

EXP. N° 2605-567-19
PSI Vs. CONSORCIO SANTA ROSA

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE:	PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES
DEMANDADO:	CONSORCIO SANTA ROSA
TIPO DE ARBITRAJE:	Institucional y de Derecho
TRIBUNAL ARBITRAL:	Víctor Sebastián Baca Oneto (Árbitro único)
SECRETARIA ARBITRAL:	Alonso Cassalli Valdez Secretario Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de PUCP.

Decisión N°14

En Lima, a los 25 días del mes de mayo del año dos mil veintidós, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

1. EL CONVENIO ARBITRAL

Se encuentra contenido en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato N° 45 del Contrato N° 118-2017-MINAGRI-PSI (en adelante, el "Contrato"), suscrito entre las partes el 27 de octubre de 2017.

Conforme a dicha cláusula el presente arbitraje es organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú conforme el Reglamento de Arbitraje PUCP 2017 (en adelante, el “Reglamento”) y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje (en adelante, “LA”).

2. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El 27 de febrero de 2020, el árbitro Víctor Sebastián Baca Oneto remite su aceptación como árbitro único designado por la Corte de Arbitraje, quedando entonces el Tribunal Arbitral válidamente constituido.

3. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES DECISIONES ARBITRALES:

- 3.1. Mediante Decisión N° 1, notificada con fecha 18 de agosto de 2020, se determinaron las reglas aplicables al presente arbitraje y se otorgó al PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES (en adelante, “el PSI”, el “Demandante” o la “Entidad”) el plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de la demanda arbitral.
- 3.2. Mediante Decisión N° 2, notificada con fecha 23 de noviembre de 2020, se otorgó al PSI el plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que subsanen su escrito de demanda y presenten los medios probatorios indicados en el punto “II. MEDIOS PROBATORIOS” del escrito de demanda.
- 3.3. Mediante Decisión N° 3, notificada con fecha 8 de febrero de 2021, se tuvo por subsanada la demanda presentada por el PSI el día 1 de septiembre de 2020, y se le corrió traslado al demandado, el CONSORCIO SANTA ROSA (en adelante, el “Consortio”, el “Demandado” o el “Contratista”), otorgándole un plazo de 10 días hábiles para que presente la contestación de demanda y reconvención, esta última de considerarla pertinente.
- 3.4. Mediante Decisión N° 4, notificada con fecha 22 de marzo de 2021, se admitió a trámite la excepción de caducidad presentada por el Consortio y se corrió traslado de la misma al PSI a fin de que, en el plazo de veinte (20) días hábiles, manifiesten lo que consideren pertinente conforme a derecho. Asimismo, se admitió a trámite la contestación de la demanda presentada por el Consortio y se otorgó el plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que cumpla con presentar los medios probatorios señalados

en el punto “IV. MEDIOS PROBATORIOS Y/O ANEXOS” de su escrito de contestación.

- 3.5. Mediante Decisión N° 5, notificada con fecha 18 de junio de 2021, se tuvo por subsanado el escrito contestación de demanda del Consorcio y se tuvieron por presentados los medios probatorios señalados en el punto “IV. MEDIOS PROBATORIOS Y/O ANEXOS”, con conocimiento de la contraparte. Asimismo, se tuvo por absuelto por parte del PSI el traslado conferido respecto a la excepción de caducidad planteada por el Consorcio. Finalmente, se citó a las partes a la Audiencia Especial para el día 19 de julio de 2021 a horas 9:00 a.m. a través de la plataforma virtual Zoom.
- 3.6. Mediante Decisión N° 6, notificada con fecha 18 de agosto de 2021, se tuvo presente el escrito de conclusiones finales del PSI y se cerraron las actuaciones arbitrales parcialmente respecto a la excepción de caducidad planteada por la parte demandada y se fijó el plazo para la emisión del laudo parcial por cuarenta (40) días hábiles, prorrogable por diez (10) días hábiles adicionales, por decisión del Árbitro Único.
- 3.7. Mediante Decisión N° 7, notificada con fecha 4 de octubre de 2021, se prorrogó el plazo para la emisión del Laudo Arbitral Parcial por diez (10) días hábiles adicionales.
- 3.8. Mediante Decisión N° 8, notificada con fecha 26 de octubre de 2021, se notificó el Laudo Parcial y se declaró infundada la excepción de caducidad presentada por el Consorcio Consorcio Santa Rosa.
- 3.9. Mediante Decisión N° 9, notificada con fecha 30 de noviembre de 2021, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje, se admitieron los medios probatorios y se citó a Audiencia Única para el día 17 de diciembre de 2021.
- 3.10. Mediante Decisión N° 10, notificada con fecha 3 de diciembre de 2021, se reprogramó la Audiencia Única para el día 26 de enero de 2022.
- 3.11. Mediante Decisión N° 11, notificada con fecha 12 de enero de 2022, se suspendió la Audiencia Única y se otorgó el plazo de tres (03) días hábiles a ambas partes a fin de que informen si cuentan con disponibilidad para el 9 o 16 de febrero de 2022 a las 10:30 a.m.
- 3.12. Mediante Decisión N° 12, notificada el 24 de enero de 2022, se reprogramó la Audiencia Única para el día 9 de febrero de 2022.

3.13. El 9 de febrero de 2022, se llevó a cabo la Audiencia Única a fin de que las Partes ilustren sobre los hechos que originaron la presente controversia, así como la sustentación de posiciones, respecto a la controversia planteada.

3.14. Mediante Decisión N° 13, notificada con fecha 15 de marzo de 2022, se tuvo presente lo señalado por las partes en sus escritos de alegatos y se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales, se fijó el plazo para emitir el laudo arbitral en cuarenta (40) días hábiles; plazo que quedó automáticamente prorrogado por un plazo de diez (10) días hábiles adicionales, contados desde el día hábil siguiente de vencido el primer plazo.

4. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES:

Conjuntamente a la Decisión N° 1, notificada con fecha 18 de agosto del 2020, se efectuó una primera liquidación de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/ 4,058.00 neto para el árbitro único
Gastos Administrativos del Centro	S/ 5,232.00 más IGV.

Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las partes.

Sobre los pagos de la primera liquidación, se tiene que la parte demandante canceló la totalidad de los gastos arbitrales. Las constancias de dichos pagos se encuentran contenidos en las Comunicaciones N° 9 y 10.

5. CUESTIONES CONTROVERTIDAS:

Mediante Decisión N° 9, de fecha 30 de noviembre de 2021, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje conforme a lo siguiente:

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar, si corresponde o no, declarar la nulidad, ineficacia y/o invalidez de la Resolución del Contrato N° 118-2017-MINAGRI-PSI para la Contratación del Servicio de Supervisión de Obra para el Proyecto “MEJORAMIENTO DEL SERVICIO DE AGUA, PARA RIEGO EN EL SECTOR CANIBAMBA ALTO CUENCA DEL PEREJIL, DISTRITO DE USQUIL-OTUZCO – LA LIBERTAD”, contenido en la Carta Notarial N° 111-2019/CONS/STA

ROSA-TLVP del 28.06.2018, por no encontrarse acreditado debidamente el incumplimiento de obligaciones imputado al Programa Subsectorial de Irrigaciones-PSI.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar, si corresponde o no, condenar al CONSORCIO SANTA ROSA, para que asuma el pago de todos los gastos arbitrales que irrogue al presente proceso.

6. POSICIONES DE LAS PARTES

A. Antecedentes

- 6.1. La controversia gira en torno a la resolución del Contrato realizada por el Consorcio, alegando el incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato del PSI. Así, el origen de esta discusión se encuentre en la solicitud de aprobación de prestación adicional de supervisión por un total de S/. 93,889.20, correspondientes a 75 días adicionales, calculados según el sistema de tarifas.
- 6.2. Esta solicitud fue presentada por el demandado mediante Carta N° 106-2019/CONS/STA ROSA-TLVP del 19 de junio de 2019 (en adelante, la “Carta 106”), la cual se encontraba vinculada a la aprobación del expediente técnico de prestación adicional de obra N° 2 con deductivo vinculante N° 2 (Resolución Directoral N° 043-2019-MINAGRI-PSI, del 15 de marzo de 2019¹).
- 6.3. A continuación, el Consorcio apercibió con la resolución a la Entidad mediante Carta N° 108-2019/CONS/STA7 ROSA-TLVP (en adelante, la “Carta 108”), notificada el 25 de junio de 2019, otorgándole un plazo de dos días para que aprobara la solicitud de adicional realizada.
- 6.4. En respuesta a la Carta 106, la Entidad emite la Carta N° 1924-2019-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 26 de junio de 2019 y notificada el día 27 de junio de 2019 (en adelante, la “Carta 1924”), en la cual realiza una serie de observaciones a la solicitud, solicitándole que las subsane con el fin de continuar con la tramitación de la solicitud. Así, según el PSI, el Consorcio debía cumplir con lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, “LCE”), modificada por el

¹ En virtud de este adicional, la Entidad reconoció la ampliación de plazo n° 10, por 75 días al Contratista, mediante la Resolución Directoral N° 70-2019-MINAGRI-PSI-DIR (disponible en https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/961731/R.d._070-2019-MINAGRI-PSI-DIR20200707-22528-172wf6t.pdf).

Decreto Legislativo 1341 (en adelante, el “DL 1341”)², para lo cual debía cumplir con una serie de reglas a efectos de justificar el monto del pago correspondiente al adicional propuesto.

- 6.5. Dado que el PSI no cumplió con resolver en el plazo indicado, el Consorcio procedió a resolver el Contrato mediante Carta N° 111-2918/CONS/STA ROSA-TLVP, de 28 de junio de 2019 (en adelante, la “Carta 111”).

B. Posición de la Demandante.

- 6.6. En relación a la resolución del Contrato realizada por el Consorcio, el PSI sostiene que ésta no se encuentra justificada en una causa válida, en la medida que no se ha producido una falta de pago ni tampoco ha incurrido en un incumplimiento esencial de sus obligaciones contractuales. Al respecto, sostiene que la Entidad actuó correctamente al observar la solicitud de prestación adicional realizada por el Demandado, en cumplimiento de lo dispuesto por la normativa aplicable, sin que estas observaciones hayan sido levantadas por el Contratista. Además, mediante la Carta 108 se emplazó a la Entidad a emitir un acto administrativo dentro de un plazo perentorio, lo que iría en contra de la exigencia de seguir un procedimiento regular, aplicable según lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- 6.7. Con relación a la solicitud de aprobación del adicional, la Entidad ha reiterado lo indicado en los informes que sirvieron como sustento de la Carta 1924. Así, conforme al numeral 4 del artículo 34 de la LCE, modificada por el DL 1341 (aplicable al Contrato), *“el Titular de la Entidad puede autorizar prestaciones adicionales de supervisión que deriven de prestaciones adicionales de obra, siempre que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, bajo las mismas condiciones del contrato original y/o precios pactados, según corresponda. En este último supuesto, no es aplicable el límite establecido en el numeral 34.2 del presente artículo”*.
- 6.8. En este sentido, sostiene la Entidad en la contestación de demanda y en su escrito de alegatos finales, la aprobación de la solicitud del adicional por parte de la Entidad requeriría de la presentación de una estructura desagregada de costos por el

² El Decreto Legislativo 1341 fue publicado el día 7 de enero 2017, e incluía una disposición complementaria final según la cual entraría en vigencia a los 15 días de publicado el Decreto Supremo que modificaría el Reglamento de la LCE, aprobado mediante Decreto Supremo 350-2015-EF (en adelante, el “RLCE”). La modificación esperada se produjo mediante el Decreto Supremo 056-2017-EF, del 19 de marzo de 2017. Por tanto, dichas modificaciones resultaban aplicables al Contrato, en tanto estaban vigentes a la fecha en que se inició el procedimiento de selección.

