

Expediente N° 1420-132-17
Consorcio Huamanga Vs. PSI

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE:	Consorcio Huamanga (en adelante, el “Consorcio” o el “Contratista” o el “Demandante”)
DEMANDADO:	Programa Sub Sectorial de Irrigaciones del Ministerio de Agricultura – PSI (en adelante, “PSI”, la “Entidad” o el “Demandado”)
TIPO DE ARBITRAJE:	Institucional y de Derecho.
TRIBUNAL ARBITRAL	Rómulo Morales Hervías (Árbitro Único)
SECRETARIA ARBITRAL:	Lupe Isabel Bancayán Calderón Secretaria General de Conciliación y Arbitraje del Centro de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Decisión N° 31

En Lima, a los 29 días del mes de julio del año 2020, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación formulada por la demandada, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

1. El Convenio Arbitral

El Convenio Arbitral está contenido en la Cláusula Décimo-Octava del Contrato de Ejecución de Obra denominado “Mejoramiento Del Servicio de Agua del Sistema de Riego en las Localidades de Tambillo, Pacuaro, Tambobamba y Violeta Velásquez, Distrito de Tambillo- Huamanga-Ayacucho”, celebrado entre las partes el 15 de setiembre de 2014 (en adelante, el “Contrato”).

2. Constitución del Tribunal Arbitral

El 24 de agosto de 2017, el doctor Rómulo Morales Hervias, remitió su aceptación como Árbitro Único designado por la Corte del Centro, quedando entonces el Tribunal Arbitral válidamente constituido.

3. Resumen de las principales actuaciones arbitrales

- 3.1. Mediante Decisión N° 2, de 22 de noviembre de 2017, el Árbitro Único tuvo por admitida la demanda arbitral presentada por el Consorcio, así como sus medios probatorios.
- 3.2. A través de la Decisión N° 3, de 14 de diciembre de 2017, el Árbitro Único tuvo como presentada la contestación a la demanda arbitral por parte de la Entidad, así como sus medios probatorios.
- 3.3. Por Decisión N°4, de 04 de enero de 2018, el Árbitro Único determinó las cuestiones controvertidas del presente proceso.
- 3.4. Mediante Decisión N° 9, de 20 de marzo de 2018, el Árbitro Único citó a las partes a la Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones para el 26 de marzo de 2018.
- 3.5. A través de la Decisión N° 13, de 09 de julio de 2018, el Árbitro Único ordenó la actuación de una pericia de oficio.
- 3.6. Por Decisión N° 14, de 13 de agosto de 2018, el Árbitro Único fijó el instructivo de la pericia de oficio. Asimismo, se nombró como perito al Ingeniero Jaime Neyra Torres.
- 3.7. Mediante Decisión N° 15, de 12 de setiembre de 2018, el Árbitro Único tuvo por presentada la aceptación del perito al nombramiento efectuado, así como el plan de trabajo y su propuesta de honorarios.
- 3.8. A través de la Decisión N° 18, de 09 de enero de 2019, el Árbitro Único dispuso que la pericia de oficio tenga carácter documentario, sin verificación en campo de los metrados y partidas realmente ejecutadas. Asimismo, se ordenó al perito modificar su plan de trabajo y honorarios periciales.
- 3.9. Por Decisión N° 20, de 05 de abril de 2019, el Árbitro Único tuvo por aceptada la propuesta del perito por las partes.
- 3.10. Mediante Decisión N° 27, de 18 de diciembre de 2019, el Árbitro Único dispuso prescindir de la pericia de oficio ante el incumplimiento de pago de las partes del primer adelanto de los honorarios periciales. Asimismo, se declaró el cierre

de las actuaciones arbitrales y se otorgó un plazo de cinco (5) días a fin de que las partes presenten sus conclusiones finales.

- 3.11. A través de la Decisión N° 28, de 31 de enero de 2020, el Árbitro Único tuvo como presentadas las conclusiones finales por las partes. Asimismo, se fijó el plazo para emitir el laudo arbitral en cuarenta (40) días hábiles; plazo que podrá ser prorrogado por un plazo máximo de diez (10) días hábiles.
- 3.12. Por Decisión N° 29 de 01 de julio de 2020, el Árbitro Único comunicó a las partes la reanudación de los plazos efectiva a partir del 01 de julio de 2020; y precisó que del plazo para resolver el laudo han transcurrido solo treinta (30) días, quedando un plazo de diez (10) días para resolver el mismo, plazo que vencería el 14 de julio de 2020.
- 3.13. Mediante Decisión N° 30 de 14 de julio de 2020, Árbitro Único prorrogó el plazo para laudar en diez (10) días, plazo que vencerá el 29 de julio de 2020, en tanto aquel día ha sido declarado como día hábil mediante Decreto de Urgencia N° 081-2020, al dejarse sin efecto el feriado nacional.

4. **Sobre los Gastos Arbitrales**

- 4.1. Mediante Comunicación de Secretaría Arbitral de fecha 24 de octubre de 2017 se efectuó la liquidación de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios de Árbitro Único	S/.10,908.00 neto.
Gastos Administrativos del Centro	S/ 9,219.00 más IGV.

- 4.2. Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las partes.
- 4.3. Sobre los pagos de la liquidación, se tiene que mediante Decisión N° 2 se tuvo por acreditado los honorarios del Árbitro Único y de la Tasa del Centro por parte del Consorcio.
- 4.4. Posteriormente, mediante Comunicación N° 6 emitida por la Secretaría Arbitral de fecha 16 de enero de 2018 subrogó el pago de los honorarios del Árbitro Único y la Tasa Administrativa del Centro de la Entidad al Consorcio.
- 4.5. En ese sentido, mediante escritos de fecha 7 y 14 de febrero de 2018 el Consorcio acreditó el pago en subrogación de los honorarios del Árbitro Único y la Tasa Administrativa del Centro.

5. **Cuestiones Controvertidas**

El 04 de enero de 2018, mediante Decisión N° 4, el Árbitro Único determinó las cuestiones controvertidas y se admitieron las pruebas ofrecidas, según el siguiente detalle:

- **PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene que se apruebe la liquidación final de la obra “Mejoramiento del Servicio de Agua del Sistema de Riego en las localidades de Tambillo, Pacuaro, Tambobamba y Violeta Velásquez, distrito de Tambillo- Huamanga- Ayacucho”, con saldo a favor del Contratista por S/. 446,409.18; sin la imposición de penalidades, cargos para pago de la supervisión por supuestos atrasos en la obra, sin modificaciones de expedientes técnicos de obra y modificaciones de expedientes técnicos de adicional y, sin la aplicación de deductivos de cierre dispuestos por la Entidad.
- **SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar a qué parte corresponde asumir las costas y costos del proceso arbitral.

6. Posiciones de las Partes

DEMANDA

El Demandante desarrolla los siguientes fundamentos de hecho:

- 6.1. El Consorcio obtuvo la buena pro en el proceso de selección – Licitación Pública N° 014-2014-MINAGRI-PSI; y en ese sentido se celebró el Contrato bajo el sistema de suma alzada suscrito entre el Consorcio y la Entidad el 15 de setiembre de 2014.
- 6.2. El monto del Contrato -bajo la modalidad de suma alzada- fue de S/. 2'734,148.75 y el plazo de ejecución por 150 días.
- 6.3. El plazo de ejecución de la obra se inició el 14 de noviembre de 2014¹ cuando PSI cumplió con la entrega del expediente técnico.
- 6.4. Iniciada la ejecución de la obra, existieron defectos en el Expediente Técnico que generaron prestaciones adicionales de la obra, paralizaciones y retrasos, aprobados por la Entidad.

