni menos que su pronunciamiento sea extra petita, como erradamente lo sostiene EL PRONIED-MINEDU;
- 15) En consecuencia, respecto a este segundo medio impugnatorio, el Árbitro Único concluye que deviene también en INFUNDADO, por lo que;


EL ÁRBITRO ÚNICO QUE EMITIÓ EL LAUDO EN CUESTIÓN, RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADOS los Recursos de Interpretación y Exclusión de Laudo (Resolución N° 23) de fecha 04 de mayo de 2016 interpuestos por EL PRONIED-MINEDU, por los fundamentos expuestos en la presente resolución.

SEGUNDO: DECLARAR que esta resolución forma parte integrante del Laudo (Resolución N° 23) de fecha 04 de mayo de 2016.

TERCERO: Poner en conocimiento del OSCE la presente resolución.



HORACIO CÁNEPA TORRE
ÁRBITRO ÚNICO



JORGE LUIS HUAMÁN CACHAY
SECRETARIO