Contratista, sustentando la necesidad de cada recurso a utilizar, lo que no hizo el Consorcio, razón por la cual su solicitud fue observada.

- 6.9. Adicionalmente, en la Audiencia Única la Entidad agregó un argumento adicional. Así, sostuvo que conforme al numeral 4 del artículo 34 de la LCE, *“el Titular de la Entidad puede autorizar prestaciones adicionales de supervisión que deriven de prestaciones adicionales de obra, siempre que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, bajo las mismas condiciones del contrato original y/o precios pactados, según corresponda. En este último supuesto, el monto hasta por el cual se pueden aprobar prestaciones adicionales de supervisión debe ser proporcional al incremento del monto de la obra, como máximo, no siendo aplicable para este caso el límite establecido en el numeral 34.2 del presente artículo”*.
- 6.10. Por tanto, en aplicación de esta norma (que corresponde al texto original de la LCE, antes de la modificación efectuada por el DL 1341), sostuvo que el monto solicitado por el Contratista (S/. 93,889.20) para el adicional no correspondía a la norma, en tanto debía calcularse proporcionalmente al monto del adicional y deductivo de obra aprobado, por lo que no podría superar, como máximo, los S/. 29,171.37, dado que *“el monto máximo de una Prestación Adicional de Supervisión se obtiene multiplicando el monto del contrato de Supervisión por la Incidencia parcial (incremento del costo de la Obra)”*.
- 6.11. Finalmente, respecto de la segunda pretensión, la Entidad sostiene que, al no haber tenido la decisión de contratar sustento técnico y legal alguno, razón por la cual la primera pretensión habría de ser declarada fundada, es pertinente que el Demandado sea quien asuma el pago íntegro de los costos y costas arbitrales.

C. Posición del Demandado.

- 6.12. Por su parte, el Demandado considera que la resolución del Contrato fue justificada y se adecuó a derecho, en tanto la no aprobación del adicional de supervisión por parte de la Entidad constituyó un incumplimiento de sus obligaciones esenciales, conforme a lo dispuesto por los artículos 135 y 136 del RLCE. Tanto en la contestación de la demanda como en su escrito de conclusiones finales, el Consorcio glosa el contenido de la Carta 108 y la Carta 111, como se explica a continuación.
- 6.13. Así, conforme se ha indicado más arriba, el Consorcio solicitó la aprobación de un adicional de supervisión, debido a la aprobación de un adicional de obra. El monto correspondiente al adicional solicitado era de S/. 93,890.20, habiéndolo calculado en función de la tarifa pactada (S/. 37,555.68 al mes, lo que implicaba 1,251.86 diario,

por 75 días correspondientes al plazo para la ejecución del adicional), lo que – a su criterio – se correspondería con lo dispuesto por la Opinión 044-2018-DTN³.

- 6.14. Más allá de esta cuestión, en la citada Carta 108 se indica que, al no haber aprobado las mayores prestaciones de supervisión, la Entidad habría incumplido sus obligaciones esenciales destinadas a garantizar la permanencia de la supervisión. Esta permanencia, que le correspondería garantizar al PSI, no solo requiere del acto administrativo que amplie los plazos, sino que éste también debe garantizar una relación equitativa del reconocimiento de mayores prestaciones.
- 6.15. Siempre según el Consorcio, “Es una obligación esencial garantizar por parte de la Entidad, la presencia de la supervisión de obra, para controlar los trabajos en obra, así como también es una obligación esencial de la Entidad, cumplir los principios de la Ley de Contrataciones del Estado como es el principio de Equidad, y de esta forma proceder con la aprobación de nuestras prestaciones adicionales de supervisión solicitada”. En consecuencia, al considerar incumplida esta obligación, le da a la Entidad un plazo de 2 días para que proceda a emitir el acto administrativo de aprobación de los adicionales.
- 6.16. Por su parte, la Carta 111 resuelve el Contrato, una vez vencido el plazo de dos días otorgado en la comunicación anterior. En esta carta se da cuenta de la respuesta dada por la Entidad a la Carta 106 mediante Carta 1924, que no se refiere a la carta de apercibimiento. Con relación a la solicitud de la Entidad, para realizar el desagregado de gastos para el cálculo de la tarifa mensual y diaria, además del calendario de utilización de recursos para el plazo establecido, sostiene el Demandado que esto no corresponde, para lo cual cita las opiniones 154-2016-DTN⁴

³ Es llamativo que la Carta 108 hace referencia al texto original de la LCE, conforme al cual el monto hasta por el cual se podían aprobar los adicionales debía ser proporcional al incremento del monto de la obra, como máximo, a pesar de que en la contestación de demanda se reconoce que resultaba aplicable al Contrato la modificación introducida por el DL 1341.

⁴ Esta opinión, emitida antes de la modificación de la LCE realizada por el DL 1341, reconoce que el sistema de pago en los contratos de supervisión de obras es por tarifas. Es importante indicar que esta opinión se refiere a la ampliación de plazo del contrato de supervisión, las formalidades aplicables y a sus consecuencias económicas, no a los adicionales de supervisión como consecuencia de la aprobación de un adicional de obra. Así, respecto de la ampliación de plazo, y dado el carácter accesorio que el contrato de supervisión tiene respecto del contrato de obra, la opinión sostiene que el plazo debe ser ampliado por la entidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 34.4 de la LCE, sin observar el procedimiento ni las condiciones económicas del artículo 140 del RLCE, pues los contratos de supervisión se pagan a través del sistema de tarifas. Además, se indica en esta opinión, en relación al adicional de supervisión por variaciones en el plazo o ritmo de la obra, que “si bien el supuesto detallado es calificado como una prestación adicional de supervisión –en tanto implica el incremento del costo de dicho contrato–, uno de los objetivos de dicha disposición es ampliar o adecuar el plazo del contrato de supervisión a las variaciones en el plazo o en el ritmo”

y 188-2018-DTN⁵. Así, en la medida que el incumplimiento persistía, se tomó la decisión de resolver el Contrato.