¹ En el Fundamento Tercero de la petición de Arbitraje se indica que fue el 14 de noviembre de 2014. No obstante, en la demanda se menciona que se inició el 13 de noviembre de 2014 (página 17) y ulteriormente el 19 de noviembre de 2014 (páginas 18 y 19).

- 6.5. Al transcurrir el plazo de la ejecución de la obra, se notificó el 31 de Agosto de 2016 la Resolución Directoral N° 379-2016-MINAGRI-PSI mediante Carta N° 1653-2016-MINAGRI-OAF que aprobó el adicional N° 3 con 30 días de plazo de ejecución. El inicio de la ejecución de la prestación adicional fue el 19 de setiembre porque el Demandante tuvo que tramitar la autorización ante la Municipalidad Distrital de Tambillo a pesar que el Demandado es la responsable de obtener los permisos. Dicho inicio se hizo en el momento que los plazos contractuales ya habían concluido y sin embargo el Demandado aplicó penalidades en la liquidación objetada.
- 6.6. Una vez concluida la obra en su integridad², se firmó el Acta de Recepción de obra el 06 de enero de 2017.
- 6.7. Mediante Carta del Demandante al Demandada de 07 de marzo de 2017, se presentó la liquidación del Contrato de ejecución de obra. No obstante, el Demandado aprobó una liquidación mediante Resolución Directoral N° 174-2017-MINAGRI-PSI aplicando penalidades, modificando el Expediente Técnico y liquidando un saldo a favor del Demandado de S/. 762,028.70. Dicha resolución se comunicó por Carta N° 412-2017-MINAGRI-PSI-OAF con el Informe Técnico N° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV.
- 6.8. El Demandante presentó sus observaciones a través de la Carta N° 012-2017-CH con un saldo a favor de S/. 446,409.18. El Demandado respondió mediante Carta N° 0482-2017-MINAGRI-PSI-OAF, según la cual rechazó las observaciones en base al Informe Técnico N° 055-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV.

El Demandante desarrolla los siguientes fundamentos de derecho:

- 6.9. El artículo 1 de la Resolución Directoral N° 174-2017-MINAGRI-PSI modificó el Expediente Técnico de la obra según Informe Técnico N° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV de 28 de abril de 2017 que elabora una liquidación según los trabajos realmente ejecutados. El demandante sostiene que el Contrato de obra es por el sistema de suma alzada y no por sistema de precios de precios unitarios, de conformidad con la Opinión N° 061-2016/DTN³.
- 6.10. El Expediente Técnico de la obra fue aprobado por Resolución Directoral N° 228-2014-MINAGRI-PSI, de 07 de abril de 2014 no puede ser modificado según el principio *pacta sunt servanda* salvo que se efectúe por adendas o se

² El 14 de octubre de 2016 según el Fundamento Quinto de la petición de Arbitraje pero conforme la demanda fue el 16 de junio de 2016 (página 15).

³ Conforme a la Opinión N° 061-2016/DTN, “una obra ejecutada bajo el sistema a suma alzada se liquidaba y pagaba considerando los metrados contratados y no los metrados ejecutados”.

aprueben adicionales y deductivos durante la ejecución de la obra. Y según el primer párrafo del artículo 153 de la Ley de Contrataciones del Estado (aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante, “RLCE”), la Entidad es responsable frente al contratista de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquéllos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos.

- 6.11. Sobre la aprobación de la modificación del Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 03 de la obra, aprobado por Resolución Directoral N° 379-2016-MINAGRI-PSI, de 29 de agosto de 2016, el Demandante señala que la nueva liquidación de S/. 117,174.18 interpreta como un costo unitario. Además el Expediente Técnico no puede ser modificado; y que la Entidad es responsable frente al contratista de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos.
- 6.12. Sobre la aprobación del Presupuesto Deductivo de Cierre N° 1 por trabajos no ejecutados del Presupuesto contractual de la obra, debido a la topografía y limitaciones del terreno y corrección del metrado del plano del canal trapezoidal, por la suma de S/. 705,242.95, incluido el IGV, el Demandante cuestiona el cuadro “Valorizaciones recalculadas”: (i) Partida 2.14 y 2.15 por “Desarenador”: esta partida no ha sido ejecutada y fue considerada en la liquidación del demandante para ser deducida; (ii) Partida 03.02.10 por mayores metros en el Expediente Técnico de la Partida 03.02 para “Canal de conducción trapezoidal” por S/. 496,364 (ítem 5.0 del Informe Técnico N° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV): la Entidad no puede ordenar la ejecución de reducción de prestaciones debido a la menor ejecución de metros porque la obra contratada fue bajo el sistema de suma alzada y se valorizará hasta el total de los metros del presupuesto de obra, según el cuarto párrafo del artículo 197 y séptimo párrafo del artículo 211 del RLCE; y las Opiniones N° 109-2015/DTN⁴ y N° 061-2016/DTN; (iii) Partida 03.04 por no ejecución de 02 “posas disipadoras de energía” (ítem 5.0 del Informe Técnico N° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV): esta partida no fue ejecutada y fue considerada en la liquidación del Demandante: el Demandante alega que se ha deducido casi el 50% de esta partida a pesar que se ejecutó 04 posas disipadoras; (iv) Partida 04 para “Mitigación ambiental”, sub-partida 04.01 por “Plantación de plantones: el Demandante asevera que se ha deducido como

⁴ Según la Opinión N° 109-2015/DTN, “el costo de la ejecución de menores metros es asumido por la Entidad, dado que ésta se encuentra obligada a pagar el íntegro del precio ofertado por el contratista en su propuesta, debido a que una obra ejecutada bajo el sistema a suma alzada se liquida y paga considerando los metros contratados”.

si fuera una partida no ejecutada cuando lo fue según consta del Acta de Observaciones a la recepción de la obra”.

- 6.13. En cuanto a la aplicación de las penalidades y de los cargos (máximo de penalidad por el atraso en la ejecución de la obra, retraso en la subsanación de las observaciones señaladas en el Acta de Verificación por el Comité de Recepción, y mayor costo de los servicios de supervisión, por el atraso en la culminación de la obra), por la suma de S/. 363,274.05. El Demandante objeta las tres penalidades: (i) Penalidad por mora asciende a la suma de S/. 225,942.62, según el artículo 165 del RLCE; (ii) Penalidad por S/. 34,200.00, de conformidad a la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato y del artículo 166 del RLCE; y (iii) Penalidad por S/. 103,131.43 por concepto de pagos de servicios de supervisión por 92 días desde el 17 de marzo al 16 de junio de 2015, según el artículo 192 del RLCE. Sobre la primera penalidad, el demandante alega que el Expediente Técnico fue entregado el 13 de noviembre de 2014 a requerimiento del demandante a través de la Carta N° 0007-2014-CH de 27 de octubre de 2014; la Entidad recién entregó un ejemplar del Contrato el 22 de setiembre para tramitar las visas de los funcionarios, el adelanto directo y la carta fianza; las dos ampliaciones de plazo por 24 y 34 días respectivamente; el pronunciamiento tardío de la tercera ampliación de plazo mediante Resolución Directoral N° 490-2015-MINAGRI-PSI; y la ejecución del Contrato por mandato de la Resolución Directoral N° 379-2016-MINAGRI-PSI cuando ya habían culminado los plazos contractuales. En relación a la segunda penalidad, el demandante asevera que tuvieron 26 días para subsanar las observaciones, según el numeral 2 del artículo 210 del RLCE; se ejecutó el diseño del cartel de obra e indicación del lugar donde se instalaría; y se cumplió con dotar de implementos a los trabajadores. Finalmente, sobre la tercera penalidad, el Demandante indica que el plazo estaba vigente hasta el 04 de julio de 2015.
- 6.14. Sobre la liquidación de la obra, el Demandante señala que la liquidación final de la Entidad no consideró las ampliaciones de plazo, los gastos generales por las ampliaciones ni los intereses por el pago inoportuno de las valoraciones. Así el Demandante adjunta otra liquidación.

