

TRIBUNAL ARBITRAL

CONSORCIO SAN GREGORIO
PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO CON EL VOTO EN MAYORÍA DE LOS ÁRBITROS HORACIO CÁNEPA TORRE, PRESIDENTE DEL TRIBUNAL Y MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ EN EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL SEGUIDO POR EL CONSORCIO SAN GREGORIO Y EL PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO

EXPEDIENTE N° 821-225-2015-PUCP

Lima, 22 de febrero de 2017.

I. DE LAS PARTES:

DEMANDANTE: Consorcio San Gregorio (en adelante, EL CONTRATISTA o EL DEMANDANTE).

DEMANDADO: Programa Subsectorial de Irrigaciones del Ministerio De Agricultura y Riego (en adelante, la ENTIDAD, EL PSI o EL DEMANDADO).

II. DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- HORACIO CÁNEPA TORRE – Presidente del Tribunal Arbitral
- IVÁN ALEXANDER CASIANO LOSSIO – Árbitro
- MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ – Árbitro

III. DE LA INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Con fecha 10 de diciembre de 2015, en las instalaciones del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), se realizó la instalación del proceso arbitral, sin la asistencia de los representantes de las partes, pese a haber sido notificadas válidamente. Pese a ello, se procedió con la instalación y, en efecto, el Tribunal Arbitral suscribió el Acta de Instalación relacionada con la controversia suscitada entre ellas y que está vinculada al Contrato de Ejecución de Obra: *"Instalación de represa Yllalloc Centro Poblado Rural San José de Tomate en el distrito de Ocaña, provincia de Lucanas – Ayacucho"* (en adelante EL CONTRATO) suscrito el día 20 de noviembre de 2013.

En la audiencia se estableció que este arbitraje se sujetará a las reglas del reglamento de arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, Reglamento del Centro), seguidamente se declaró abierto el proceso arbitral y se otorgó al DEMANDANTE el plazo de diez (10) días hábiles a fin de que cumpla con presentar su demanda y ofrezca los medios probatorios que sustente su posición.

IV. TRAMITE DEL PROCESO ARBITRAL:

1. DE LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL:

En la Cláusula Décimo Octava del CONTRATO, se estipuló que "Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se encuentren 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, según sea el caso.

2. DE LA DEMANDA ARBITRAL:

2.1. EL CONTRATISTA presentó su demanda arbitral mediante escrito N° 01 de fecha 22 de diciembre de 2015, solicitando lo siguiente:

a) Se determine que la aprobación del adicional N° 04 y deductivo N° 02, con Resolución Directoral N°385-2015-MINAGRI -PSI de fecha 04.06.15, ha sido en base al expediente del presupuesto adicional y deductivo vinculante elaborados por el contratista en razón de la solicitud de la entidad, conforme carta N° 659-2014-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 23.10.14; en consecuencia, se establezca el reconocimiento y se ordene el pago, por parte de la entidad a favor del contratista, por los servicios de formulación, elaboración y redacción del expediente adicional N° 02 y deductivo N° 04 por S/. 190,653.45 (ciento noventa mil seiscientos cincuenta y tres y 45/100 nuevos soles), a fin de que no se afecte el principio de equidad conforme el artículo 4° del D.L. N° 1017, ley de contrataciones del estado, ni constituya para la entidad un enriquecimiento sin causa, al amparo del 1954° del código civil.

b) Se reconozca y ordene el pago por parte de la entidad contratante, por los daños y perjuicios que se originan por la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias y el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de arbitraje; tal y como lo estipula los artículos 1969° y 1985° del código civil.

c) La obligación por parte de la entidad contratante, de dar suma de dinero (pago), de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso: honorarios del tribunal arbitral y de la secretaria arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

2.2. El día 20.11.13, se suscribió el Contrato de Obra, por un monto ascendente a la suma de S/.8'497,976.14 (Ocho Millones Cuatrocientos Noventa y Siete Mil Novecientos Setenta y Seis y 14/100 Nuevos Soles).

2.3. Según la cláusula quinta del contrato el plazo de ejecución de la obra materia de dicho contrato se fijó en Doscientos Cuarenta (240), días calendario.

2.4. Mediante presentada con Cartas N°01-2013-CSG de fecha 10.12.13 y Carta N°02-2013-CSG de fecha 16.12.13, se realizaron observaciones al expediente técnico.

2.5. En el cuaderno de obra (Asiento N°130/14.08.14/ del Residente) se dejó constancia que no se tiene respuesta a consultas efectuadas a la supervisión en razón de la cimentación y talud de la presa, lo cual implica que no se podría continuar con la ejecución de la obra, por lo que indicaron que se plantearía una paralización por falta de frente de trabajo.

2.6. En el cuaderno de obra (Asiento N°131/ 18.08.14/ del Supervisor) se verifica que el CONTRATISTA ha efectuado consultas y que se encontraría avanzando trabajos relacionados al Presupuesto Adicional N° 01.

2.7. Conforme a lo establecido en el cuaderno de obra, Asiento N°132/ 20.08.14/ del Residente, se deja constancia que se llevó a cabo una reunión en las instalaciones de la entidad; fijándose los términos y condiciones de la paralización de obra, que tendría una vigencia a partir del 23.08.14 y hasta que se haya adecuado el expediente técnico, dentro de las condiciones técnicas necesarias para el desarrollo de la obra. En el Asiento N°133 /23.08.14/del Supervisor, se consigna la paralización total de la obra, levantándose el acta respectiva.

2.8. En el cuaderno de obra, Asiento N°137 / .09.14 /del Residente, se deja constancia de la existencia de deficiencias en el expediente técnico, lo cual fue puesto en conocimiento de la ENTIDAD, desde el mes de diciembre del 2013 (Cartas N°01-2013-CSG de fecha 10.12.13 y Carta N° 02-2013-CSG de fecha 18.12.13); así mismo, se deja constancia de la demora por dicha parte en pronunciarse sobre la entrega de los planos ejecutivos, rediseños y modificaciones aprobadas por el proyectista y la ENTIDAD y se solicita la entrega del acta de acuerdo del 20.08.14 por la paralización, indicándose la falta de aporte técnico por parte de la entidad.

2.9. Con Carta N° 659-2014-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 23.10.14, recepcionado el 26.10.15, la entidad comunica al contratista que deberá preparar el expediente técnico adicional para el talud de la presa otorgándonos un plazo de siete (07) días.

2.10. En el cuaderno de obra, Asiento N°142 /29.10.14/del Residente, se hace referencia de la solicitud efectuada por la ENTIDAD, mediante Carta N°659-2014-MINAGRI-PSI-DIR, para la realización del expediente Técnico o reformulación no exime de responsabilidad a la entidad puesto que es su responsabilidad y no la del contratista.

2.11. Con carta N° 84-CSG de fecha 27.11.14, recepcionada el mismo día, el CONTRATISTA entrega el expediente del Presupuesto Adicional N° 02 y Deductivo Vinculante N° 04.

2.12. Con Carta N°85-CSG de fecha 03.12.14, el CONTRATISTA entrega el expediente del Presupuesto Adicional N° 02 y Deductivo Vinculante N°04, por la reformulación del cuerpo de presa y Deductivo Vinculante N°02 del Adicional N°04.

2.13. Conforme cuaderno de obra, Asiento N°147 / 03.12.14 /del Residente, se indica que ya se han dado 102 días de paralización de la obra y que no se les ha entregado, el acta de acuerdos de fecha 20.08.14. Asimismo, se consigna que aún no se ha respondido a la Carta N°84-CSG de fecha 27.11.14, por la entrega el expediente del Presupuesto Adicional N° 02 y Presupuesto Deductivo Vinculante N° 04.

2.14. Conforme al cuaderno de obra, Asiento N°149 /13.01.15 /del Residente, se reitera el atraso por parte de la entidad en la entrega del expediente del Presupuesto Adicional N° 02 y Presupuesto Deductivo Vinculante N° 04. Este hecho se va a extender hasta el 27.03.15, conforme cuaderno de obra (Asientos: 150 (06.02.15), 151 (27.02.15), 152 (06.03.15) y 153 (27.03.15)), manteniéndose la paralización de la obra.

2.15. Con Carta N°03-CSG de fecha 30.01.15, el CONTRATISTA entrega el levantamiento de observaciones al Presupuesto Adicional N° 04 y Presupuesto Deductivo Vinculante N° 02 del Adicional N°04, efectuadas con el informe N°25-2014-SUP/VRSS.

2.16. Con Carta N°145-2015-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 09.02.15, la ENTIDAD solicita se subsane la comunicación (Carta N°03-CSG de fecha 30.01.15).

2.17. Con Carta N°167-2015-MINAGRI-PSI-DIR, recibida con fecha 13.02.15, la ENTIDAD va a efectuar una serie de consideraciones negando los acuerdos para paralizar la obra y respecto del costo de la elaboración del expediente adicional por la reformulación del expediente.

2.18. Con Carta N°005-2015-CSG de fecha 19.02.15, el CONTRATISTA responde a la Carta N°167-2015-MINAGRI-PSI-DIR, refiriendo que la entidad busca hacer responsable al contratista de la paralización de la obra cuando con el acuerdo de fecha 20.08.14 se le conminó a la elaboración del rediseño del proyecto, condicionando el reinicio de la actividad con esta entrega; en este sentido, se les solicitó la elaboración del Presupuesto Adicional de Obra N° 04 y Presupuesto Deductivo Vinculante N° 02 con Carta N° 659-2014-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 23.10.14.

El CONTRATISTA, señala que dejó constancia conforme este escrito que el contratista solicitará el pago por los servicios de formulación, elaboración y redacción de dichos expedientes, puesto que dicha prestación no forma parte del contrato vigente suscrito con la entidad.

2.19. Con Carta N°05-2015-CSG de fecha 10.02.15, recepcionado el mismo día, levantaron las observaciones en razón de la Carta N°145-2015-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 09.02.15.