6.17. Conforme lo sostiene el Consorcio, al haberse ampliado el plazo del contrato de obra, correspondía también ampliar el plazo del Contrato, dada la relación de accesoriedad que existe entre un contrato de supervisión y un contrato de obra, recogida, por ejemplo, en el numeral 2 del artículo 120 del RLCE⁶, y reconocida, entre otras, por la Opinión 157-2018-DTN. Además, conforme al numeral 3 del artículo 171 del RLCE, “En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad debe ampliar el plazo de los otros contratos que hubiera celebrado que se encuentren vinculados directamente al contrato principal”⁷. Por tanto, correspondía que el PSI otorgue la ampliación de plazo

de trabajo de la obra, en casos distintos a los de adicionales de obra” (el énfasis en el original). En realidad, esta opinión debe ser leída en conjunto con otras posteriores, en las cuales se pone de relieve la necesidad de que exista una prestación adicional, conforme es definida en el Anexo de definiciones del RLCE, para que opere el supuesto previsto en el artículo 34 de la LCE; es decir, no basta la sola ampliación de plazo (así, por ejemplo, véase la Opinión 044-2018-DTN). Es más, en palabras de la Opinión 188-2018-DTN, “se aprecia que la referida normativa no contempla a las prestaciones adicionales de supervisión como efectos derivados del otorgamiento de una ampliación de plazo en un contrato de supervisión de obra”.

⁵ De acuerdo con el texto de esta opinión citado por el Demandado, el pago de las prestaciones adicionales de supervisión derivadas de variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra debe calcularse en función de la tarifa pactada, de forma proporcional a la ejecución real. Además, estas prestaciones adicionales podrían aprobarse hasta el 15% del monto contratado de la supervisión, sin necesidad de autorización de la Contraloría General de la República. Esta es una diferencia respecto de los adicionales de supervisión derivados de adiciones de obra, en los cuales no se aplica este límite.

⁶ Artículo 120.- Plazo de ejecución contractual:

“El plazo de ejecución contractual se inicia el día siguiente del perfeccionamiento del contrato, desde la fecha que se establezca en el contrato o desde la fecha en que se cumplan las condiciones previstas en el contrato, según sea el caso:

(...)

2. El plazo de ejecución contractual de los contratos de supervisión de obra debe estar vinculado a la duración de la obra supervisada

⁷ En el actual Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 344-2018-EF, se ha modificado esta redacción, estableciéndose que en el numeral 7 del artículo 199 que “En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad amplía, sin solicitud previa, el plazo de los otros contratos que hubiera celebrado y que se encuentren vinculados directamente al contrato principal”. En aplicación de la normativa actual se ha emitido la Opinión 014-2022-DTN, en la cual se indica que “atendiendo a la naturaleza del servicio de supervisión –que se caracteriza –entre otros aspectos- por la imposibilidad de conocer con exactitud la duración de su plazo contractual, debido a que depende del plazo de ejecución de la obra con la cual se vincula, la normativa prevé la aplicación del sistema de tarifas para su contratación, en virtud de la cual, **el pago correspondiente a la ejecución efectiva de dicho servicio debe efectuarse empleando la tarifa contratada** -en función a la ejecución real de las prestaciones de supervisión y a la periodicidad establecida contractualmente-; independientemente de que una eventual extensión del plazo de supervisión derive de la aprobación de una ampliación de plazo o incluso de un retraso imputable al contratista

solicitada, que correspondía al plazo para la ejecución del adicional de obra N° 2, reconociendo además el pago de un adicional de supervisión por el monto de S/. 93,889.20.

- 6.18. Al no hacerlo, se habría incumplido una obligación esencial, las cuales se caracterizan por ser esenciales para alcanzar la finalidad del contrato. En palabras del Demandado, “era esencial continuar con la supervisión de la obra, pero al haberse culminado el plazo de ejecución contractual, se debió aprobar ampliaciones de plazo, y con el pago respectivo esos mayores trabajos que representen (adicionales), pero al no reconocer y pagar las valorizaciones, no era posible alcanzar con la finalidad del contrato; por lo que esta válido el apercibimiento remitido y la resolución de contrato, más aún si toda contratación pública esta revestida del PRINCIPIO DE EQUIDAD [...] En ese sentido, no era injusto que mi representada, luego de culminado el plazo contractual, siga continuando supervisando la obra, sin recibir contraprestación respectiva, lo cual produjo una desproporcionalidad en el contrato, por lo que luego de hacer el apercibimiento, resolvimos el contrato”.
- 6.19. En la contestación de la demanda, el Consorcio sostiene que otorgó a la Entidad un plazo de cinco días para ejecutar las obligaciones que habrían sido incumplidas, pese a que en realidad otorgó un plazo de dos días, vencido el cual procedió a resolver el Contrato. Al respecto, sostiene que cualquier controversia sobre la resolución contractual, “-incluso respecto a la naturaleza esencial o no esencial de una obligación-, podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje, de conformidad con el último párrafo del artículo 170” del RLCE.
- 6.20. Además, respecto a la afirmación del PSI sobre la falta de sustento de los adicionales, en el escrito de contestación de demanda se afirma lo siguiente: “debemos precisar que en realidad son mayores trabajos que realizó mi representada, pues conforme hemos manifestado anteriormente, nuestro contrato culminó; sin embargo, después de ello la Entidad tuvo la obligación de reconocer y seguir pagando las valorizaciones que realizó mi representada; lo cual no cumplió incluso hasta después de nuestro apercibimiento”.
- 6.21. Por último, con relación a la segunda pretensión principal, sostiene el Consorcio que, una vez desestimada la primera pretensión principal, le debe corresponder a la

ejecutor de la obra” (el énfasis en el original). Por tanto, en la actualidad cabría entender que la extensión de plazo del contrato de supervisión es automática cuando se amplie el plazo del contrato de obra, y en ese caso (sin necesidad de una resolución expresa), debe efectuarse el pago utilizando la tarifa contratada. Ya no sería necesaria, por tanto, una resolución expresa por parte de la Entidad, a diferencia de lo que sucedía cuando estaba vigente la norma anterior (aplicable a este Contrato).