LIQUIDACION ECONÓMICA FINAL DE LA OBRA	
Liquidación de Saldos Establecidos	
SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA	
Contrato Principal (1.3)	S/.190,222.27
Adicionales (2.3)	S/.99,977.39
Reajustes (3.3)	S/.46,894.36
Mayores Gastos Generales (4.3)	S/.38,210.00
Intereses (5.3)	S/.2,855.54
Adelanto Directo (8.3)	S/.0.01

Adelanto para Materiales (9.3)	S/.153.30
SALDO A FAVOR DEL PSI	S/.378,312.87
A. En efectivo a cancelar:	S/.378,312.87
B. IGV por regulariza:	S/.68,096.31
SALDO TOTAL (A FAVOR DEL CONTRATISTA) A+B	S/.446,409.18

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El Demandado desarrolla los siguientes fundamentos de hecho:

- 6.15. El 15 de setiembre de 2014 se suscribió el Contrato, por la suma de S/. 2'734,148.75 incluido IGV, que corresponde a la propuesta económica, siendo el plazo de ejecución de 15 días calendarios.
- 6.16. Mediante Resolución Directoral N° 379-2016-MINAGRI-PSI de 29 de agosto de 2016, se aprobó el Adicional de Obra N° 3, por partidas nuevas y obras complementarias formulada por el Consorcio, por la suma de S/. 117,973.32.
- 6.17. El 13 de noviembre de 2014 se inició al plazo contractual de la obra hasta la finalización el 28 de octubre 2016.
- 6.18. El 06 de enero de 2017, se firmaron las Acta de Recepción y Transferencia de Obra con los beneficiarios, el Contratista y la Entidad.
- 6.19. Mediante Resolución Directoral N° 174-2017-MINAGRI-PSI de 05 de mayo de 2017, se aprobó la Liquidación Final de Obra, determinando un costo ascendente a la suma de S/. 2'259,426.16 incluido IGV, asimismo se autorizó a la Oficina de Administración y Finanzas a requerir al Consorcio el saldo en su contra ascendente a S/. 762,028.70.
- 6.20. Mediante Carta N° 012-2017/CH del 09 de mayo de 2017, el Consorcio presentó sus observaciones a la Liquidación de Obra, aprobada mediante Resolución Directoral N° 174-2017-MINAGRI-PSI del 05 de mayo de 2017.
- 6.21. Mediante Memorando N° 1599-2017-MINAGRI-PSI-DIR, de 31 de mayo de 2017, el PSI absolvió las observaciones planteadas por el Consorcio a la Liquidación del Contrato de Obra.

El Demandado desarrolla los siguientes fundamentos de derecho:

Respecto al artículo 1 de la Resolución Directoral N° 174-2017-MINAGRI-PSI:

- 6.22. Al respecto, los criterios de evaluación expuestos en el Informe Técnico de elaboración de la Liquidación de Contrato de Obra N° 035-2017-MINAGRI-

PSI-DIR-OS/RTSV de 28 de abril de 2017 (ver anexo 1b), elaborado por la ingeniera Rita Sahuinco Velásquez, en el numeral 4.1) señala que la Entidad efectuó la revisión de la Liquidación Final del Contrato de Obra, presentada por el Consorcio, al existir observaciones, la Entidad consideró pertinente elaborar otro considerando los documentos siguientes: Acervo documentario (expediente técnico contractual, contrato de obra, informes mensuales y valorizaciones; expedientes de prestaciones adicionales de obra, expedientes de ampliaciones de plazo, entre otros), entregado por el ingeniero de Seguimiento y Monitoreo, así como, Planos Post Construcción, Memoria Descriptiva valorizada, Cuadernos de Obra Originales, Vistas fotográficas de la Recepción de Obra y Formatos de Liquidación y Cálculos respectivos. En tal sentido, no se puede afirmar que para la elaboración de la liquidación se haya revisado únicamente los trabajos realmente ejecutados.

- 6.23. En la liquidación presentada por el Contratista, consideró un Deductivo de cierre por modificaciones a los planos y metas, a solicitud de los beneficiarios por afectación de terrenos de cultivos, lo que se ha revisado y se considera en la liquidación efectuada en el Informe Técnico N° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV. Por ello, en el proceso de Liquidación la ingeniera Rita Sahuinco Velásquez, ha recalculado todas las valorizaciones, según metrado aprobado, vigente y realmente ejecutados, las mismas que fueron valorados los metrados con precios unitarios contratados, manteniendo gastos generales y utilidad según propuesta económica del Contratista.
- 6.24. Habiéndose evidenciado por el Comité de Recepción de Obra en la verificación física para la recepción de la obra, la no ejecución de las partidas de Cerco Perimétrico de la estructura del Desarenador y dos (2) pozas Disipadoras, el cual consta en el acta de acuerdos firmadas por los Beneficiarios y el Contratista.

Respecto al artículo 2 de la Resolución Directoral N° 174-2017-MINAGRI-PSI:

- 6.25. De acuerdo al Informe Técnico N° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV, el cual sustenta la Liquidación de Obra, señaló en el ítem 4.3, lo siguiente: “el expediente adicional de obra n° 3, presenta dos presupuestos: 01 a precios pactados (base a Dic. 2013) y 01 por partidas existentes (base a octubre 2015)”, en ambos presupuestos se observó que los Gastos Generales Variables se consideraron insumos que están considerados como costo directo en el Presupuesto del Contrato Principal. En ese sentido en la liquidación efectuada por la Entidad procedió a efectuar su corrección, en concordancia con lo señalado en el cuarto párrafo del artículo 207 del RLCE: “En los contratos de obra a suma alzada, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios del presupuesto referencial ajustados por el

factor de relación y/o los precios pactados, con los gastos generales fijos y variables del valor referencial multiplicado por el factor de relación”.

Respecto al artículo 3 de la Resolución Directoral N° 174-2017-MINAGRI-PSI:

- 6.26. **Respecto a la partida 2.14 y 2.15 “desarenador”:** el Contratista aceptó que esta partida no fue ejecutada por lo cual no fue considerada ni en su Liquidación ni en la Liquidación efectuada por la Entidad.
- 6.27. **Respecto a la partida 03.02.10 mayores metrados considerados en el expediente técnico partidas 3.02 para “canal de conducción trapezoidal” por S/ 496,364:** en esta partida se detectó un pago en exceso, debido al inadecuado control de avance de obra en la valorización N° 2, en los cálculos del metrado de la partida 03.02.10, concreto simple $f'c=175 \text{ kg/cm}^2$ para revestimiento de una caja; además la precitada partida se encuentra duplicada por un error en calculo en el Expediente Técnico, por lo cual se consideró el metrado real de acuerdo a los planos aprobados, en la liquidación realizada por la Entidad.
- 6.28. **Respecto a la partida 03.04, no ejecución de 02 pozas disipadoras de energía (ítem 5.0 del informe técnico n° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV – ANEXO 06):** si bien el Contratista aceptó la no ejecución de estas partidas, no lo consideró en su liquidación, los deductivos de las partidas no ejecutadas por la no ejecución de 02 pozas disipadoras, según lo sustentado por el Contratista; y que fue aprobado por la supervisión y el comité de recepción de obra mediante el Informe N° 001-2017-MINAGRI-PSI.
- 6.29. **Respecto a la partida 04 para “Mitigación Ambiental”, sub partida 04.01 “Plantación de Plantones”:** en relación a la reforestación, no se visualizó la siembra de los plantones considerados en la partida 04, por lo cual, la Entidad procedió a deducir el valor de esta partida.
- 6.30. En la Liquidación practicada por la Entidad es pertinente señalar que las opiniones del OSCE al respecto de los contratos bajo la modalidad de Suma Alzada consideran que es factible disminuir el precio de un contrato, cuando los trabajos no son efectuados acorde a los documentos del contrato: planos y expediente técnico, por lo cual se cita los siguientes pronunciamientos:

Opinión N° 064-2009/DTN, de fecha 16 de julio del 2009

“(...)cuando en un contrato de obra asuma alzada se verifiquen modificaciones o variaciones en el proyecto de la obra, podrá variarse el precio, debiendo deducirse del pago el monto correspondiente a

la(s) partida(s) no ejecutadas, sin que corresponda efectuar pago alguno por estas”.