2.20. Con Carta N°007-2015-Consortio AG3 -LAGESA de fecha 03.03.15, recibido el mismo día, la supervisión les remite el Informe N°01-2015/SUP/VRSS de fecha 04.02.15 a efectos de levantar observaciones.

2.21. Con Carta N°07-2015-CSG de fecha 03.03.15, el CONTRATISTA levanta observaciones conforme Carta N°007-2015-Consortio AG3 -LAGESA.

2.22. En el Acta de Acuerdos de fecha 05.05.15, se indica que desde el 23.08.14 se encuentra paralizada la obra por la reformulación del expediente Técnico del Proyecto, elaborándose así el Presupuesto de Adicional N°04 y el Presupuesto Deductivo N°02. El CONTRATISTA se compromete a entregar el expediente corregido totalmente hasta el 11.05.15 y la entidad se compromete a aprobarlo, comprometiéndose el contratista en reiniciar la obra tras la aprobación hasta su culminación.

2.23. Con Carta N° 1036-2015-MINAGRI-PSI-OAF de fecha 04.06.15, se remite la Resolución Directoral N° 385-2015-MINAGRI-PSI, en la cual se resuelve aprobar el Presupuesto de Adicional N° 04 y el Presupuesto Deductivo N° 02.

2.24. Con Carta N° 021-2015-CR/RL de fecha 15.06.15, recepcionado el 17.06.15, nuestra representada solicita el pago de la elaboración del Expediente Técnico con el presupuesto Adicional N° 05 por el monto de S/.190,653.45 (Ciento Noventa Mil Seiscientos Cincuenta y Tres y 45/100 Nuevos Soles).

2.25. Con Carta N° 1946-2015-MINAGRI-PSI-OAF de fecha 11.09.15, se remite la Resolución Directoral N° 618-2015-MINAGRI-PSI de fecha 11.09.15, en la cual se resuelve declarar improcedente el presupuesto Adicional N° 05 denominado "Elaboración del Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 04 y Expediente Técnico del Presupuesto Deductivo N°02".

2.26. El CONTRATISTA señala que el proyecto desde un inicio presento deficiencias a nivel del expediente técnico; por lo formuló sus observaciones y consultas, sin tener respuesta por parte de la supervisión y/o la entidad (desde el mes de diciembre del 2013 hasta el mes de agosto del 2014); siendo que con fecha 20.08.14, se va a levantó un acta de acuerdo entre las partes para efectos de poder paralizar la obra a fin que se reformule el expediente de obra.

2.27. La ENTIDAD les solicitó la elaboración del Adicional de Obra N° 04 y Presupuesto Deductivo Vinculante N° 02 con Carta N° 659-2014-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 23.10.14; la entidad presentó sus observaciones y estas fueron levantadas oportunamente; no obstante ello, mediante Acta de Acuerdos de fecha 05.05.15 se fijó la fecha de entrega de dichos expediente revisados, acordándose su aprobación por parte de la entidad a efectos de que se reinicie la obra.

Antes de la firma de esta acta, con Carta N° 005-2015-CSG, el CONTRATISTA responde a la comunicación de la entidad donde se pretende responsabilizarla respecto de la paralización, por lo que se debe tener presente que las deficiencias del proyecto y la demora en la respuesta a sus consultas ha sido de su responsabilidad. El CONTRATISTA señala que solicitaría el pago por los trabajos de elaboración del expediente técnico, en razón del servicio de formulación, elaboración y redacción del Expediente Técnico Adicional N° 04 y Deductivo N° 02. De esta forma, mediante carta N° 021-2015-CR/RL de fecha 15.06.15, solicitó el pago tras la aprobación del expediente Adicional y deductivo (conforme Resolución Directoral N° 385-2015-MINAGRI-PSI), siendo declarado improcedente dicha solicitud conforme Resolución Directoral N° 618-2015-MINAGRI-PSI de fecha 11.09.15.

2.28. Debe tener presente que bajo el ámbito de la normativa especial (Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento) debe existir un equilibrio en el cumplimiento de las prestaciones contractuales, en atención al Principio de Equidad, por lo que habiéndose cumplido con lo solicitado por la entidad; es decir, servicio de formulación, elaboración y redacción del Expediente Técnico Adicional N° 04 y Deductivo N° 02, corresponde a la entidad cumplir con su obligación que generó al solicitar al contratista con Carta N° 659-2014-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 23.10.14, dicho servicio. Debe tenerse en cuenta que la reformulación del expediente no era responsabilidad del contratista sino de la entidad.

2.29. Conforme el Artículo 1954° del Código Civil, el no reconocimiento del pago de los servicios solicitados por la entidad, en razón de la reformulación del expediente técnico encomendada al contratista, implica un aprovechamiento de los recursos de este; ya que, pese a que se ha aprobado el Expediente Técnico del Adicional N° 04 y el Deductivo N° 02, resulta contradictorio que la entidad no apruebe los servicios de formulación, elaboración y redacción de dichos expedientes técnicos que fueron elaborados por el contratista para su aprobación.

2.30. En este sentido, se pone en manifiesto un desequilibrio en la relación contractual de las partes que no tiene una causa justificada, por lo que corresponde que la entidad reconozca el costo del servicio de formulación, elaboración y redacción del Expediente Técnico Adicional N° 04 y Deductivo N° 02, a efectos que no se configure enriquecimiento sin causa por parte de la

entidad. Por tanto, corresponde reconocer y pagar el monto de S/.190,653.45 (Ciento Noventa Mil Seiscientos Cincuenta y Tres y 45/100 Nuevos Soles).

2.31. Se solicita el reconocimiento de daños y perjuicios que se originan como daño emergente, gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de arbitraje, tal y como lo estipula los Artículos 1969º y 1985º, del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de mi representada en diversos procesos de selección.

2.32. Respecto de los gastos de asesoría legal durante la conciliación y el proceso arbitral, señala que han tenido que recurrir a asesores legales a efectos de ver los problemas que han acontecido durante la ejecución de la obra; ha contado con los servicios de asesores desde la invitación para conciliar y para el presente proceso arbitral, lo cual no solo implica una demora en los plazos de vigencia del contrato, sino un gasto por los servicios prestados por estos profesionales, teniendo en consideración que de forma arbitraria la entidad no reconoce los costos por el estudio del Expediente Adicional N° 04 y Deductivo N°02, que finalmente fuera aprobado por esta. En ese sentido solicitamos amparar nuestra pretensión.

2.33. La Entidad con su accionar les llevó a plantear e iniciar el presente Proceso Arbitral; y, teniendo en cuenta los gastos en que hemos incurrido como ha sido el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral; así como, del Secretario Arbitral, lo cual consta en los actuados y en los medios presentados.

3. MONTO DE LA PRETENSIÓN

La pretensión se valoriza en S/.190,653.45 (Ciento Noventa Mil Seiscientos Cincuenta y Tres y 45/100 Nuevos Soles)".

4. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Mediante el escrito S/N de fecha 18 de febrero de 2016, EL PSI contestó la demanda sobre la base de los siguientes fundamentos:

4.1. Mediante Proceso de Licitación Publica N° 012-2013-MINAGRI-PSI-Primera Convocatoria se adjudicó la Buena Pro al Consorcio San Gregorio, para la ejecución de la Obra "Instalación de Represa Yllalloc Centro Poblado Rural de San José de Tomate, distrito de Ocaña-Lucanas-Ayacucho".

4.2. Con fecha 20 de noviembre de 2016 se suscribió el Contrato de Ejecución de Obra "Instalación de Represa Yllalloc Centro Poblado Rural de San José de Tomate, distrito de Ocaña-Lucanas-Ayacucho", con un costo ascendente a la suma de S/. 8'497,976.14 nuevos soles y teniendo como plazo de

ejecución de 240 días calendario, debiendo ejecutarse por Contrata a Precios Unitarios.

4.3. Se firmó Acta de Entrega de Terreno con fecha 02 de diciembre de 2013, dándose por iniciado el plazo de ejecución de la Obra a partir del 03 de diciembre de 2013, debiendo concluirse con fecha 31 de julio de 2014.

4.4. Mediante Resolución Directoral N° 351-2014-MINAGRI-PSI de fecha 03 de junio de 2014, se aprobó el Presupuesto Adicional de Obra N° 01, por el monto de S/. 129,614.77 nuevos soles.

4.5. Mediante Resolución Directoral N° 419-2014-MINAGRI-PSI de fecha 27 de junio de 2014, se aprueba el Presupuesto Adicional de Obra N° 02 y Deductivo Vinculante N° 01, por la suma de S/. 89,693.55 nuevos soles.

4.6. Mediante la Carta N° 659-2014-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 23 de octubre de 2014, se designa al CONTRATISTA como responsable de la formulación del Expediente del Presupuesto Adicional de Obra N° 04 y Deductivo Vinculante N° 02.

4.7. El CONTRATISTA mediante Carta N° 012-2015-CSG de fecha 11 de mayo de 2015, presentó a la Entidad el expediente que sustenta la aprobación del presupuesto Adicional N° 04 y su Presupuesto Deductivo Vinculante N° 02, el mismo que fue aprobado mediante la Resolución Directoral N° 385-2015-MINAGRI-PSI de fecha 04 de junio de 2015.

4.8. Mediante la Carta N° 21-2015-CR/RL de fecha 17 de junio de 2015, el referido contratista presenta el Presupuesto Adicional de Obra N° 05 por elaboración del expediente del presupuesto Adicional N° 04 y su Presupuesto Deductivo Vinculante N° 02, por la suma de S/. 190,653.45 nuevos soles.

4.9. Dicha solicitud de aprobación del Presupuesto Adicional de Obra N° 05, fue declara improcedente a través de la Resolución Directoral N° 618-2015-MINAGRI-PSI de fecha 11 de setiembre de 2015.