Entidad pagar íntegramente la totalidad de los costos del arbitraje, en la medida que es la que ha iniciado el proceso arbitral.

7. POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

- 7.1. Antes de seguir adelante, es importante dar cuenta de los posibles supuestos en que puede modificarse un contrato de supervisión de obra, el cual – como se ha indicado más arriba – es accesorio al contrato de obra, según se desprende de lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 10 de la LCE⁸ y del numeral 1 del artículo 159 del RLCE⁹. Así, conforme lo ha indicado en numerosas ocasiones por el OSCE y se desprende de lo dispuesto por el artículo 34 de la LCE, los supuestos en los cuales se pueden aprobar adicionales de supervisión son los siguientes¹⁰:

<i>Tipos de prestaciones adicionales de supervisión de obra</i>	<i>Origen</i>	<i>Límite</i>	<i>Autorización por parte de la Contraloría General de la República</i>	<i>Base legal</i>
<i>Prestaciones adicionales de supervisión derivadas del propio contrato de supervisión</i>	<i>Aspectos derivados del propio contrato de supervisión</i>	<i>Veinticinco (25%) del monto del contrato original</i>	<i>No requieren</i>	<i>Numeral 34.2 del artículo 34 de la Ley y numeral 139.1 del artículo 139 del Reglamento</i>
<i>Prestaciones adicionales de supervisión derivadas de adicionales de obra</i>	<i>Aprobación de prestaciones adicionales de obra</i>	<i>No tienen límite</i>	<i>No requieren</i>	<i>Segundo párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley</i>

⁸ “10.2 Cuando la supervisión sea contratada con terceros, el plazo inicial del contrato debe estar vinculado al del contrato de la prestación a supervisar y comprender hasta la liquidación de la obra o la conclusión del servicio, de acuerdo a lo que establece el reglamento. Asimismo, el reglamento establece los mecanismos a aplicar en los casos en los que surjan discrepancias en el contrato y estas se sometan a arbitraje, por el tiempo que dure este”.

⁹ “159.1. Durante la ejecución de la obra, debe contarse, de modo permanente y directo, con un inspector o con un supervisor, según corresponda. Queda prohibida la existencia de ambos en una misma obra. El inspector es un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por esta, mientras que el supervisor es una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin. En el caso de ser una persona jurídica, esta designa a una persona natural como supervisor permanente en la obra”

¹⁰ Véase, por ejemplo, la Opinión 044-2018-DTN.

<i>Prestaciones adicionales de supervisión derivadas de variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de la obra (distintos a los adicionales de obra)</i>	<i>Variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de la obra (distintos a los adicionales de obra) autorizados por la Entidad, siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión</i>	<i>Quince por ciento (15 %) del monto del contrato original, el cual puede superarse</i>	<i>Requieren autorización, previa al pago, cuando este tipo de adicionales, en conjunto, supere el quince por ciento (15%)</i>	<i>Primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley y numeral 139.4 del artículo 139 del Reglamento</i>
---	---	--	--	--

7.2. Adicionalmente, otras opiniones incluyen un supuesto más, como es la elaboración del expediente técnico del adicional de obra, en el cual también debe aprobarse un adicional de supervisión¹¹. En este caso, el monto a pagar al supervisor no debería establecerse en función de las tarifas del contrato, en tanto “la elaboración del expediente técnico de un adicional de obra era una obligación cuya determinación no resultaba posible sino hasta el momento en que surgía la necesidad de su aprobación durante la ejecución de la obra; en tal sentido, la elaboración del expediente técnico del adicional de obra era una nueva obligación que involucraba un costo que no podía ser determinado al momento de perfeccionar el contrato”¹².

7.3. Por otro lado, se ha diferenciado de estos supuestos de “adicionales de supervisión” de los casos de ampliación de plazo, los cuales no necesariamente se dan al mismo tiempo. Así, por ejemplo, pueden existir casos en los cuales se producen variaciones en el plazo o retraso en el ritmo de trabajo en el contrato de obra, que justifique una ampliación de plazo tanto del contrato de obra como del contrato de supervisión, pero que no impliquen mayores prestaciones a cargo del supervisor y que, por tanto, no justificarían la aprobación de un adicional en este último¹³. Sería el caso, por ejemplo, el caso de una paralización, que no genere la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales de supervisión, “toda vez que las labores de supervisión efectiva pueden

¹¹ Opinión 154-2019-DTN. Véase también la Opinión 155-2018-DTN.

¹² Opinión 032-2020-DTN

¹³ Conforme al Anexo de Definiciones del RLCE, la Prestación Adicional de Supervisión de Obra es “es “Aquella no considerada en el contrato original, pero que, por razones que provienen del contrato de obra, distintas de la ampliación de obra, resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento al contrato de supervisión; y aquellas provenientes de los trabajos que se produzcan por variaciones en el plazo de obra o en el ritmo de trabajo de obra”. Por tanto, “a efectos de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de supervisión como consecuencia de variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra (autorizadas por la Entidad), es menester verificar que estos eventos originen la necesidad de ejecutar prestaciones no contempladas en el contrato original” (Opinión 154-2019-DTN).

ser ejecutadas en la misma proporción que lo inicialmente pactado; debiendo verificarse en todo caso que la variación del plazo implique la ejecución de prestaciones adicionales en la supervisión”¹⁴.

- 7.4. Así, en el supuesto descrito, no habría un “adicional de supervisión”, sino únicamente una ampliación de plazo, por lo que no resulta de aplicación el límite del 15% del monto contratado de la supervisión establecido por el primer párrafo del numeral 4 artículo 34 de la LCE. Agrega el OSCE que en este caso sería de aplicación lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 34 de la LCE y el artículo 140 del Reglamento, en lo que corresponda. Nótese que la primera de las normas citadas permite que, en caso se reconozca la ampliación de plazo, deben reconocerse los costos y los gastos incurridos por el contratista, siempre que se encuentren debidamente acreditados. Al respecto, tenía interés también lo dispuesto por el artículo 171-A del RLCE, *“en el caso de obras adicionales y **prestaciones adicionales de servicios de supervisión de obras**, los gastos generales se determinan considerando lo necesario para su ejecución”* (el énfasis es agregado)¹⁵.