Opinión N° 066-2014/DTN, de fecha 22 de setiembre del 2014

“(...) en los servicios contratados bajo el sistema a suma alzada, no es posible reducir o aumentar el monto del contrato en función a las prestaciones ejecutadas por el contratista, sino que debe pagársele el monto total de su oferta económica. Excepcionalmente, si la Entidad ejerce la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o reducciones, el monto original podrá ser modificado”

Respecto al artículo 4 de la Resolución Directoral N° 174-2017-MINAGRI-PSI:

6.31. Se establece que el inicio de plazo de ejecución Contractual es el 18 de octubre del 2014, debido a que se realizó la entrega de terreno el 17 de octubre del 2014, siendo este el último evento en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 184 del RLCE. Así, el plazo de ejecución es 150 días calendarios y la fecha prevista para la culminación es el 16 de marzo del 2015.

6.32. Durante la ejecución de la obra, la Entidad autorizó las ampliaciones de plazo siguientes:

Nº	R.D	Fecha emisión	Declarado	Días otorgados
1	303-2015	30/04/2015	Procedente	24
2			Consentida	34
3	490-2015	07/08/2015	Improcedente	0
4	542-2015	07/08/2015	Improcedente	0

6.33. Luego, se determinó como fecha de culminación contractual de la obra el 13 de mayo del 2015.

6.34. Asimismo, mediante Asiento de obra N° 338, el Residente “comunica a la supervisión que se ha culminado con la ejecución de todas las partidas del adicional de obra N° 3, únicos trabajos pendientes, por lo tanto la obra está concluida y solicitamos que se proceda con su recepción”, la cual se confirmó mediante el Asiento N° 339 de fecha 28 de octubre de 2016 de la supervisión: “se ha constatado que el contratista ha culminado con la ejecución de todas las partidas de acuerdo a su contrato principal y adicional de obra n° 3, se comunica al PSI a fin que se proceda con la recepción de la obra”.

- 6.35. El 09 de noviembre de 2016, se suscribió el acta de verificación de obra, en la cual se observó trabajos por subsanar. Y mediante el Asiento de obra n° 342 del 20 de diciembre de 2016, el residente de obra, comunicó a la supervisión que se había culminado en el levantamiento de observaciones de acuerdo a la respectiva acta firmada, solicitando que se proceda con la recepción de la obra. Mediante el Asiento N° 343 el supervisor confirmó el levantamiento de observaciones y comunicó a la Entidad, de conformidad al artículo 210 del RLCE.
- 6.36. El 6 de enero del 2016 se efectuó la recepción y transferencia de la obra a los beneficiarios, según el artículo 210 del RLCE.
- 6.37. El Demandante en su pretensión indica que culminaron la obra dentro sus plazos contractuales, considerando una fecha errónea en el inicio de obra. Asimismo, la Ampliación de Plazo N° 03 por 19 días, fue declarada improcedente por extemporánea, mediante Resolución Directoral N° 490-2015-MINAGRI-PSI, de 24 de julio de 2015, al contravenir el procedimiento sobre las ampliaciones de plazo que establece el artículo 201 del RLCE, el cual señala que toda solicitud de ampliaciones de plazo debe de efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra. En el presente caso, el plazo vigente había concluido el 09 de junio de 2015. Además con respecto a la precitada Resolución Directoral, no existe controversia alguna, porque de acuerdo a lo estipulado en el último párrafo del artículo 201 del RLCE, el Contratista tenía 15 días hábiles para que se someta a conciliación o arbitraje el pronunciamiento de la Entidad con respecto a la ampliación de plazo solicitada, y no ha existido una conciliación o arbitraje al respecto.
- 6.38. En este contexto al encontrarse fuera del plazo de ejecución contractual, se aplicó la penalidad máxima conforme lo estable el artículo 165 del RLCE. Asimismo, el comité de recepción señaló que la subsanación de observaciones fueron subsanadas fuera del plazo.

En cuanto a las penalidades impuestas:

- 6.39. Respecto al atraso en la finalización de la obra, que generó una extensión de los servicios de supervisión, el cual asciende a la suma de S/. 103,131.43, el Demandado manifiesta que debido al atraso injustificado del Contratista en culminar la obra en el plazo contractual establecido, la Entidad aplicó lo que estipula el artículo 192 del RLCE, sobre “obligaciones del contratista de obra en caso de atraso en la finalización de la obra”. En atención a ello, la Entidad ha considerado 92 días por servicio de la Supervisión, considerado desde el 17 de marzo de 2015 al 16 de junio de 2015.
- 6.40. Igualmente, respecto a la imposición de otras penalidades, por S/. 34,200.00, cabe indicar que de la revisión efectuada a las valorizaciones suscritas y

presentadas por el Contratista, Supervisor a la Entidad vs Calendario y programación de obra, se tomó conocimiento que el Contratista no cumplió con colocar el Cartel de Obra durante el primer mes de ejecución, así como no se cumplió con dotar de uniformes y equipos de protección al personal en obra. Esto también sucedido en el primer mes de la ejecución de obra, por lo que en cumplimiento de lo establecido en la Cláusula Décimo Cuarta – Penalidades del Contrato, se ha procedido a penalizar su incumplimiento desde el 13 de noviembre de 2014 al 30 de noviembre de 2014.

Respecto al artículo 5 de la Resolución Directoral N° 174-2017-MINAGRI-PSI:

6.41. Respecto a los reajustes, la liquidación elaborada por la Entidad, sincera los montos de reajustes solicitados por el Contratista, donde no considera la fecha de inicio contractual, asimismo, existió error en el cálculo de reajustes, al no considerar en sus cálculo lo normado en el Decreto Supremo N°011-79-VC, cuando existe atraso en obra, en este caso debió considerar para el plazo contractual y adicionales de obra.

Respecto a los artículo 6 y 7 de la Resolución Directoral N° 174-2017-MINAGRI-PSI:

6.42. La Entidad realizó la Liquidación Final de Obra, teniendo en cuenta todo lo actuado por los involucrados en el periodo de ejecución de la presente obra, los saldos a favor y lo pagado al Contratista son como se describe a continuación:

Nº	Concepto	A favor	Pagado
01	De las obras del Contrato Principal y Deductivos por aprobarse	1'719,411.69	2'154,914.27
02	De las obras de los Presupuestos Adicionales	99,300.15	0.00
03	De los Reajustes y Deducciones	96,056.09	97,934.64
04	Del Impuesto General a las Ventas, IGV	344,658.23	405,485.21
TOTAL		2'259,426.16	2'658,180.81
A	Saldo a CARGO del Contratista		398,754.65
B	De las Multas y otros a cargo de Contratista		363,274.05

SALDO A CARGO DEL CONTRATISTA		
TOTAL	S/.	762,028.70

En ese contexto el saldo a cargo del Contratista asciende a S/. 762,028.70 soles incluido IGV.