4.10. Sobre la primera pretensión, el CONTRATISTA pretende que se le pague la suma de Ciento noventa mil seiscientos cincuenta y tres con 45/100 nuevos soles (S/.190,653.45) por el supuesto servicio de formulación, elaboración y redacción del Expediente Presupuesto Adicional N° 04 y Presupuesto Deductivo N° 02.

4.11. El CONTRATISTA no expone mayor argumento que sustente jurídica y fácticamente la citada pretensión, simplemente se ha limitado a indicar la secuencia de hechos sin vincularlos con las normativas pertinentes aplicables a dichos hechos; asimismo, no señala si ha seguido los procedimientos adecuados a efectos de satisfacer el cobro.

4.12. Mediante la Carta N° 659-2014-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 23 de octubre de 2014, se encargó al CONTRATISTA la formulación del Expediente del Presupuesto Adicional de Obra N° 04 y Deductivo Vinculante N° 02. Precisándose que dicho encargo se efectuó previo acuerdo de compromiso aceptado por el citado Contratista, el mismo que se encuentra reafirmado en el Acta de Acuerdos de fecha 05 de mayo de 2015, en el cual el Consorcio San Gregorio se comprometió a presentar el referido expediente el 11 de mayo de 2015.

4.13. El encargo se enmarca dentro del parámetro normativo del artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado, que faculta a la Entidad a ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de obra hasta por el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, siempre que estas sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato original. Dicha posibilidad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de obra ha sido conferida a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público en los contratos que celebra para obtener los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

4.14. En cumplimiento al compromiso asumido, el CONTRATISTA, a través de la Carta N° 012-2015-CSG de fecha 11 de mayo de 2015, presentó a la Entidad el expediente que sustenta la aprobación del presupuesto Adicional N° 04 y su Presupuesto Deductivo Vinculante N° 02, el mismo que fue aprobado mediante la Resolución Directoral N° 385-2015-MINAGRI-PSI de fecha 04 de junio de 2015; cumpliéndose cabalmente los compromisos asumidos entre las partes; es decir, por parte del Contratista (presentar el expediente respectivo) y por parte de la Entidad (aprobar dicho expediente presentado).

4.15. La elaboración del expediente técnico del presupuesto Adicional N° 04 y su Presupuesto Deductivo Vinculante N° 02, no resulta de un acto unilateral de la Entidad, sino que se configura sobre la base del compromiso asumido por el propio contratista, dado su interés particular de continuar con la ejecución de la Obra.

4.16. Mediante la Carta N° 21-2015-CR/RL de fecha 17 de junio de 2015, el Consorcio San Gregorio solicitó la aprobación del Presupuesto Adicional de Obra N° 05, por la elaboración del expediente del presupuesto Adicional N° 04 y Presupuesto Deductivo Vinculante N° 02, valorizado en la suma de S/. 190,653.45 nuevos soles.

4.17. Para la ejecución de las prestaciones adicionales de obra, es necesario que, previamente, la Entidad elabore y apruebe el expediente técnico correspondiente a las obras adicionales, cuya elaboración también puede ser encargado al contratista. Por otra parte, el contratista se encuentra obligado a

ejecutar las obras adicionales, de conformidad con las condiciones previstas en el expediente técnico aprobado.

4.18. En ese orden de ideas, previamente al inicio de la ejecución de las obras adicionales aprobadas por la Entidad, el contratista debe cumplir con las obligaciones que le corresponden en el marco del procedimiento establecido en el sexto párrafo del artículo 207° del Reglamento.

4.19. En el marco de la referida norma, cabe precisar que previa a la elaboración del expediente técnico del Presupuesto Adicional N° 04 Presupuesto Deductivo N° 02, el Contratista nunca se pronunció respecto al costo de su formulación, sino que lo hizo después de su ejecución, pues en aplicación de la referida norma, el contratista debió proponer la necesidad de ejecutar dos adicionales de obra, uno por el costo de la elaboración y formulación del Expediente del Presupuesto Adicional de Obra N° 04 y Deductivo N° 02 (antes de ejecutar la misma) y otro por la ejecución del Presupuesto Adicional de Obra N° 04 y Deductivo N° 02 (aprobado mediante Resolución Directoral N° 385-2015-MINAGRI-PSI).

4.20. El CONTRATISTA no cumplió con este procedimiento, siendo su responsabilidad exclusiva, mas no de la Entidad; por lo tanto, la Entidad no puede autorizar pago de ninguna índole al no encontrarse aprobado de manera previa y de forma regular. Asimismo, en tanto que no existe ninguna resolución autoritativa en la que se mencione explícitamente el costo de la elaboración del expediente adicional, no cabe que la Entidad asuma pago alguno.

4.21. Conforme al primer párrafo del artículo 207 del Reglamento: "Sólo procederá la ejecución de obras adicionales 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, restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original."

De la referida disposición se advierte que la ejecución de prestaciones adicionales de obra requiere la aprobación previa del Titular de la Entidad, toda vez que las prestaciones adicionales implican necesariamente la ejecución de presupuestos adicionales que se encuentran fuera del alcance original del contrato, e involucran la erogación de mayores recursos públicos. En consecuencia, resulta indispensable que para su ejecución se requiera necesariamente de la autorización previa de la Entidad, mediante acto administrativo expreso; siendo que dicha autorización, además de crear unilateralmente obligaciones para la contraparte, resulta indispensable para exigir la ejecución.

4.22. La referida exigencia, genera otra conclusión fundamental consistente a que no resulta procedente la aprobación de prestaciones adicionales de obra con posterioridad a su ejecución, situación que se ha configurado en el presente caso, toda vez que el Presupuesto Adicional N° 04 y Presupuesto Deductivo Vinculado N° 02, fue aprobado con fecha 04 de junio de 2015 a través de la Resolución Directoral N° 385-2015-MINAGRI-PSI y la solicitud de aprobación del presupuesto Adicional N° 05 por la formulación del Presupuesto Adicional N° 04 y Presupuesto Deductivo Vinculado N° 02, se presentó con fecha 15 de mayo de 2015, mediante la Carta N° 021-2015-CR/RL, revelándose claramente que se realizó la citada solicitud con posterioridad a su ejecución, contraviniéndose la acotada norma. Por lo que, resulta imposible la aprobación del pago, en observancia estricta del artículo 207° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y de conformidad con la OPINIÓN N° 039-2012/DTN del OSCE, que señala: "No resulta procedente la aprobación de prestaciones adicionales de obra con posterioridad a su ejecución".

4.23. Nos encontramos frente a una pretensión apenas indicada, sin sustento factico y jurídico que conlleve establecer razonablemente la existencia de un procedimiento regular seguido por el contratista al solicitar la aprobación del presupuesto Adicional N° 05, por lo que no existe obligación económica alguna que la Entidad deba reconocer a su favor, por lo que solicitan que la misma sea declarada infundada o improcedente.

4.24. En relación a la segunda pretensión, el CONTRATISTA pretende que se le pague la suma de S/. 8,346.55 nuevos soles como indemnización por supuestos daños y perjuicios, alegando que habría incurrido en gastos como consecuencia de la presente controversia.

4.25. El CONTRATISTA no expone ningún argumento que sustente su pretensión de indemnización ni hace mención a los elementos constitutivos de la Responsabilidad Civil; es decir, no sustenta la existencia de un daño en contra del contratista ni el hecho causante del daño, revestido de dolo, culpa o mediante un bien riesgoso o peligroso o el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, ni la relación de causalidad adecuada entre el hecho causante y el daño causado, así como tampoco los factores de atribución correspondientes, por lo que debe ser declarada infundada o improcedente..

4.26. Sobre la tercera pretensión, solicitan al Tribunal Arbitral que se condene al CONTRATISTA al pago íntegro de las costas y costos del proceso, en tanto que las pretensiones planteadas son manifiestamente no tutelables, al no encontrarse sustentados a través de fundamento adecuados.

5. DE LA AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

La Audiencia se llevó a cabo en el día y hora indicada en la Resolución N° 12 de fecha 23 de mayo de 2016, el martes 7 de junio de 2016 se establecieron los siguientes puntos controvertidos:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que la aprobación del adicional N° 04 y deductivo N° 02, con Resolución Directoral N° 385-2015-MINAGRI - PSI de fecha 04.06.15, ha sido en base al expediente del presupuesto adicional y deductivo vinculante elaborados por el contratista en razón de la solicitud de la entidad, conforme Carta N° 659-2014-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 23.10.14; en consecuencia, se establezca el reconocimiento y se ordene el pago, por parte de la entidad a favor del contratista, por los servicios de formulación, elaboración y redacción del expediente adicional N° 02 y deductivo N° 04 por S/. 190,653.45 (Ciento noventa mil seiscientos cincuenta y tres y 45/100 Nuevos Soles), a fin de que no se afecte el principio de equidad conforme el artículo 4° del D.L. N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, ni constituya para la entidad un enriquecimiento sin causa, al amparo del 1954° del Código Civil.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no reconocer y ordenar el pago por parte de la entidad al contratante, por los daños y perjuicios que se deriven del presente proceso.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que la entidad asuma la obligación de dar suma de dinero (pago), de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso: honorarios del tribunal arbitral y de la secretaria arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

6. DEL CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA Y DE LA PRESENTACIÓN DE ALEGATOS ESCRITOS.

Cumpliendo con el requerimiento señalado en el acápite anterior, EL CONSORCIO presentó sus alegatos con fecha 21 de Junio de 2016. Es así que mediante la Resolución N° 13 de fecha 06 de julio de 2016, el Colegiado tuvo por presentados los alegatos escritos por parte del CONSORCIO con conocimiento de la contraria, y dejó constancia que el PSI no presentó sus alegatos escritos.

7. DE LA AUDIENCIA DE INFORME ORAL:

A través de la Resolución N° 14 se dispuso citar a las partes para el día 31 de octubre de 2016 a las 10:00 horas en la sede del arbitraje. A pesar de ello, a través de la Resolución N° 06, este Colegiado, atendiendo la solicitud de LA

CONCESIONARIA, dispuso reprogramar la Audiencia de Informes Orales para el día martes 14 de julio de 2015 a las 11:00 horas.