¹⁴ Opinión 044-2018-DTN. Según se indica, esta opinión “precisa” otras anteriores, como la Opinión 221-2017-DTN o la Opinión 180-2016-DTN. Sin embargo, sería más correcto decir que enmienda el criterio de estas últimas respecto del Decreto legislativo 1017 y su Reglamento, en las cuales se había indicado que **“la anterior normativa de contrataciones del Estado le asignaba también la calidad de “prestación adicional” a la extensión del plazo del contrato de supervisión que se producía como consecuencia de las variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de la obra que no se derivaban de la ejecución de adicionales de obra, aun cuando la aprobación de esta figura no implicara la supervisión de actividades o trabajos distintos a los previstos originalmente”** (Opinión 221-2017-DTN, en negrita y subrayado en el original). Por su parte, la Opinión 180-2016-DTN daba a entender que siempre en los supuestos de variación en el plazo o en el ritmo de trabajo de la obra, estas generarían la necesidad de supervisar la obra por más tiempo, debiendo incrementarse el costo del contrato de supervisión (lo que implicaría la aprobación de un adicional).

¹⁵ No obstante, en la opinión 154-2019-DTN, se afirma que “cuando las variaciones en el plazo de la obra o ritmo de trabajo de la obra (distintas a los adicionales de obra), que **no generen prestaciones adicionales de supervisión, no tengan su origen en una paralización total de obra**, la Entidad debe efectuar el pago en función de la tarifa pactada; en este caso, no corresponde la aplicación del penúltimo párrafo del artículo 140 del Reglamento, puesto que los conceptos mencionados en dicho dispositivo se encuentran comprendidos dentro de la tarifa pagada” (el énfasis en el original). En pie de página se indica que “este criterio responde a la misma lógica que aquella que subyace a la regulación contemplada en el tercer párrafo del numeral 171.1 del artículo 171 del RLCE, según el cual: *“Los gastos generales variables se determinan en función al número de días correspondientes a la ampliación multiplicado por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra”*. Así, concluye la citada opinión, “cuando las variaciones en el plazo de la obra o ritmo de trabajo de la obra (distintas a los adicionales de obra), no originen la ejecución de prestaciones adicionales de supervisión, la Entidad debe efectuar el pago empleando, la tarifa pactada o proceder conforme a lo previsto en el penúltimo párrafo del artículo 140 del Reglamento, según corresponda”. Así, se darían dos supuestos distintos: ampliaciones de plazo que no impliquen adicionales de supervisión, fruto de una paralización de la obra (caso en el que se aplicaría el artículo 140 del RLCE), y ampliaciones de plazo que no impliquen

- 7.5. Por otro lado, en el caso de las prestaciones adicionales derivadas de adicionales de obra, estas pueden implicar la aprobación de una ampliación de plazo (si los adicionales de obra la requieren) o no (si no la requieren)¹⁶, sin perjuicio de que habría mayores prestaciones a cargo del supervisor, que justificarían la realización de un pago adicional a favor de éste (incluso si no hay necesidad de una ampliación de plazo, se entiende).
- 7.6. Finalmente, es importante indicar que en caso haya un atraso en la ejecución de la obra por causa imputable al contratista, el carácter accesorio del contrato de supervisión obliga a que éste se mantenga. Conforme al artículo 161 del RLCE, *“En caso de atrasos en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista, con respecto a la fecha consignada en el calendario de avance de obra vigente, y considerando que dicho atraso puede producir una extensión de los servicios de inspección o supervisión, lo que genera un mayor costo, el contratista ejecutor de la obra asume el pago del monto correspondiente por los servicios indicados, el que se hace efectivo deduciendo dicho monto de la liquidación del contrato de ejecución de obra. Durante la ejecución de la obra dicho costo es asumido por la Entidad”*. Se trataba de una extensión de los servicios de supervisión, que implicaba un mayor costo en el contrato de supervisión, pero que no conllevaba la aprobación de un adicional ni tampoco estaba sometido a los límites porcentuales aplicables a estos últimos¹⁷.
- 7.7. La distinción entre los distintos tipos de adicionales de supervisión recogida en nuestra legislación tiene relevancia respecto del caso que nos ocupa. Así, como lo afirma el Demandado, existen una serie de opiniones del OSCE – que, si bien no son vinculantes para los árbitros, pueden ser usadas por estos al momento de resolver – en las cuales se establece que el cálculo del monto a pagar se determinará conforme al sistema de tarifas, que es el utilizado en los contratos de supervisión, dada la indefinición del plazo de ejecución contractual¹⁸. Así, es el caso de las opiniones 154-

adicionales de supervisión, fruto variaciones en el plazo o ritmo de trabajo que no tengan su origen en una paralización, debiéndose efectuar el pago en función de la tarifa pactada. Véase también la Opinión 155-2018-DTN.

¹⁶ Véase Opinión 232-2019-DTN.

¹⁷ Véase la Opinión 008-2020-DTN.

¹⁸ Así se establece en el apartado d) del artículo 35 del RLCE, según el cual el sistema de tarifas es “aplicable para las contrataciones de consultoría en general y consultoría de obra, cuando no puede conocerse con precisión el tiempo de prestación de servicio. En este caso, el postor formula su oferta proponiendo tarifas en base al tiempo estimado o referencial para la ejecución de la prestación contenido en los documentos del procedimiento y que se valoriza en relación a su ejecución real.

2016-DTN y 188-2018-DTN, citadas por el Consorcio. En el mismo sentido, la Opinión 154-2019-DTN, indica que “De esta manera, el pago de las prestaciones adicionales de supervisión derivadas de variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra (autorizadas por la Entidad) **debe calcularse en función a la tarifa pactada, de forma proporcional a la ejecución real**” (el énfasis en el original).