7. Posición del Árbitro Único

- 7.1. Mediante Decisión N° 4 de 04 de enero de 2018 el Árbitro Único determinó las materias o puntos controvertidos que serían materia de pronunciamiento en el laudo definitivo.
- 7.2. El Árbitro Único dejó claramente establecido que los puntos controvertidos sobre los que se pronunciaría eran referenciales, reservándose el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido.
- 7.3. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Árbitro Único precisó que las siguientes cuestiones controvertidas serían objeto de su pronunciamiento en el presente arbitraje:

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene que se apruebe la liquidación final de la obra “Mejoramiento del Servicio de Agua del Sistema de Riego en las localidades de Tambillo, Pacuaro, Tambobamba y Violeta Velásquez, distrito de Tambillo- Huamanga- Ayacucho”, con saldo a favor del contratista por S/. 446,409.18; sin la imposición de penalidades, cargos para pago de la supervisión por supuestos atrasos en la obra, sin modificaciones de expedientes técnicos de obra y modificaciones de expedientes técnicos de adicional y, sin la aplicación de deductivos de cierre dispuestos por la entidad.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar a qué parte corresponde asumir las costas y costos del proceso arbitral.

- 7.4. Asimismo, en la misma Decisión N° 4, el Árbitro Único consideró pertinente admitir los siguientes medios probatorios:

- De la demanda arbitral presentada el 08 de noviembre de 2017:

Los medios probatorios detallados en el acápite “Medios Probatorios” identificados del número 1 al 20, adjuntos como anexos a la demanda.

- De la contestación presentada el 06 de diciembre de 2017:

Los medios probatorios detallados en el acápite III) Medios Probatorios, consistentes en los medios probatorios detallados y adjuntos a la demanda.

- 7.5. Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes en un proceso, judicial o arbitral. De acuerdo con el artículo 196 del Código Procesal Civil la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando hechos nuevos⁵.
- 7.6. En materia arbitral el Código Procesal Civil no resulta de aplicación supletoria y ello se desprende del numeral 3 del artículo 34 del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, “Ley de Arbitraje”) que establece lo siguiente: «*Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral*».
- 7.7. De acuerdo con el texto transrito, las lagunas del convenio arbitral⁶ son integradas con referencia al reglamento arbitral al que se someta (de ser el caso), a las reglas aprobadas por las partes, por los árbitros o por las normas de la Ley de Arbitraje. Si no existe norma aplicable en la Ley de Arbitraje, el árbitro podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral. Como se puede advertir se niega la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil peruano.
- 7.8. Este es un hecho destacado por los especialistas, así en doctrina arbitral se señala lo siguiente: «... la ley se toma el cuidado de evitar la aplicación de las normas del Código Procesal Civil peruano estableciendo que, a falta de disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes, por el tribunal arbitral, o en su defecto, por la ley peruana de arbitraje (que no define pero se entiende referida al artículo 3 de la ley), el tribunal arbitral puede recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral (artículo 34.2)»⁷. Otra doctrina también lo resaltan y al respecto señalan comentando el artículo 34 de la Ley de Arbitraje: «Es más, este dispositivo (artículo 34.3) establece que si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes, por el tribunal arbitral o, en su defecto, en la LA, los árbitros podrán recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral, negando así cualquier

⁵ «*Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando hechos nuevos*».

⁶ De acuerdo con el numeral 1 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje se define al convenio arbitral como el «acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza»..

⁷ MANTILLA-SERRANO, Fernando. «Breves comentarios sobre la nueva ley peruana de arbitraje». En: *Lima Arbitration*. N° 4, 2010/2011, pág. 37.

possible (e indebida) aplicación de las normas del Código Procesal Civil peruano»⁸.

- 7.9. Por su parte, otra doctrina comentando el artículo 43.1 de la Ley de Arbitraje señala «que la aplicación de los usos y costumbres se refiere a un conjunto de buenas prácticas, medidas, disposiciones, etc., que han sido percibidas como legítimas y que cuentan con la aceptación generalizada de los interesados en el funcionamiento del arbitraje nacional e internacional»⁹.
- 7.10. Sobre esta base, y no por la aplicación del Código Procesal Civil, es que el árbitro considera que como regla general se entiende que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos. Esta regla ha sido percibida como legítima y cuenta con la aceptación generalizada de los interesados en el funcionamiento del arbitraje nacional e internacional. Así esta regla general ha sido recogida por diversos arbitrales internacionales, por ejemplo, en el numeral 1 del artículo 27 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) que establece: «*Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas*».
- 7.11. Ahora bien, sin perjuicio de que no resulta de aplicación supletoria, debe tenerse en consideración que el artículo 196 del Código Procesal Civil señala la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, salvo que la ley disponga algo distinto. Y en materia arbitral, se trata de una regla general y, por tanto, es posible la existencia de reglas especiales y, en tal caso, ante tal conflicto de normas debe aplicarse el criterio de la prevalencia de la norma especial sobre la norma general (*lex specialis derogat legi generali*)¹⁰. Esto es recogido en el artículo 44.c del Reglamento de Arbitraje de La Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de La Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, “Reglamento Arbitral”) la cual indica lo siguiente: «Al ofrecer las pruebas, las partes deberán indicar el hecho o situación que se pretende probar con ésta».
- 7.12. En tal sentido, frente a la regla general de la carga de la prueba debe tomarse en consideración la regla general de la prueba del pago prevista en el artículo 1229 del Código Civil.

⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque J. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. No. 7, 2008, págs. 64-65.

⁹ KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «Comentario al artículo 34 de la Ley de Arbitraje». En: *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Tomo I. Coordinadores: Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, págs. 395-396.

¹⁰ Ver al respecto TARELLO, Giovanni. «L'interpretazione della legge». En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 1980, pág. 311 y siguientes.

7.13. Al respecto una doctrina indica lo siguiente: «Sin embargo, debe considerarse que el principio de carga de la prueba solo opera en defecto de normas que precisen una carga de prueba diferente, y debe ser aplicado razonablemente para no conducirnos a resultados absurdos o contrarios a la lógica, tal como lo reconoce la doctrina. Así, de determinarse que existe una imposibilidad o seria limitación de que una de las partes pueda probar como ocurrió el accidente, debe evaluarse si existen reglas que intervienen la carga de la prueba sobre aquella de las partes que está en control de la actividad causante del daño» y luego agrega: «Si bien es un principio general del Derecho que cada parte debe probar sus alegaciones, este debe ser concordado con lo establecido por los artículos 1229 del Código Civil, 1329 y 1969 del mismo cuerpo legal»¹¹. El artículo 1229 del Código Civil, referida a la prueba del pago, señala lo siguiente: «*La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado*». Para una doctrina italiana¹² la prueba del pago es por regla una carga del deudor¹³ y precisa que el incumplimiento no requiere ser específicamente probado pues la presunción de persistencia del derecho importa que el crédito se presume aún existente, por tanto, se presume no pagado. En tal sentido, de acuerdo con el artículo 1229 es carga del deudor probar el hecho extintivo y el acreedor debe acreditar la existencia de la relación obligatoria; por tanto, el acreedor debe limitarse a probar el título; es decir, la fuente del crédito). En doctrina nacional se ha expresado lo siguiente: «Toca al acreedor, [...] demostrar la existencia de la obligación, tratándose de las obligaciones de dar y de hacer y, en el caso de las obligaciones de no hacer, probar además el incumplimiento. En la misma medida, toca al deudor, en las obligaciones de dar y hacer, demostrar el cumplimiento; así lo exige el artículo 1229 del Código Civil [...]»¹⁴.