Es así que la audiencia indicada se llevó a cabo en el día y hora acordada con la asistencia de ambas partes dejándose constancia de la exposición que ambas hicieron sobre sus posiciones y, del uso de la réplica y dúplica, efectuando las partes las apreciaciones y aclaraciones que consideraron pertinentes. Asimismo el Tribunal Arbitral les realizó las preguntas que estimó necesarias. Por otro lado, se dejó constancia que la Audiencia ha quedado registrada mediante grabación en audio.

8. DEL PLAZO PARA LAUDAR:

El Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles conforme a Resolución N° 15 de fecha 19 de diciembre de 2016, el mismo que se amplió en treinta (30) días hábiles conforme a la Resolución N° 16 de fecha 2 de enero de 2017, plazo que vencerá el día 14 de marzo de 2017.

9. MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL APLICABLE PARA RESOLVER EL FONDO DE LA CONTROVERSIA:

Conforme se señala en el numeral 7) del Acta de Instalación, serán de aplicación al presente proceso el REGLAMENTO DEL CENTRO, el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (modificado mediante Ley N° 29873), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF) y, en forma supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

Asimismo, por medio del numeral 8) se indica que en caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

10. CONSIDERANDOS:

10.1. CUESTIONES PRELIMINARES:

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: i) El Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el acuerdo suscrito entre las partes (Cláusula Décimo Octava del CONTRATO – Cláusula Arbitral); ii) EL CONSORCIO, presentó su demanda dentro del plazo dispuesto y ejerció plenamente su derecho de defensa, iii) EL PSI, fue debidamente emplazado con las pretensiones materia de la demanda, las cuales absolvió, ejerciendo también plenamente su derecho de defensa; iv) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios y vi) El Tribunal Arbitral laudó dentro del plazo establecido.

10.2. ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE LA APROBACIÓN DEL ADICIONAL N° 04 Y DEDUCTIVO N° 02, CON RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 385-2015-MINAGRI - PSI DE FECHA 04.06.15, HA SIDO EN BASE AL EXPEDIENTE DEL PRESUPUESTO ADICIONAL Y DEDUCTIVO VINCULANTE ELABORADOS POR EL CONTRATISTA EN RAZÓN DE LA SOLICITUD DE LA ENTIDAD, CONFORME CARTA N° 659-2014-MINAGRI-PSI-DIR DE FECHA 23.10.14; EN CONSECUENCIA, SE ESTABLEZCA EL RECONOCIMIENTO Y SE ORDENE EL PAGO, POR PARTE DE LA ENTIDAD A FAVOR DEL CONTRATISTA, POR LOS SERVICIOS DE FORMULACIÓN, ELABORACIÓN Y REDACCIÓN DEL EXPEDIENTE ADICIONAL N° 02 Y DEDUCTIVO N° 04 POR S/.190,653.45 (CIENTO NOVENTA MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES Y 45/100 NUEVOS SOLES), A FIN DE QUE NO SE AFECTE EL PRINCIPIO DE EQUIDAD CONFORME EL ARTÍCULO 4° DEL D.L. N° 1017, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, NI CONSTITUYA PARA LA ENTIDAD UN ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, AL AMPARO DEL 1954° DEL CÓDIGO CIVIL.

La pretensión del CONTRATISTA tiene dos supuestos, en el primer supuesto solicita que se determine que la aprobación del adicional N° 04 y deductivo N° 02, mediante Resolución Directoral N° 385-2015-MINAGRI - PSI de fecha 04.06.15, ha sido en base al expediente del presupuesto adicional y deductivo vinculante elaborados por el contratista en razón de la solicitud de la entidad, conforme a la carta N° 659-2014-MINAGRI-PSI-DIR DE FECHA 23.10.14 y en el segundo supuesto, implica que como consecuencia de determinarse lo anterior, se establezca el reconocimiento y se ordene el pago, por parte de la entidad a favor del contratista, por los servicios de formulación, elaboración y redacción del expediente adicional N° 02 y deductivo N° 04 por S/.190,653.45 (ciento noventa mil seiscientos cincuenta y tres y 45/100 nuevos soles).

La ENTIDAD señala que el pedido no se encuentra sustentado ni jurídica ni técnicamente y no señala si ha seguido los procedimientos adecuados a efectos de satisfacer el cobro.

La ENTIDAD reconoce que mediante carta 659-2014-MINAGRI-PSI-DIR encargó al CONTRATISTA la formulación del expediente presupuesto adicional de obra N° 04 y el deductivo vinculante N° 02. En dicha carta la ENTIDAD señala que "se le comunica que deberá preparar el expediente técnico adicional de obra para el talud del espaldón agua arriba de la presa, conforme lo señala la oficina de Estudios, con los sustentos técnicos requeridos en la Directivas Vigentes, otorgándole un plazo de 07 días calendario de recibida la presente, para que presente el expediente adicional.

La ENTIDAD señala además que este requerimiento, se efectuó previo a un acuerdo de compromiso aceptado por el CONTRATISTA, reafirmado en el acta de acuerdo de fecha 5 de mayo de 2015 y que el encargo se encuentra enmarcado dentro de los alcances de lo establecido en el artículo 41º de la Ley.

De lo establecido en el acta mencionada, se puede verificar que el CONTRATISTA se compromete a presentar el expediente del presupuesto adicional y el deductivo y la ENTIDAD se compromete a aprobar el expediente, mediante la expedición de la Resolución directoral correspondiente.

La ENTIDAD señala que el CONTRATISTA con fecha 11 de mayo de 2015, presentó el expediente del presupuesto adicional y el deductivo y que éste fue aprobado mediante Resolución Directoral N° 385-2015-MINAGRI-PSI (en adelante la R.D. 385-2015) de fecha 4 de junio de 2015.

En la R.D. 385-2015 se señala:

- El CONTRATISTA mediante carta N° 012-2015-CSG, presenta a la ENTIDAD para su evaluación y trámite correspondiente, el expediente que sustenta la aprobación del presupuesto adicional N° 04 y su presupuesto deductivo vinculante N° 02.
- La ENTIDAD señala que se hicieron observaciones al expediente, pero que éstas fueron debidamente levantadas por el CONTRATISTA.
- El inspector de la obra manifestó su opinión señalando que resultaba procedente su aprobación por ser viable, beneficioso económicamente y de necesidad ineludible para cumplir con los objetivos y metas del proyecto.
- Se aprueba el presupuesto adicional N° 04 por partidas nuevas denominado "cambio de diseño de los taludes de presa", en la suma de S/. 6'327,532.59 soles, incluido el IGV, y el presupuesto deductivo vinculante N° 02 por "cambio de diseño de los taludes de presa" por S/. 7'136,064.77 nuevos soles.

De lo establecido en la R.D. 385-2015 se puede determinar que la aprobación del adicional N° 04 y deductivo N° 02, ha sido en base al expediente del presupuesto adicional y deductivo vinculante elaborados por el contratista, por encargo de la ENTIDAD, situación reconocida y no controvertida por dicha parte.

Conforme a lo establecido en el numeral 24 del anexo del Reglamento, el expediente técnico de la obra se define como "el conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, valor referencial, análisis de precios, calendario de avance

de obra valorizado, formulas polinómicas y si el caso lo requiere, el estudio de suelo, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios”.

De acuerdo a la normativa de contrataciones, ¿A quién corresponde la elaboración del expediente técnico de la obra o del adicional de obra? , la elaboración del expediente técnico, de acuerdo con la normativa de contrataciones aplicable al proceso, puede corresponder:

a. A la misma Entidad, en los casos de administración directa, en este caso la Entidad, con sus propios recursos y personal, elabora de manera directa sus expedientes técnicos.

b. A consultores externos, en este caso la Entidad elabora sus expedientes técnicos de forma indirecta, a través de un consultor de obra contratado especialmente para tal fin observando las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado.

c. Al contratista ejecutor de la obra, sólo en los contratos con modalidades de Concurso Oferta o Llave en mano. En estos casos, conforme a lo establecido en la opinión N° 028-2011/DTN, no podrán aprobarse adicionales de obra por defectos o deficiencias del expediente técnico, en virtud que el ejecutor de obra es el responsable de su elaboración y, en consecuencia, de los defectos que pudiera presentar.

Conforme a lo indicado, se determina que salvo en los casos de concurso oferta o llave en mano, la elaboración del expediente técnico corresponde a la ENTIDAD.

De igual forma, salvo los casos señalados, la normativa de contrataciones establece que los costos de la elaboración del expediente técnico le corresponden a la ENTIDAD.

El contrato de Ejecución de Obra "Instalación de Represa Yllallocc Centro Poblado Rural de San José de Tomate, distrito de Ocaña-Lucanas-Ayacucho", que es materia de la presente controversia, no es un contrato de concurso oferta o llave en mano, por lo que la elaboración y el costo del expediente correspondería a la ENTIDAD.

Salvo los supuestos indicados ¿Puede la ENTIDAD encargar al CONTRATISTA la elaboración del expediente técnico del adicional?

El OSCE mediante la opinión N° 064-2011/DTN del 7 de julio de 2011, estableció en sus conclusiones lo siguiente:

- i) El contratista ejecutor de la obra no puede encargarse de la elaboración del Expediente Técnico de una prestación adicional.

- ii) De existir alguna modificación al expediente técnico, esta modificación la tiene que realizar y aprobar la Entidad que, de encontrar errores podrá posteriormente, atribuir responsabilidad por vicios ocultos al consultor de obra que se encargó de la elaboración del citado expediente, de ser el caso y
- iii) iii) El contratista ejecutor de la obra durante la prestación adicional de obra está obligado a la ejecución de la respectiva prestación y al cumplimiento del procedimiento establecido en la normativa.