- 7.8. Sin embargo, es importante mencionar que esas opiniones se refieren al caso de prestaciones adicionales de supervisión derivadas de variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de la obra, distintos a los adicionales de obra. Además, la misma Opinión 154-2019-DTN sigue, e indica que “Sin perjuicio de lo anterior, cabe agregar que mediante Opinión N° 017-2017/DTN, se indicó lo siguiente: «en aquellos casos en los que debían realizarse prestaciones distintas a las inicialmente contratadas o que no era posible recurrir a las condiciones originales de contratación para definir el valor de las prestaciones adicionales, era necesario que las partes lleguen a un acuerdo fijando el costo de dichas prestaciones a efectos de que la Entidad pudiera proceder con su aprobación». Por tanto, no siempre se utilizarán las tarifas pactadas, a efectos de determinar el monto a pagar por el adicional de supervisión¹⁹, como no se usan tampoco cuando se trata de prestaciones adicionales de supervisión derivadas de la elaboración del expediente técnico de un adicional de obra.
- 7.9. En consecuencia, podríamos concluir que la regla aplicable cuando existe un adicional de supervisión derivado de variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de la obra era la aplicación de la tarifa establecida en el mismo contrato, sin que se requiriera una justificación adicional. Esta misma regla se aplicaría cuando estemos ante ampliaciones de plazo derivadas de atrasos que no impliquen un adicional de supervisión, en las cuales “las labores de supervisión efectiva pueden ser ejecutadas en la misma proporción que lo inicialmente pactado” (Opinión 154-2019-DTN).

Los pagos se basan en tarifas. Las tarifas incluyen costos directos, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidades”

¹⁹ Véase también la Opinión 232-2019-DTN, según la cual “el monto de aquellas prestaciones adicionales de supervisión derivadas de prestaciones adicionales de obra deberá determinarse atendiendo -en principio- a las condiciones del contrato original o, de ser el caso, podrán pactarse nuevos precios cuando se presenten conceptos no contemplados dentro del contrato original”. La base normativa de estas interpretaciones estaría en el artículo 139 del RLCE, según el cual “*mediante Resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual debe contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general o de consultoría y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determina por acuerdo entre las partes*” (el subrayado es agregado).

- 7.10. Sin embargo, esta regla podría admitir algunas excepciones, cuando se trate de adicionales de supervisión derivados del mismo contrato de supervisión, o incluso cuando se trate de adicionales de supervisión derivados de adicionales de obra (más aún si estos no necesariamente conllevarán una ampliación de plazo), en la medida que la prestación a cargo del supervisor podría verse modificada de una forma no prevista en el contrato original (Opinión 154-2019-DTN, citando a la Opinión 017-2017-DTN)²⁰.
- 7.11. Finalmente, es importante resaltar que, como se ha repetido en más de una ocasión²¹, los adicionales de supervisión deben ser aprobados antes de su ejecución y pago, en tanto implican la ejecución de presupuestos adicionales que se encuentran fuera del alcance del contrato original e involucran pago con fondos públicos. Excepcionalmente, las entidades pueden permitir su ejecución antes de la autorización, pero ésta en todo caso debe realizarse antes del pago. En consecuencia, el supervisor no está obligado a ejecutarlos mientras no se produzca dicha aprobación: es más, en ese caso podría entenderse que su negativa no es injustificada²².
- 7.12. En relación al caso que nos ocupa, han existido una serie de solicitudes de ampliación de plazo del contrato de supervisión, como las requeridas por la Carta 045-2019/CONS/STA ROSA-TLVP (la cual menciona el artículo 140 del RLCE como fundamento) y la Carta 105-2019/CONS/STA ROSA-TLVP, las cuales se justificaban en las sucesivas ampliaciones de plazo del contrato de ejecución de obra aprobadas (esta última carta requería una ampliación de 288 días calendario, en la cual se incluía ya la ampliación de plazo n° 10). Estas solicitudes no habrían sido respondidas ni se habría realizado pago alguno, pero es importante indicar que esto no es materia del presente arbitraje, en tanto la resolución cuestionada se produce por una razón distinta: la denegación del adicional de supervisión vinculado al adicional y deductivo vinculante n° 2.

²⁰ A modo de ejemplo, puede mencionarse la Opinión 232-2019-DTN, en la cual se responde a la pregunta sobre cómo calcular el monto de una prestación adicional de supervisión derivada de un adicional de obra que únicamente contempla un incremento de monto contractual (es decir, que no implique al mismo tiempo una ampliación de plazo). En respuesta, se cita lo dispuesto por el artículo 34.4 de la LCE, y se concluye que, de acuerdo a lo señalado por esta norma, “el monto de aquellas prestaciones adicionales de supervisión derivadas de prestaciones adicionales de obra, deberá determinarse atendiendo a las condiciones del contrato original o, de ser el caso, podrán pactarse nuevos precios cuando se presenten conceptos no contemplados dentro del contrato original”.

²¹ Véase, por ejemplo, Opinión 188-2018-DTN y la Opinión 154-2019-DTN.

²² Esta conclusión se desprendería de la Opinión 154-2019-DTN, apartado 2.7.2, que además alude al principio de equidad como sustento.