7.14. El artículo 1229 del Código Civil señala: «*La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado*». El artículo citado se refiere a la carga de la prueba del deudor y se desprende, implícitamente, que si el acreedor pretende el pago (pretensión de cumplimiento) incumbe al deudor probar el pago. Si esto es así, parece claro, como lo señalan los textos extranjeros citados, que incumbe al acreedor probar el hecho constitutivo de la obligación cuyo cumplimiento se pretende. En otras palabras, si el acreedor prueba que el

¹¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil». En: *Themis, Revista de Derecho*. N° 50, pág. 228.

¹² BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Tomo 4. Milano: Giuffrè, 1993, pág. 319. Sobre la «presunción de persistencia» del derecho pretendido por el acreedor ver RINALDI, Manuela. «Inadempimento delle obbligazioni». En: *Inadempimento delle obbligazioni*. A cura di Luigi Viola. Padova: CEDAM, 2010, pág. 86.

¹³ BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Tomo 4. OP. CIT., pág. 319 («*La prova del pagamento è di regola un onere a carico del debitore*»).

¹⁴ OSTERLING PARODI, Felipe. «La indemnización de daños y perjuicios». En: *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Tomo I. Director: Carlos Soto Coaguila. Lima: Instituto Pacífico, 2015 , pág. 398.

deudor le debe, este debe probar que ha pagado; si no lo hace, se asume que la obligación no ha sido cumplida (incumplimiento).

- 7.15. En conclusión, incumbe la prueba de la existencia de la obligación (y de su exigibilidad) al que reclama su cumplimiento y la de su extinción, al que la opone. Como ya se dijo, el incumplimiento no requiere ser específicamente probado pues la presunción de persistencia del derecho importa que el crédito se presume aún existente, por tanto, se presume no pagado¹⁵. Esto significa entonces que al deudor se le considera incumplidor hasta que este no pruebe el cumplimiento. Es carga del deudor probar el hecho extintivo o modificativo.
- 7.16. De acuerdo con lo expuesto entonces, al Consorcio le corresponde la prueba del cumplimiento de las obligaciones del Contrato para justificar una liquidación adecuada del Contrato.

Sobre la Primera Cuestión Controvertida (Pretensión Principal):

- 7.17. No es un hecho controvertido que la obra materia del Contrato se ejecutó y ello se comprueba con el Acta de la Recepción final de la obra de 06 de enero de 2017. Ambas partes lo reconocen en la demanda y en la contestación de la demanda.
- 7.18. La pretensión consiste en aprobar la liquidación a favor del Contratista por S/. 446,409.18, mientras la Entidad propone otra ascendente a S/. 762,028.70. Para determinar cuál es la liquidación final del Contrato, es necesario analizar si la modificación de Expediente Técnico de la obra; la modificación del Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 3; la aplicación del Presupuesto Deductivo de Cierre N° 1 por trabajos no ejecutados; y la imposición de penalidades, se efectuaron de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 (modificada por la Ley N° 29873) (en adelante LCE), al RLCE y al Contrato.
- 7.19. Respecto a la modificación de Expediente Técnico de la obra, el Demandante sustenta su pretensión en el sentido que no puede haber modificación por aplicación del principio contractual de la fuerza vinculante del Contrato; del primer párrafo del artículo 153 del del RLCE; y del sistema de suma alzada del Contrato. Por el contrario, en el Informe Técnico N° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV¹⁶, indica que dicha modificación “no distorsiona el concepto de ejecución contractual a Suma Alzada, porque el propio contratista lo ha considerado en su Liquidación, además el OSCE en sendos

¹⁵ BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Tomo 4. OP. CIT., pág. 319.

¹⁶ Anexo 1-6 de la Demanda.

pronunciamientos¹⁷ considera que es factible disminuir el precio de un contrato a suma alzada cuando los trabajos no son efectuados acorde a los documentos del contrato (planos y expediente técnico)¹⁸. El Árbitro Único se adhiere a este argumento del informe técnico -que es la base de la Resolución Jefatural N° 174-2017-MINAGRI-PSI- el cual es conforme al séptimo párrafo del artículo 211 del RLCE el cual señala que “en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación”. De ahí que la invocación al principio contractual de la fuerza obligatoria del Contrato no tiene ningún valor jurídico de cuestionamiento a la modificación del Expediente Técnico el cual se realiza en la etapa de la liquidación del Contrato y no en la etapa de la ejecución del Contrato. También, la invocación del primer párrafo del artículo 153 del del RLCE es inaplicable en el presente caso, por cuando dicha disposición normativa establece que toda entidad es responsable frente al contratista de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquéllos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos. En efecto, dicha disposición normativa indica que toda entidad asume las consecuencias de las modificaciones en los proyectos, estudios, informes o similares o cambios necesarios, frente al contratista; pero no impide efectuarlas. En este sentido, el Árbitro Único desestima los argumentos del Demandante en este extremo por cuanto no ha demostrado que ejecutó los trabajos según los planos y el expediente técnico.

- 7.20. En relación a la modificación del Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 3, el Demandante alega el argumento que no es posible dicha modificación porque la obra se ejecutó bajo la modalidad de suma alzada y por aplicación del primer párrafo del artículo 153 del del RLCE. No obstante, el Informe Técnico N° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV indica que las valorizaciones recalculadas del Presupuesto Adicional “se han efectuado de acuerdo a los metrados finales presentados por el Supervisor de la obra, teniendo en cuenta el sistema de contratación A SUMA ALZADA. La Supervisión presentó la valorización correspondiente del Adicional N° 3”¹⁹. De la misma manera que en el anterior fundamento, el Árbitro Único se adhiere a lo expresado en el informe técnico en concordancia con el séptimo párrafo del artículo 211 del RLCE. Adicionalmente, la invocación del primer párrafo del artículo 153 del del RLCE es inaplicable a la presente controversia porque dicha disposición normativa no prohíbe modificaciones del expediente técnico.

¹⁷ Se citan las opiniones N° 064-2009/DTN de 16 de julio de 2009 y N° 066-2009/DTN de 16 de julio de 2009.

¹⁸ Numeral 4.2 del Informe Técnico N° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV.

¹⁹ Numeral 4.3.1 del Informe Técnico N° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV.

En consecuencia, el Árbitro Único también desestima los argumentos del Demandante en este extremo.

7.21. Sobre la aplicación del Presupuesto Deductivo de Cierre N° 1 por trabajos no ejecutados, ambas partes discrepan sobre las “Valorizaciones recalculadas”:

(i) Partida 2.14 y 2.15 por “Desarenador”: el Demandante sostiene que esta partida no ha sido ejecutada y fue considerada en la liquidación del Demandante para ser deducida, mientras el Demandado indica que el Contratista aceptó que esta partida no fue ejecutada por lo cual no fue considerada ni en su Liquidación ni en la Liquidación efectuada por la Entidad.

(ii) Partida 03.02.10 por mayores metrados en el Expediente Técnico de la Partida 03.02 para “Canal de conducción trapezoidal” por S/. 496,364: el Demandante señala que la Entidad no puede ordenar la ejecución de reducción de prestaciones debido a la menor ejecución de metrados porque la obra contratada fue bajo el sistema de suma alzada y se valorizará hasta el total de los metrados del presupuesto de obra, según el cuarto párrafo del artículo 197 y séptimo párrafo del artículo 211 del RLCE; y las Opiniones N° 109-2015/DTN y N° 061-2016/DTN. En cambio, el Demandado asevera que en esta partida se detectó un pago en exceso, debido al inadecuado control de avance de obra y además dicha partida se encontraba duplicada por un error de cálculo en el Expediente Técnico.

(iii) Partida 03.04 por no ejecución de 02 “posas disipadoras de energía”: el Demandante alega que se ha deducido casi el 50% de esta partida a pesar que se ejecutó 04 posas disipadoras. Al contrario, el Demandado señala que hubo deducción por la no ejecución de 02 pozas disipadoras, según lo sustentado por el Contratista; y que fue aprobado por la supervisión y el comité de recepción de obra mediante el Informe N° 001-2017-MINAGRI-PSI.