De acuerdo a lo establecido en la opinión N° 064-2011/DTN, el CONTRATISTA no puede elaborar el expediente técnico del adicional y en consecuencia, tampoco del deductivo, por lo que es la ENTIDAD la encargada de elaborar el expediente técnico, mediante la contratación de un consultor de obra o de forma directa.

Sin embargo, el OSCE ha cambiado o aclarado su posición, mediante la emisión de la OPINIÓN N° 083-2011/DTN del 22 de setiembre de 2011.

En dicho documento, el OSCE ha señalado que "Si bien en la conclusión 3.1 de la Opinión N° 064-2011/DTN se indicó que *"El contratista ejecutor de la obra no puede encargarse de la elaboración del Expediente Técnico de una prestación adicional"*, lo que se pretendió indicar es que, en principio, el contratista ejecutor de la obra no se encuentra obligado a elaborar el expediente técnico de las obras adicionales, pues la elaboración y aprobación de tal expediente es responsabilidad de la Entidad. Sin perjuicio de ello, entre las posibilidades que la Entidad tiene para elaborar el expediente técnico de las obras adicionales, se encuentra la de ordenar su elaboración al contratista ejecutor de la obra en calidad de prestación adicional de obra, distinta a la ejecución de las obras adicionales, como se ha precisado en la presente opinión."

Además de lo señalado, de la mencionada opinión puede establecer las siguientes conclusiones en relación a la elaboración del expediente técnico:

- Para la ejecución de las prestaciones adicionales de obra, es necesario que, previamente, la Entidad elabore y apruebe el expediente técnico correspondiente a las obras adicionales, y que haga entrega de este al contratista.
- El contratista se encuentra obligado a ejecutar las obras adicionales, de conformidad con las condiciones previstas en el expediente técnico entregado por la Entidad.
- De la normativa de contrataciones del Estado se desprende que es obligación

de la Entidad elaborar y aprobar el expediente técnico de las obras a ser ejecutadas, obligación que comprende la elaboración y aprobación tanto del expediente técnico de la obra principal, como del expediente técnico de las obras adicionales.

- Por prestación adicional se entiende a cualquier tipo de prestación no prevista en el expediente técnico ni en el contrato original, cuya ejecución sea "indispensable y/o necesaria" para alcanzar la finalidad del contrato original, que no es otra que la adecuada ejecución de una obra de interés general.

- La elaboración del expediente técnico de las obras adicionales es una prestación "indispensable y/o necesaria" para la adecuada ejecución de la obra principal, pues sin este expediente técnico no podría iniciarse la ejecución de las obras adicionales y, por tanto, no podría conseguirse la adecuada ejecución de la obra principal.

- Si la Entidad determina que es posible que el contratista encargado de la ejecución de la obra principal elabore el expediente técnico de las obras adicionales, tendría que ordenar la ejecución de dos tipos de prestaciones adicionales de obra: la elaboración del expediente técnico de las obras adicionales y la ejecución de las obras adicionales.

- la Entidad tendría que pagar al contratista por la ejecución de ambas prestaciones adicionales de obra, (por la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra) pudiendo atribuir responsabilidad por vicios ocultos al consultor de obra que se encargó de la elaboración del expediente técnico de la obra principal.

Conforme puede verse de la opinión de la OSCE, es posible que la ENTIDAD encargue la elaboración del expediente del adicional y deductivo de obra, constituyendo la elaboración del expediente del adicional y del deductivo, un nuevo adicional, siendo el costo por la elaboración del mismo, de cargo de la ENTIDAD y debe ser pagada por dicha parte.

¿Es posible que las partes pacten que el costo de la elaboración del expediente del adicional sea asumido por el CONTRATISTA?, el colegiado considera que es posible dicha situación, pero en ese caso debe establecerse de forma expresa que el CONTRATISTA asuma dicha obligación. De los actuados del proceso no se puede verificar que exista dicho acuerdo, en consecuencia el costo de la elaboración del expediente del adicional y el deductivo corresponde a la ENTIDAD.

Mediante Carta N° 021-2015-CR/RL presentado a la ENTIDAD el 17 de junio de 2105, solicita que se trámite la aprobación del presupuesto adicional N° 05, por la elaboración del expediente técnico del presupuesto adicional N° 04 y el

expediente del presupuesto deductivo N° 02 por la suma de S/. 190,653.45 soles.

La ENTIDAD mediante la Resolución Directoral N° 618-2015- MINAGRI- PSI (en adelante la R.D. 618-2015), declaró improcedente la solicitud de aprobación del presupuesto adicional N° 05.

De lo establecido en la R.D. 618-2015, podemos establecer las siguientes conclusiones:

- El CONTRATISTA presentó mediante Carta N° 021-2015-CR/RL, el expediente que sustenta la aprobación del presupuesto adicional N° 05, por la elaboración del expediente técnico del presupuesto adicional N° 04 y el expediente técnico del presupuesto deductivo N° 02.
- El inspector de la obra, evaluó la solicitud presentada y otorgó su conformidad.
- La oficina de supervisión de la Dirección de Infraestructura de Riego, considera que el pedido contraviene lo establecido en el Reglamento, pues no puede proceder la aprobación de prestaciones adicionales con posterioridad a su ejecución.
- La oficina de asesoría jurídica establece que el presupuesto adicional N° 04 y el deductivo N° 02, fueron aprobados mediante R.D. 385-2015, del 4 de junio de 2015, por lo que la solicitud presentada por el CONTRATISTA resulta extemporánea.

La ENTIDAD señala en la contestación de demanda, que previa a la elaboración del expediente técnico del Presupuesto Adicional N° 04 y el Presupuesto Deductivo N° 02, el CONTRATISTA no se pronunció sobre el costo de su formulación, por lo que debió proponer la necesidad de ejecutar dos adicionales de obra, uno por el costo de la elaboración y formulación del expediente del presupuesto adicional y el deductivo y otro por la ejecución del adicional de obra y el deductivo.

Como el colegiado ha señalado y sustentado, salvo las excepciones a los contratos en las modalidades señaladas, el costo por la elaboración de los expedientes técnicos de la obra y de los adicionales de obra, corresponde a la ENTIDAD, el CONTRATISTA no se encuentra obligado a elaborar los mismos y en el caso que se le pueda encargar dicha labor, el costo de la elaboración del expediente siempre corresponderá a la ENTIDAD.

Siendo los costos de la elaboración de los expedientes de cargo de la ENTIDAD, es dicha parte quien debió establecer que el costo del mismo, sea establecido por el CONTRATISTA cuando se le encargó la elaboración del expediente del adicional.

La ENTIDAD también pudo pronunciarse en relación a la cuantificación del costo por la elaboración del expediente por el presupuesto adicional y el deductivo, en la R.D. 385-2011, no habiendo realizado observación alguna.

La opinión 083-2011 señala que , "... la elaboración del expediente técnico de las obras adicionales es una prestación *"indispensable y/o necesaria"* para la adecuada ejecución de la obra principal, pues sin este expediente técnico no podría iniciarse la ejecución de las obras adicionales y, por tanto, no podría conseguirse la adecuada ejecución de la obra principal", y en consecuencia "... la prestación consistente en la elaboración del expediente técnico de las obras adicionales podría considerarse un tipo de prestación adicional de obra, aunque distinta a la clásica prestación adicional de obra, consistente en la ejecución misma de las obras adicionales."

De acuerdo a lo señalado en la opinión de la OSCE mencionada, la elaboración del expediente del adicional y el deductivo, corresponde a un adicional de obra, distinta a la ejecución de la misma, por lo que el derecho al pago del mismo, se origina en la aprobación por parte de la ENTIDAD del presupuesto adicional N° 04 y el deductivo N° 02, en consecuencia la solicitud presentada por el CONTRATISTA no resulta extemporánea.

El colegiado considera que los argumentos de la ENTIDAD para rechazar, la aprobación del adicional N° 05, no resultan correctos, pues como se ha indicado anteriormente, el costo de la elaboración del expediente del adicional, corresponde a la ENTIDAD. La ENTIDAD puede encargar la elaboración del expediente del adicional al CONTRATISTA, lo que no implica que se transfiera igualmente la obligación de asumir el costo de la elaboración del expediente técnico, que correspondan a la ENTIDAD.

El CONTRATISTA en consecuencia, debe solicitar la aprobación del adicional que se genera por la elaboración del expediente técnico del adicional N° 04 y el deductivo N° 02, cumpliendo los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones, situación que a criterio del colegiado se ha cumplido, conforme puede verse de los actuados en el proceso y específicamente lo señalado por la ENTIDAD en la R.D. 618-2015, donde se indica que el CONTRATISTA ha cumplido con sustentar el presupuesto adicional N° 05, contando con la conformidad del inspector de obra.

En consecuencia, considerando que el costo de la elaboración del expediente técnico por el adicional N° 05 y el deductivo N° 02, deben ser de cargo de la ENTIDAD, corresponde que se ampare la pretensión de dicha parte y se apruebe el monto establecido por dicha parte.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no reconocer y ordenar el pago por parte de la entidad al contratante, por los daños y perjuicios que se deriven del presente proceso.

El CONTRATISTA en su demanda señaló como pretensión el pago por daños y perjuicios que se origina como daño emergente, por los gastos a empresas asesoras para el proceso de arbitraje, teniendo según manifiesta garantías comprometidas, lo que no permite su participación en diversos procesos de selección.

El CONTRATISTA sustenta su pretensión en lo establecido en los artículos 1969, 1985 y 1321 del Código Civil.

En su escrito de demanda el CONTRATISTA no estableció el monto de su pretensión, mediante escrito presentado el 18 de enero de 2016, señaló que el monto de su pretensión asciende a la suma de S/. 8,346.55 soles.

El CONTRATISTA no ha adjuntado ningún medio probatorio que acredita los gastos por asesoría que señala haber realizado.

El colegiado considera que los gastos por asesoría legal o técnica que se haya realizado en el proceso, constituyen las costas y costos del proceso, y no pueden ser establecidos a título de indemnización.

El colegiado de la evaluación de los fundamentos señalados por el CONTRATISTA, advierte el CONTRATISTA no ha acreditado el perjuicio que señala haber sufrido, por lo que no corresponde que se le otorgue indemnización alguna.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que la entidad asuma la obligación de dar suma de dinero (pago), de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso: honorarios del tribunal arbitral y de la secretaria arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación."

El colegiado considera que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, y que, además, se debe considerar el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asume los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, su defensa, entre otros.

El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el

TRIBUNAL ARBITRAL

CONSORCIO SAN GREGORIO

PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO

convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

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

En consecuencia, conforme a los argumentos expuestos, el con el voto en mayoría de los árbitros Horacio Cánepa Torre, Presidente del Tribunal Arbitral y Mario Silva López, lauda en derecho:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la pretensión del CONTRATISTA, en consecuencia:

- Corresponde determinar que la aprobación del adicional N° 04 y deductivo N° 02, con Resolución Directoral N° 385-2015-MINAGRI - PSI de fecha 04.06.15, ha sido en base al expediente del presupuesto adicional y deductivo vinculante elaborados por el contratista en razón de la solicitud de la entidad, conforme Carta N° 659-2014-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 23.10.14.
- Corresponde se establezca el reconocimiento y se ordene el pago, por parte de la entidad a favor del contratista, por los servicios de formulación, elaboración y redacción del expediente adicional N° 02 y deductivo N° 04 por S/. 190,653.45 (Ciento noventa mil seiscientos cincuenta y tres y 45/100 Nuevos Soles).

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión del CONTRATISTA, por lo que no corresponde reconocer y ordenar el pago por parte de la entidad al contratante, por los daños y perjuicios que se deriven del presente proceso.

TERCERO: DISPÓNGASE que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asume los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios del Tribunal Arbitral, de la Secretaria Arbitral, su defensa legal, entre otros.

Notifíquese a las partes.

TRIBUNAL ARBITRAL

**CONSORCIO SAN GREGORIO
PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO**



**HORACIO CÁNEPA TORRE
Presidente Del Tribunal**



**MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ
Árbitro**

Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Arbitraje Institucional seguido entre

CONSORCIO SAN GREGORIO

(Demandante)

Y

**PROGRAMA SUB SECTORIAL DE IRRIGACIONES DEL
MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO**

(Demandada)

VOTO EN DISCORDIA

EXPEDIENTE N° 821-225-2015-PUCP

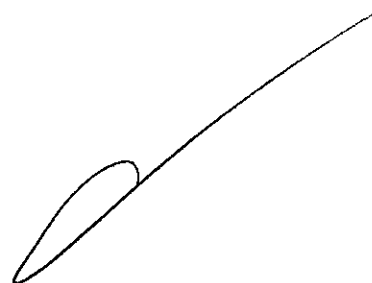
ARBITRO:

IVÁN ALEXANDER CASIANO LOSSIO



INDICE

| | |
|--|-----------|
| I. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA | 03 |
| II. DECISIÓN DEL ÁRBITRO..... | 13 |

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized loop followed by a long, sweeping horizontal stroke that extends towards the right.

I. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

1. En Lima, siendo el día seis (06) de febrero de 2017, el suscrito, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, y habiendo escuchado los argumentos sometidos y deliberados en torno a las pretensiones planteadas por el Demandante y la Demandada, y los puntos controvertidos fijados en este arbitraje, dicta este **Voto en Discordia**, únicamente respecto del siguiente punto controvertido:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que la aprobación del adicional N° 04 y deductivo N° 02, con Resolución Directoral N° 385-2015-MINAGRI - PSI de fecha 04.06.15, ha sido en base al expediente del presupuesto adicional y deductivo vinculante elaborados por el contratista en razón de la solicitud de la entidad, conforme Carta N° 659-2014-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 23.10.14; en consecuencia, se establezca el reconocimiento y se ordene el pago, por parte de la entidad a favor del contratista, por los servicios de formulación, elaboración y redacción del expediente adicional N° 02 y deductivo N° 04 por S/. 190,653.45 (Ciento noventa mil seiscientos cincuenta y tres y 45/100 Nuevos Soles), a fin de que no se afecte el principio de equidad conforme el artículo 4° del D.L. N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, ni constituya para la entidad un enriquecimiento sin causa, al amparo del 1954° del Código Civil.

Asimismo el suscrito indica que se encuentra de acuerdo con la resolución de los siguientes puntos controvertidos dictados por el Tribunal Arbitral en su Laudo:

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no reconocer y ordenar el pago por parte de la entidad al contratante, por los daños y perjuicios que se deriven del presente proceso.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que la entidad asuma la obligación de dar suma de dinero (pago), de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso: honorarios del tribunal arbitral y de la secretaría arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

2. El suscrito considera pertinente precisar que al emitir el presente voto es debido a una interpretación distinta de las normas aplicables a los hechos y pruebas expresadas por las partes y acompañados en los distintos medios probatorios ofrecidos, coincidiendo plenamente con los hechos expuestos en el Laudo en mayoría dictado por los doctores Horacio Cánepa Torre y Mario Manuel Silva López.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que la aprobación del adicional N° 04 y deductivo N° 02, con Resolución Directoral N° 385-2015-MINAGRI - PSI de fecha 04.06.15, ha sido en base al expediente del presupuesto adicional y deductivo vinculante elaborados por el contratista en razón de la solicitud de la entidad, conforme Carta N° 659-2014-

MINAGRI-PSI-DIR de fecha 23.10.14; en consecuencia, se establezca el reconocimiento y se ordene el pago, por parte de la entidad a favor del contratista, por los servicios de formulación, elaboración y redacción del expediente adicional N° 02 y deductivo N° 04 por S/. 190,653.45 (Ciento noventa mil seiscientos cincuenta y tres y 45/100 Nuevos Soles), a fin de que no se afecte el principio de equidad conforme el artículo 4° del D.L. N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, ni constituya para la entidad un enriquecimiento sin causa, al amparo del 1954° del Código Civil.

Al respecto, el suscrito pasará a analizar la presente controversia teniendo en consideración los siguientes aspectos:

3. Respecto de la oportunidad en la que se solicita la aprobación de una prestación adicional

En el presente caso, tanto el Consorcio San Gregorio (en adelante, EL CONTRATISTA o EL DEMANDANTE), como el Programa Subsectorial de Irrigaciones del Ministerio de Agricultura y Riego (en adelante, la ENTIDAD, EL PSI o EL DEMANDADO), expresan plena coincidencia en los siguientes hechos que el suscrito considera relevantes:

- i) Con Carta N° 1036-2015-MINAGRI-PSI-OAF de fecha 04.06.15, se remite la Resolución Directoral N° 385-2015-MINAGRI-PSI, en la cual se resuelve aprobar el Presupuesto de Adicional N° 04 y el Presupuesto Deductivo N° 02.
- ii) Con Carta N° 021-2015-CR/RL de fecha 15.06.15, recepcionado el 17.06.15, el Contratista solicita el pago de la elaboración del Expediente Técnico con el presupuesto

Adicional N° 05 por el monto de S/.190,653.45 (Ciento Noventa Mil Seiscientos Cincuenta y Tres y 45/100 Nuevos Soles).

- iii) Con Carta N° 1946-2015-MINAGRI-PSI-OAF de fecha 11.09.15, se remite la Resolución Directoral N° 618-2015-MINAGRI-PSI de fecha 11.09.15, en la cual se resuelve declarar improcedente el presupuesto Adicional N° 05 denominado "Elaboración del Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 04 y Expediente Técnico del Presupuesto Deductivo N°02".

Cabe indicar que estos son hechos probados, por lo que no existe discusión al respecto.

4. Así, la Entidad aprobó el Presupuesto de Adicional N° 04 y el Presupuesto Deductivo N° 02, el cuatro de junio de 2015, sin que previamente el Contratista haya solicitado la aprobación de Presupuesto adicional alguno por la Elaboración de un expediente técnico que contenga la formulación del Presupuesto Adicional N° 04 y el Presupuesto Deductivo N° 02.
5. En ese sentido, al 04 de junio de 2015 ya se había aprobado la ejecución de un Presupuesto de Adicional N° 04 y el Presupuesto Deductivo N° 02, que había sido elaborado por el Contratista y contenida su correspondiente Expediente Técnico, sin que:
- a. El Contratista hubiera solicitado que le aprueben el costo que generaba para su representada realizar la *Elaboración del Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 04 y Expediente Técnico del Presupuesto Deductivo N°02 (posteriormente denominado presupuesto Adicional N° 05).*

- b. La Entidad hubiera aprobado costo alguno al Contratista por la elaboración del *Elaboración del Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 04 y Expediente Técnico del Presupuesto Deductivo N°02 (posteriormente denominado presupuesto Adicional N° 05)*.
 - c. El Contratista hubiera solicitado que le aprueben el pago por realizar la *Elaboración del Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 04 y Expediente Técnico del Presupuesto Deductivo N°02 (posteriormente denominado presupuesto Adicional N° 05)*.
 - d. La Entidad hubiera aprobado pago alguno al Contratista por la *Elaboración del Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 04 y Expediente Técnico del Presupuesto Deductivo N°02 (posteriormente denominado presupuesto Adicional N° 05)*.
6. En ese sentido, el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado sobre prestaciones adicionales señala:

“ Artículo 41.-Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la ENTIDAD podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

Tratándose de obras, las prestaciones adicionales podrán 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."

7. De otro lado, el Artículo 207° del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señala lo siguiente:

" Artículo 207.- Obras adicionales menores al quince por ciento (15%)

Sólo procederá la ejecución de obras adicionales 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, restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original.