(iv) Partida 04 para “Mitigación ambiental”, sub-partida 04.01 por “Plantación de plantones: el Demandante asevera que se ha deducido como si fuera una partida no ejecutada cuando lo fue según consta del Acta de Observaciones a la recepción de la obra. El Demandado afirma que no se visualizó la siembra de los plantones considerados en la partida 04, por lo cual, la Entidad procedió a deducir el valor de esta partida.

7.22. Ahora bien, el Informe Técnico N° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV establece sobre las “Valorizaciones recalculadas” que el “*Contratista ha sincerado los metrados ejecutados y presenta Partidas del Presupuesto Principal a ser deducidas por la no ejecución y que cuenta con el aval de la Supervisión e Ingeniero de Seguimiento y Monitoreo, lo cual no limita la operatividad del sistema de riego ejecutado y se ha adecuado al área del*

*terreno disponible, modificándose los planos aprobados*²⁰. El Árbitro Único se adhiere a la conclusión del informe técnico sobre el Presupuesto Deductivo de Cierre N° 1 por trabajos no ejecutados; y además porque es conforme al cuarto párrafo del artículo 197 del RLCE en el sentido que las obras bajo el sistema de suma alzada se valorizarán hasta el total de los metrados del presupuesto de obra. Por lo tanto, el Árbitro Único también desestima los argumentos del Demandante en este extremo por cuanto tampoco ha demostrado haber cumplido con los trabajos previstos en las partidas mencionadas.

7.23. Respecto a las penalidades y a los cargos por la suma de S/. 363,274.05 por tres penalidades, las partes tienen posiciones contrapuestas:

(i) Penalidad por mora asciende a la suma de S/. 225,942.62, al amparo del artículo 165 del RLCE. El demandante alega no se le puede aplicar dicha penalidad porque el Expediente Técnico fue entregado el 13 de noviembre de 2014; la Entidad recién entregó un ejemplar del Contrato el 22 de setiembre; las dos ampliaciones de plazo por 24 y 34 días respectivamente; el pronunciamiento tardío de la tercera ampliación de plazo; y la ejecución del Contrato por mandato de la Resolución Directoral N° 379-2016-MINAGRI-PSI cuando ya habían culminado los plazos contractuales. El Demandado replica los argumentos del Demandante por aseverar una fecha errónea en el inicio de obra; y por no tomar en cuenta que la Ampliación de Plazo N° 03 por 19 días fue declarada improcedente por extemporánea, mediante Resolución Directoral N° 490-2015-MINAGRI-PSI. El Demandado añade que el comité de recepción señaló que la subsanación de observaciones fueron subsanadas fuera del plazo.

(ii) Penalidad por S/. 34,200.00, de conformidad a la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato y del artículo 166 del RLCE. El Demandante asevera que tuvieron 26 días para subsanar las observaciones, según el numeral 2 del artículo 210 del RLCE; se ejecutó el diseño del cartel de obra e indicación del lugar donde se instalaría; y se cumplió con dotar de implementos a los trabajadores. El Demandado indica que el Contratista no cumplió con colocar el Cartel de Obra durante el primer mes de ejecución, así como no se cumplió con dotar de uniformes y equipos de protección al personal en obra. Esto también sucedió en el primer mes de la ejecución de obra, por lo que en cumplimiento de lo establecido en la Cláusula Décimo Cuarta – Penalidades del Contrato, se ha procedido a penalizar su incumplimiento desde el 13 de noviembre de 2014 al 30 de noviembre de 2014.

(iii) Penalidad por S/. 103,131.43 por concepto de pagos de servicios de supervisión por 92 días desde el 17 de marzo al 16 de junio de 2015, según el artículo 192 del RLCE. El Demandante indica que el plazo estaba vigente

²⁰ Numeral 4.9 del Informe Técnico N° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV.

hasta el 04 de julio de 2015. El Demandado expresa que debido al atraso injustificado del Contratista en culminar la obra en el plazo contractual establecido, la Entidad aplicó lo que estipula el artículo 192 del RLCE y tomando en cuenta los 92 días por servicio de la Supervisión: desde el 17 de marzo de 2015 al 16 de junio de 2015.

- 7.24. El artículo 48 de la LCE, norma aplicable al Contrato, establece la posibilidad de incluirse penalidades en el Contrato, las que se aplicarán ante el incumplimiento injustificado de obligaciones por parte del contratista. Esta norma agrega que estas penalidades se sujetarán a lo dispuesto en el RLCE.
- 7.25. El artículo 166 del RLCE establece que es posible pactarse penalidades distintas a la penalidad por mora (retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato). Según la norma comentada y en concordancia con lo señalado en las Bases Integradas estas penalidades distintas a la penalidad por mora, deben ser: Objetivas; razonables y congruentes. Las características de objetividad, razonabilidad y congruencia incluidas por el legislador están referidas al seguimiento de un procedimiento para su aplicación de lo contrario la entidad puede caer en la aplicación indiscriminada de penalidades como en este caso, hecho que justamente se quiere evitar.
- 7.26. El OSCE, máxima entidad en contratación pública en el país, es el encargado de emitir opiniones y pronunciamientos sobre la aplicación de las normas de contrataciones con el Estado. La opinión Nº 064-2012/DTN, conforme al cual el OSCE prescribe que la intimación en mora resulta necesaria, tal como ha sido pactado en el propio contrato para el caso de las penalidades consideradas en el artículo 166 del RLCE: «*A efectos de absolver la presente consulta se evaluará los dos supuestos en los que la normativa de contrataciones del Estado contempla la aplicación de penalidades. El primer supuesto corresponde a la aplicación de la penalidad por mora. Al respecto, el artículo 165 del RGLG establece que la aplicación de esta penalidad es automática, por el solo retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato. Asimismo, el mencionado artículo prevé la forma de cálculo de la penalidad diaria, la que debe multiplicarse por el número de días de incumplimiento para obtener el monto total de la penalidad que debe aplicarse al contratista. El segundo supuesto se refiere a la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, reguladas en el artículo 166 del Reglamento. En este caso, el contrato debe establecer, de manera clara y precisa, los tipos de incumplimiento que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad por cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos. En tal sentido, el procedimiento para la aplicación de la penalidad por mora se encuentra prevista en el artículo 165 del Reglamento;*

asimismo, el procedimiento para la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, debe haber sido previsto pro la Entidad en el contrato».

- 7.27. Ahora corresponde señalar que la prestación pactada («penalidad») solo puede ser requerida cuando se ha verificado la lesión del crédito a la cual se refiere; es decir, cuando se ha realizado la *condictio iuris* prevista por las partes. Hay pues una conexión entre la penalidad y la lesión del crédito (incumplimiento o mora) que constituye el presupuesto para que el acreedor pueda requerir el pago de la «penalidad». Por tanto, en el presente caso el Árbitro Único debe determinar si el Consorcio incurrió en las lesiones del crédito que la Entidad le atribuyó.
- 7.28. La exigibilidad de la penalidad no supone un procedimiento administrativo sancionador, sino la realización de la *condictio iuris* prevista convencionalmente para que la penalidad acordada para tal supuesto se haga exigible (lesión de crédito previsto por las partes). En tal sentido, en estricto no debe hablarse de «imposición o aplicación de penalidades» puesto que su exigibilidad no se deriva de la potestad sancionadora del acreedor.
- 7.29. La potestad sancionadora es la facultad de la administración pública de imponer sanciones a través de un procedimiento administrativo. El fundamento de poder exigir el cumplimiento de la penalidad no se apoya en la potestad sancionadora, sino en la fuerza vinculante del contrato.
- 7.30. En síntesis, hablar de «imposición» de penalidades convencionales resulta siendo equívoco; en efecto, la penalidad convencional no es la consecuencia de una potestad sancionadora del acreedor, sino del acuerdo de las partes.
- 7.31. Por lo expuesto, la cláusula penal “establece una resarcimiento *forfait* [resarcimiento invariable e indiscutible, superior o inferior al valor real del daño]: presenta una innegable simplicidad, lo que explica su éxito: evita al acreedor la lentitud y las dificultades de una reparación judicial de los daños y perjuicios. Esta suma global puede ser menor que la pérdida sufrida, lo que resulta una exoneración parcial de la responsabilidad. En la mayoría de los casos, cuando es superior, la cláusula penal juega un rol disuasorio, lo que incentiva al deudor a ejecutar el contrato”²¹.
- 7.32. De acuerdo con el artículo 1341 del Código Civil: «*El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta pretensión y a que se devuelva la contraprestación si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero esta se computa como*