Excepcionalmente, en el caso de obras adicionales que por su carácter de emergencia, cuya no ejecución pueda afectar el ambiente o poner en peligro a la población, los trabajadores o a la integridad de la misma obra, la autorización previa de la ENTIDAD podrá realizarse mediante comunicación escrita a fin de que el inspector o supervisor pueda autorizar la ejecución de tales obras adicionales, sin perjuicio de la verificación que realizará la ENTIDAD previo a la emisión de la Resolución correspondiente, sin la cual no podrá efectuarse pago alguno."

8. Al respecto, conforme se puede apreciar de los citados artículos tanto de la Ley de Contrataciones del Estado, como de su Reglamento, la aprobación de las prestaciones adicionales corresponden al Titular de la ENTIDAD, entonces los trabajos adicionales deberán contar con la previa autorización del funcionario público antes citado, y éste último es el encargado de realizar los pagos correspondientes a las prestaciones adicionales.
9. Sobre la aprobación de prestaciones adicionales el mismo Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado -OSCE señala:

“Cabe reiterar que la ejecución de prestaciones adicionales-o si se quiere, de la ejecución de obras adicionales-, independientemente del sistema de contratación que sea aplicable, supone la aprobación previa por parte del Titular del Pliego o de la máxima autoridad administrativa de la Entidad.(...)”

Conclusiones

4.1 Es necesaria la autorización previa del Titular del Pliego o de la máxima autoridad administrativa de la Entidad para la ejecución de mayores metrados de obra, en la medida que dichas labores constituyen prestaciones adicionales, en los términos establecidos en los artículos 42° de la Ley y 159° del Reglamento, los cuales involucrarán para la Entidad la asignación de mayores recursos públicos para la ejecución de la obra.

4.2 No cabe la aprobación posterior ni regularizar la ejecución de prestaciones adicionales. Cualquier labor

ejecutada bajo la apariencia de una prestación adicional que no haya recibido la aprobación previa por parte de la Entidad – a través del funcionario competente para aprobar la ejecución de adicionales – no obliga a su pago, aún cuando haya recibido la conformidad del supervisor en exceso de sus funciones.”¹

10. En ese sentido, lo pretendido por el Contratista referido a que se le apruebe el pago por la *Elaboración del Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 04 y Expediente Técnico del Presupuesto Deductivo N°02 (posteriormente denominado presupuesto Adicional N° 05)*; es un hecho posterior; el cual se solicita cuando ya se había realizado y aprobado el *Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 04 y Expediente Técnico del Presupuesto Deductivo N°02*.
11. Respecto a la no existencia de aprobación por parte de la entidad del costo que conlleva la elaboración de un expediente técnico que contenga el Presupuesto de Adicional N° 04 y el Presupuesto Deductivo N° 02
12. Es de apreciar, que en los actuados no existe ninguna aprobación por parte del Titular de la ENTIDAD sobre la *Elaboración del Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 04 y Expediente Técnico del Presupuesto Deductivo N°02 (posteriormente denominado presupuesto Adicional N° 05)*.
13. En efecto lo que obra en el expediente y sobre los cuales las partes no expresan ninguna discrepancia es que la Entidad con la Resolución Directoral N° 385-2015-MINAGRI-PSI, aprobó el Presupuesto de Adicional N° 04 y el Presupuesto Deductivo N° 02.

¹ Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE Opinión N° 005-2006-GTN

14. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, el suscrito debe indicar también, que la ENTIDAD no niega en ningún momento que el Contratista elaboro el Expediente Técnico que contiene el Presupuesto de Adicional N° 04 y el Presupuesto Deductivo N° 02; el mismo que efectivamente represento un costo del Contratista; sin embargo la Entidad, señala que no es posible que se le pague un monto al Contratista porque esto nunca fue aprobado previamente por su Titular conforme lo indica la normativa especial de Contrataciones Públicas.
15. Así, el Contratista, previo a la *Elaboración del Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 04 y Expediente Técnico del Presupuesto Deductivo N°02 (posteriormente denominado presupuesto Adicional N° 05)*, debió indicar y manifestar cuál era el costo de su formulación, lo cual recién solicito después de su ejecución, conforme se ha podido describir en las líneas precedentes.
16. En ese sentido, la Entidad señala que, el contratista debió proponer la necesidad de ejecutar dos adicionales de obra, uno por el costo de la *Elaboración del Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 04 y Expediente Técnico del Presupuesto Deductivo N°02 (antes de ejecutar la misma)* y otro por la ejecución del Presupuesto Adicional de Obra N° 04 y Deductivo N° 02 (aprobado mediante Resolución Directoral N° 385-2015-MINAGRI-PSI).
17. Al no haber cumplido el CONTRATISTA con este procedimiento, es que no puede obligársele a la Entidad a asumir realizar un para el cual no se siguió el procedimiento adecuado.
18. Es claro en este punto que no existía una aprobación por parte de la entidad, respecto del costo que conlleva la elaboración de un expediente técnico que contenga el Presupuesto de Adicional N° 04 y el Presupuesto Deductivo N° 02.

19. Respecto a la imposibilidad de que 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.

20. De lo actuado en el presente proceso arbitral se puede apreciar que el Contratista incurrió en un costo para la elaboración del expediente técnico del Presupuesto Adicional de Obra N° 04 y Deductivo N° 02.

21. El suscrito considera que, en efecto existe un costo por este trabajo; sin embargo a efectos de determinar, si es posible o no: (i) evaluar; (ii) pronunciarse sobre dicho costo; (iii) determinar su pago; es pertinente, previo a iniciar dicho análisis, recurrir a lo que señala la Ley de Contrataciones.

22. El artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado, al regular las prestaciones adicionales; señala expresamente lo siguiente en su numeral 41.5:

“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 puede ser sometida a arbitraje”

23. Así, al discutirse en la presente controversia, la decisión de la Entidad expresada en la Resolución Directoral N° 618-2015-MINAGRI-PSI de fecha 11.09.15, mediante la cual se resolvió declarar improcedente el presupuesto Adicional N° 05 denominado “Elaboración del Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 05”

04 y Expediente Técnico del Presupuesto Deductivo N°02", es que el suscrito se encuentra imposibilitado de pronunciarse respecto a este hecho.

24. Cabe precisar, que a efectos que no existan dudas de esta decisión, la misma le fue comunicada al Contratista mediante la Carta N° 1946-2015-MINAGRI-PSI-OAF de fecha 11.09.15.
25. En ese sentido, habiendo ya manifestado la Entidad su decisión de declarar improcedente el adicional consistente en la *Elaboración del Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 04 y Expediente Técnico del Presupuesto Deductivo N°02 (posteriormente denominado presupuesto Adicional N° 05)*, es que esta decisión no puede ser sometida a arbitraje.

Por lo expuesto, a decir del suscrito la pretensión contenida en el primer punto controvertido analizado, respecto a Determinar si corresponde o no que la aprobación del adicional N° 04 y deductivo N° 02, con Resolución Directoral N° 385-2015-MINAGRI - PSI de fecha 04.06.15, ha sido en base al expediente del presupuesto adicional y deductivo vinculante elaborados por el contratista en razón de la solicitud de la entidad, conforme Carta N° 659-2014-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 23.10.14; en consecuencia, se establezca el reconocimiento y se ordene el pago, por parte de la entidad a favor del contratista, por los servicios de formulación, elaboración y redacción del expediente adicional N° 02 y deductivo N° 04 por S/. 190,653.45 (Ciento noventa mil seiscientos cincuenta y tres y 45/100 Nuevos Soles), a fin de que no se afecte el principio de equidad conforme el artículo 4° del D.L. N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, ni constituya para la entidad un enriquecimiento sin causa, al amparo del 1954° del Código Civil; debe declararse **IMPROCEDENTE**, por los motivos antes señalados.

II. DECISIÓN DEL ÁRBITRO

El suscrito deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de la libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE, y que el sentido de su decisión es el resultado de este análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente Voto en Discordia.

Por las consideraciones que preceden, el suscrito, emite su VOTO EN DISCORDIA de la siguiente manera:

PRIMERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión del CONTRATISTA, en consecuencia:

- No procede determinar que la aprobación del adicional N° 04 y deductivo N° 02, con Resolución Directoral N° 385-2015-MINAGRI - PSI de fecha 04.06.15, ha sido en base al expediente del presupuesto adicional y deductivo vinculante elaborados por el contratista en razón de la solicitud de la entidad, conforme Carta N° 659-2014-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 23.10.14.
- No procede que se establezca el reconocimiento y se ordene el pago, por parte de la entidad a favor del contratista, por los servicios de formulación, elaboración y redacción del expediente adicional N° 02 y deductivo N° 04 por S/

190,653.45 (Ciento noventa mil seiscientos cincuenta y tres y 45/100 Nuevos Soles).

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión del CONTRATISTA, por lo que no corresponde reconocer y ordenar el pago por parte de la entidad al contratante, por los daños y perjuicios que se deriven del presente proceso.

TERCERO: DISPÓNGASE que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asume los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios del Tribunal Arbitral, de la Secretaria Arbitral, su defensa legal, entre otros.

Lima, 22 de febrero de 2017

Notifíquese a las partes.

IVÁN ALEXANDER CASIANO LOSSIO
Árbitro



EXP. No. 821-225-15

**CONSORCIO SAN GREGORIO VS. PROGRAMA SUBSECTORIAL DE
IRRIGACIONES DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA**

Resolución N° 20

Lima, 6 de abril de 2017

I. VISTOS:

- Escrito presentado por el Procurador Público del PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA – PSI (en adelante el PSI) con fecha 8 de marzo de 2017, bajo la sumilla: Recurso de interpretación.
- El escrito presentado por Consorcio San Gregorio (en adelante, el “Consortio”) con fecha 20 de marzo de 2017, bajo sumilla: “Absolución a recurso de interpretación contra laudo”.

II. CONSIDERANDO:

El 16 de marzo de 2017 se notificó al Consorcio la resolución N° 18, mediante la cual se le corrió traslado de la solicitud de interpretación presentada por el Programa Subsectorial de Irrigaciones (en adelante, el PSI), a fin de que en el plazo de diez (10) días hábiles manifestara lo pertinente a su derecho, de conformidad con el artículo 69° del Reglamento del Centro de Arbitraje PUCP.

Mediante Resolución N° 19, se tuvo por absuelto el traslado de la solicitud de interpretación y se informó a las partes que se resolvería la solicitud de interpretación en el plazo de 15 días hábiles de notificada la mencionada resolución.

II.1. ANTECEDENTES:

Con fecha 22 de febrero de 2017, los árbitros Horacio Cánepa Torre y Mario Silva López expedieron el laudo en mayoría y el árbitro Iván Casiano Lossio, emitió su voto en minoría, cumpliéndose con notificar a las partes.

El PSI ha presentado recurso de interpretación del laudo en mayoría, señalando lo siguiente:

a) SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN DEL LAUDO PRESENTADA POR EL PSI.

El PSI solicita la interpretación del laudo en mayoría, sólo en el extremo que declaró fundada la pretensión relacionada al reconocimiento y pago por los servicios de formulación, elaboración y redacción del expediente adicional N° 02 y deductivo N° 04.

La solicitud de interpretación se realiza conforme a lo establecido en el artículo 58° de la Ley de Arbitraje, señalando los siguientes fundamentos:

- El PSI hace referencia a lo establecido en las páginas 19 y 20 del laudo en mayoría, entre otras y señala que “... el Tribunal de su Presidencia ha resuelto

esta pretensión sustentándose, principalmente, en opiniones emitidas por el OSCE, razón por la cual consideramos que dicha decisión resulta imprecisa y motivada de manera aparente”.

- No se ha tomado en consideración los medios probatorios ofrecidos en su escrito de contestación de demanda ni argumentos legales desarrollados en dicho recurso.
- El PSI reitera los argumentos señalados en su contestación de demanda y que señala no habrían sido evaluados en el voto en mayoría.
- El Tribunal en mayoría no ha tomado en consideración que no resulta procedente la aprobación de prestaciones adicionales de obra con posterioridad a su ejecución.
- Conforme a lo establecido en el artículo 41° de la Ley de Contrataciones la decisión de la entidad no puede ser sometida a arbitraje.
- Solicitan que se tenga en consideración el voto en discordia del árbitro Iván Casiano Lossio, que señalan se sustentan en la normativa de contrataciones y en la opinión N° 005-2006-GTN.

B) ABSOLUCIÓN DEL RECURSO DE INTERPRETACIÓN DEL LAUDO.

El CONSORCIO SAN GREGORIO absuelve el traslado de la solicitud de interpretación del laudo, señalando los alcances de la misma, debiendo considerarse que dicho recurso tenga una naturaleza impugnatoria.

III. MARCO CONCEPTUAL

El PSI ha solicitado la interpretación del laudo, por lo que los árbitros que suscriben, consideran necesario establecer el marco conceptual que será aplicable para evaluar la procedencia de la indicada solicitud.

El presente proceso arbitral, conforme a lo establecido en el acta de instalación, se encuentra regulado por el Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, (en adelante el REGLAMENTO DEL CENTRO) que establece en su artículo 69°, lo siguiente:

Artículo 69°.-

1. Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar al Tribunal Arbitral:

a. La rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico, informático o de naturaleza similar.

b. 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.

c. La integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del Tribunal Arbitral.

d. 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.

2. El Tribunal Arbitral pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte por diez (10) días. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, dicho colegiado resolverá la solicitud en un plazo de diez (10) días. Este plazo puede ser prorrogado a iniciativa del Tribunal Arbitral por diez (10) días adicionales.

• SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN

La interpretación del laudo, establecido en el literal b) del numeral del artículo 69° del Reglamento, señala que 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.

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. La interpretación corresponde conforme a lo señalado, en aquella parte del laudo que declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes.

El Reglamento señala que lo único que procede interpretar es la parte decisoria del laudo y sólo excepcionalmente la parte considerativa en cuanto influya en ella, es decir, que para poder ejecutar lo decidido sea necesario comprender los fundamentos. Claramente este recurso tiene que ver con precisar qué es lo que se ha ordenado a las partes.

El propósito de la solicitud de interpretación, es permitir y procurar la correcta ejecución del laudo, por lo que no puede ser usada para requerir al colegiado que explique o que reformule las razones o fundamentos señalados en su decisión.

La interpretación del laudo tiene por finalidad que *“... el tribunal arbitral puede despejar toda duda respecto a cómo éste debe entenderse. Al igual que en el caso de la corrección del laudo la interpretación no debe utilizarse para pretender discutir temas que ya fueron objeto de debate y resolución en cuanto al fondo del conflicto. Es decir, al igual que la rectificación, la interpretación no puede utilizarse como una apelación encubierta...”*¹

La solicitud de interpretación, conforme a lo señalado en los dispositivos mencionados, no implica o provee una ocasión para que el Tribunal en mayoría, reconsidere su decisión, por lo que mediante este recurso, no se podrá solicitar la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Tribunal Arbitral. Tampoco dicho recurso tiene una naturaleza impugnatoria, propia de las apelaciones o reconsideraciones. De lo contrario, se lograría por la vía indirecta lo que no se puede obtener por la vía directa, ya que el laudo en este caso es inapelable.

IV. POSICIÓN DE LOS ÁRBITROS QUE SUSCRIBEN.

El contrato suscrito por las partes, en cuya ejecución se origina la controversia sometida a arbitraje, se encuentra regulado por la Ley de Contrataciones del Estado y

¹ ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego, Comentario al artículo 58 de la Ley de Arbitraje. En: Carlos Soto y Alfredo Bullard (Coordinadores), Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, T. I, Instituto Peruano de Arbitraje, Tomo I, p. 664.

su Reglamento, en consecuencia son de aplicación las normas contenidas en dichos dispositivos y las opiniones del OSCE en materia de contratación.

En el proceso arbitral 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 Tribunal 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.

El PSI ha señalado que el laudo en mayoría se sustenta principalmente en opiniones del OSCE, lo que genera una motivación aparente.

¿Qué debemos entender por motivación aparente? Conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional, “existe motivación aparente cuando una determinada resolución judicial si bien contiene argumentos o razones de derecho o de hecho que justifican la decisión del juzgador, éstas no resultan pertinentes para tal efecto, sino que son falsos, simulados o inapropiados en la medida que en realidad no son idóneos para adoptar dicha decisión”²

De igual forma existe motivación aparente cuando “... el juzgador sustenta su decisión respecto de una pretensión, sin argumentar ni estructurar lógicamente las razones que la fundamentan”³

Efectivamente en el laudo en mayoría se ha analizado y aplicado opiniones de la OSCE sobre materias similares a los que eran materia de controversia, evaluando las posiciones de las partes, llegando a una conclusión acorde con la normativa del Estado y las opiniones de la OSCE aplicable en materia de contratación.

Los árbitros la emitir el laudo en mayoría han evaluados las posiciones de las partes, los medios probatorios presentados, llegando a una conclusión razonada sobre la materia controvertida.

El laudo en mayoría no se limita a señalar disposiciones y las opiniones de las OSCE, realiza un análisis de las pretensiones y llega a una conclusión sobre la controversia.

Los árbitros que suscriben el laudo en mayoría, reiteran que han avaluado los fundamentos de la pretensión del demandante y la contradicción del demandado, y ha llegado a una conclusión que ha sido debidamente fundamentado, no existiendo contradicción o incongruencia en lo establecido en el laudo.

En relación a que no se habría tomado en consideración los medios probatorios ofrecidos por su parte, esta aseveración no tiene sustento, pues al momento de resolver se han evaluado los medios probatorios presentados por las partes, a efectos de sustentar la decisión que se ha emitido en el laudo.

El colegiado considera que la solicitud de interpretación de PSI, no es compatible con la finalidad del recurso de interpretación, ya que en el fondo constituye una planteamiento para que los árbitros que emitieron el voto en mayoría rectifiquen su

² Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 01939-2011-PA/TC. CUSCO. GOBIERNO REGIONAL DEL CUSCO Y OTRO

³ PALACIOS PAREJA, Enrique. “Motivación de los laudos y el recurso de anulación”. Citado por Alfredo Bullard González, en Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Página 619.

pronunciamiento, lo que conlleva revisar el fondo de lo resuelto o volver a analizarlo y emitir un nuevo pronunciamento, no siendo amparable lo solicitado.

Resulta pertinente señalar, que en atención a los alcances de la motivación del laudo, "... cuando se propone aplicar a los laudos arbitrales los estándares que corresponden a las sentencias judiciales, en el fondo, se están desconociendo las reglas del juego que regulan a uno y al otro. En otras palabras, pretender apelar a supuestos como la 'motivación defectuosa', la 'motivación aparente o insuficiente', entre otros, lo único que implica es la indebida solicitud de intromisión a lo que las partes decidieron libremente: que fueran los árbitros los que, para bien o para mal, resolvieran de manera definitiva el caso".⁴

El laudo en mayoría ha resuelto la controversia evaluando las posiciones y los alcances de la defensa realizada por las partes, no correspondiendo se tome en consideración los argumentos expuestos por el árbitro Casiano Lossio en el laudo en minoría.

Conforme a las definiciones y fundamentos señalados, el Tribunal en mayoría señala que no es posible abrir la discusión respecto de temas que ya fueron objeto de debate y resolución en cuanto al fondo del conflicto.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de interpretación del laudo presentado por el PSI.

SEGUNDO: La presente resolución es suscrita por los árbitros que emitieron el laudo en mayoría.

TERCERO: La presente resolución forma parte del Laudo, conforme a lo dispuesto en el artículo 58 numeral 2 de la Ley de Arbitraje.



Horacio Canepe Torre
Presidente del Tribunal Arbitral



Mario Manuel Silva López
Árbitro

⁴ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Arbitraje comercial y de las inversiones. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima – Perú, 2008, página 325.