²¹ CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 12e édition. Paris: Éditions Dalloz. 2016. pág. 171.

parte de los daños y perjuicios si fueran mayores». De acuerdo con el texto transcrita, la «cláusula penal» es un pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento (*rectus*, lesión de crédito imputable al deudor), uno de los «contratantes» queda obligado a la ejecución de una prestación pactada (pago de una «penalidad»). Al estipular la cláusula penal las partes convienen en sustituir la disciplina establecida en el Código Civil para el resarcimiento del daño (inejecución de obligaciones) y es en este sentido que se dice que la penalidad tiene el efecto de «limitar el resarcimiento a esta prestación». La prestación pactada («penalidad») solo puede ser requerida cuando se ha verificado la lesión del crédito a la cual se refiere. Hay pues una conexión entre la penalidad y la lesión del crédito (incumplimiento o mora) que constituye el presupuesto para que el acreedor pueda requerir el pago de la «penalidad». La penalidad es una obligación subsidiaria; es decir, que solo es exigible en el caso de lesión de crédito (imputable al deudor) respecto de la obligación principal. Esto no significa que se trate de una obligación condicional, la lesión de crédito no constituye una condición, sino un presupuesto legal de la exigibilidad de la pena. En tal sentido, cuando el acreedor considera que se ha dado el presupuesto legal exigirá la penalidad; en otras palabras, si el deudor ha lesionado el crédito (incumplimiento o mora) la penalidad se hará exigible y el acreedor requerirá el pago de la penalidad pactada. Es decir, en lugar de acudir al juez (o al árbitro, en su caso) para requerir la indemnización de daños, el acreedor requerirá el pago de la prestación acordada en ese caso («penalidad»). Si el deudor considera que no incurrió en ninguna hipótesis de lesión del crédito (incumplimiento o retardo) y, por tanto, que no está obligado al pago de la penalidad, podrá recurrir a los mecanismos de solución de controversias que corresponda.

7.33. El Árbitro Único advierte que respecto las penalidades el Consorcio pretende que se declaren inaplicables. La penalidad no es un acto jurídico en sentido estricto ni un negocio jurídico, la penalidad es una obligación que puede serle exigida al deudor en caso se produzca el incumplimiento previsto. Como lo señala una doctrina el plano de la eficacia es la parte del mundo jurídico donde los hechos jurídicos producen sus efectos²². Como ya se señaló, la penalidad es una obligación y, por tanto, no cabe pretender que se declare su ineficacia. Ello solo podría ocurrir respecto del pacto incluido en la cláusula décima cuarta del Contrato que regulan las penalidades aplicables al caso materia de la presente controversia. Lo que sí puede alegarse es que la penalidad es inexigible; es decir, que no se han dado los presupuestos de la exigibilidad de la penalidad: así, podrá sostenerse que el Demandando no puede exigir el pago de la penalidad porque el Demandante no ha incurrido en el supuesto de lesión de crédito previsto; es decir, que no ha incumplido la obligación.

²² BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico*. 2^a edição, São Paulo: Saraiva, 1986, pág. 96.

- 7.34. Por lo expuesto, la penalidad por mora por S/. 225,942.62, sí es exigible, de conformidad con el artículo 165 del RLCE y por lo estipulado en la Cláusula Décimo Cuarta. El sustento de esta exigibilidad está en el Informe Técnico N° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV el cual indica que en el “*Asiento N° 338 la obra concluyó el 28 de Octubre de 2016, fuera de la fecha prevista para la terminación de la obra; estando sujeto a penalidad según lo establece el artículo N° 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Habiendo acumulado la máxima penalidad establecida*”²³.
- 7.35. Sobre la penalidad por S/. 34,200.00, también es exigible, según la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato, el artículo 166 del RLCE; y el Informe Técnico N° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV²⁴.
- 7.36. Finalmente, la penalidad por S/. 103,131.43 es exigible según el artículo 192 del RLCE; y el Informe Técnico N° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV²⁵. Esta penalidad es una consecuencia de la primera penalidad: el retraso imputable en la primera penalidad producirá una extensión del pago de los servicios de supervisión.
- 7.37. El Demandante no pudo demostrar que no incurrió en retraso en la terminación de la obra; y tampoco pudo demostrar que no ejecutó las conductas imputables: no cumplió con colocar el cartel de obra; y de dotar de uniformes y equipos de protección al personal, durante el primer mes de ejecución de la obra. En este sentido, el Árbitro Único desestima el pedido del Demandante de inaplicar las tres penalidades, por los fundamentos expuestos.
- 7.38. De acuerdo a los Fundamentos desarrollados, el Árbitro Único no ampara el pedido del Demandante de aprobar la liquidación a su favor por S/. 446,409.18.

Sobre la Segunda Cuestión Controvertida:

- 7.39. De acuerdo con el artículo 70 del Ley de Arbitraje, el Árbitro Único debe fijar («fijará») en el laudo los costos del arbitraje. De acuerdo con el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, el Árbitro Único tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida.
- 7.40. El Árbitro Único estima que los costos del arbitraje representados por los honorarios y por los gastos administrativos deben ser íntegramente asumidos por el Demandante. En cambio, los gastos en los que las partes hayan

²³ Numeral 4.6.1 del Informe Técnico N° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV.

²⁴ Numeral 4.6.4 del Informe Técnico N° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV.

²⁵ Numeral 4.6.5 del Informe Técnico N° 035-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OS/RTSV.

incurrido para su defensa en el arbitraje deben quedar en sus respectivas esferas, tal como ellas los hayan asumido.

- 7.41. Para este pronunciamiento, Árbitro Único ha tomado en cuenta el resultado del Laudo Arbitral, al no haberse reconocido la fundabilidad de la pretensión del Demandante.

La prueba actuada y los argumentos expuestos.

- 7.42. El Árbitro Único deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado todas las pruebas presentadas por estas de acuerdo con 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 de 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 laudo.

8. Laudo

Que, por las razones expuestas, estando a los fundamentos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 55 y 56 de la Ley de Arbitraje y, estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, el Árbitro Único, en **DERECHO**,

LAUDA:

Primera: Declarar **infundada** la pretensión principal (primera cuestión controvertida).

Segunda: Declarar que los honorarios del Árbitro Único y de los gastos administrativos deben ser asumidos por el Consorcio Huamanga (segunda cuestión controvertida).

Tercera: Se fijan los honorarios del Árbitro Único en la suma de S/ 10,908.00 neto. (diez mil novecientos ocho con 00/100 soles) neto y los gastos administrativos en la suma de S/ 9,219.00 (nueve mil doscientos diecinueve con 00/100 soles) más IGV, según liquidaciones practicadas por el Centro de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



Rómulo Morales Hervías
Árbitro Único