- 7.13. El adicional de supervisión vinculado al origen de la presente controversia fue solicitado por el Contratista mediante la Carta 106, y se sustentaba en la aprobación del adicional de obra N° 2 con deductivo vinculante N° 2, reconocido por el PSI mediante Resolución Directoral N° 043-2019-MINAGRI-PSI. Esta es la razón, por ejemplo, por la cual se calcula utilizando como referencia 75 días calendario, pues este es el plazo de la ampliación de plazo n° 10, vinculada a dicho adicional de obra.
- 7.14. En este sentido, el supuesto de adicional de supervisión empleado en esta ocasión por el Consorcio sería el previsto en el segundo párrafo del numeral 4 del artículo 34 de la LCE (razón por la cual no le es aplicable el límite del 15% previsto en el párrafo primero, pues el adicional solicitado equivale al 39.46% del monto del Contrato). Esto resulta de importancia, porque las opiniones citadas por el Demandado para justificar el adicional, calculándolo en función de la tarifa del Contrato, se refieren al caso previsto en el primero párrafo del numeral 4 del artículo 34 de la LCE; es decir, a las variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de la obra, que no deriven de la aprobación de un adicional de obra.
- 7.15. Al respecto, mediante la Carta 1924 (del 26 de junio, notificada al Contratista el día 27 de junio), la Entidad le comunica al Consorcio que, para poder evaluar su solicitud, debe realizar un desagregado de gastos para el cálculo de la tarifa, tanto mensual como diaria. Así, “por tratarse de prestaciones adicionales de supervisión que provienen de prestaciones de obra, es necesario que el Consorcio Santa Rosa, justifique el porqué de la utilización de cada uno de los recursos que plasma en su desagregado de gastos, teniendo en consideración que no necesariamente todos los recursos utilizados en el contrato principal, pueden ser utilizados en la supervisión de las prestaciones adicionales de obra” (conforme a Informe Técnico 0044-2019-SA/GBHL, del 25 de junio de 2019).
- 7.16. Es importante tomar en cuenta las fechas en que se elaboraron y notificaron las cartas en cuestión, la Carta 106 está fechada el miércoles 19 de junio de 2019, día en que habría sido presentada (no consta el cargo de admisión, pero se acepta en el escrito de demanda). Por su parte, la Carta 108 fue elaborada el lunes 24 de junio y presentada el martes 25 de junio a las 3.46 pm. La Carta 1924 habría sido preparada el 26 de junio (en base a informes fechados el día anterior) y notificada el día siguiente, jueves 27 de junio a las 11.52 am. Finalmente, la Carta 11 está fechada el viernes 28 de junio, día en que habría sido entregada, en horas de la tarde.
- 7.17. Esta línea de tiempo resulta de interés, porque pone de manifiesto que la Carta 108, mediante la cual se intimaba a la resolución si no se emitía un acto administrativo de aprobación del adicional de supervisión, fue notificada antes de la respuesta de la Entidad a la Carta 106, al sexto día calendario de presentada ésta. Por tanto, dicha

respuesta no fue tomada en cuenta para su elaboración. Por otro lado, la Carta 1924 no pretende dar respuesta a la Carta 108, sino a la Carta 106, a pesar de que fue elaborada luego de su presentación. Finalmente, en la Carta 111, el Consorcio no solo resuelve el Contrato, sino que da respuesta a la Carta 1924, negando que sea correcto requerirle la presentación del desagregado de gastos, citando las mencionadas opiniones 154-2016-DTN y 188-2018-DTN. En consecuencia, sostiene el Demandado, al no haber aprobado el adicional solicitado (lo que impide que se realice el pago), la Entidad habría incumplido una obligación esencial del Contrato, al violar el principio de equidad.

- 7.18. En consecuencia, a efectos de establecer si la resolución fue correctamente realizada, es necesario determinar si la Entidad incumplió una obligación esencial al no aprobar el adicional de supervisión derivado del adicional de obra y deductivo vinculante n° 2, en los términos que le fueron requeridos por el Consorcio y dentro del plazo de dos días que le fue otorgado en la Carta 108. Al respecto, es importante indicar que la LCE y el RLCE no regulan un procedimiento para la aprobación de los adicionales de supervisión ni tampoco recogen un plazo máximo para que la Entidad dé una respuesta a la solicitud del contratista²³.
- 7.19. Resulta necesario, por tanto, definir en qué consiste una “obligación esencial”, que pueda justificar la resolución de un contrato por causa imputable a la Administración. Al respecto, existen numerosas opiniones que las han definido, como “aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte”; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato”²⁴.
- 7.20. En primer lugar, de cara a la cuestión planteada, cabe indicar que el numeral 3 del artículo 171 de la LCE establece que la Entidad debe reconocer la ampliación de plazo del Contrato (incluso si no hay prestaciones adicionales de supervisión), cuando se produzca una ampliación del plazo de ejecución de la obra. En consecuencia, si bien esta ampliación podía requerir de un pronunciamiento de la Entidad (a diferencia de lo que sucede en la actualidad), este debía producirse, en cumplimiento de la norma. Lógicamente, esta ampliación de plazo puede conllevar la necesidad de realizar los pagos correspondientes, lo que podría variar si se trata de un atraso o de una

²³ Es interesante mencionar que en la Opinión 188-2018-DTN se preguntó expresamente por el plazo que tendría una entidad para autorizar los adicionales de supervisión, pero esta cuestión no fue respondida.

²⁴ Por todas, véase la Opinión 027-2014-DTN.

paralización. ¿Qué sucede si la Entidad no aprobaba dicha ampliación o no realizaba el pago, al que estaría obligada? Conforme a la tantas veces citada Opinión 154-2019-DTN, podría entenderse que habría un incumplimiento de una obligación esencial, que habilitaría para la resolución contractual.

- 7.21. Por otro lado, si las variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, implican la ejecución de adicionales de supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el numeral 4 del artículo 34 de la LCE establece que la entidad contratante puede reconocerlos, bajo las mismas condiciones del contrato original y/o precios pactados, según corresponda. Por tanto, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto precedente, no existe un deber en sentido estricto, sino que se otorga una potestad, para cuyo ejercicio será necesario que se determine que la ejecución de las prestaciones adicionales resulta indispensable para el control de la obra. En este caso, conforme hemos sostenido más arriba, el pago al contratista debería realizarse en función de las tarifas fijadas, en la medida que las prestaciones adicionales derivan de las variaciones en el plazo o ritmo de la obra; es decir, están necesariamente vinculadas al plazo del contrato.
- 7.22. Finalmente, en el caso de los adicionales de obra, estos no necesariamente exigen la aprobación de un adicional de supervisión. Al igual que en el caso anterior, la norma establece que el Titular de la Entidad puede autorizar prestaciones adicionales de supervisión derivadas de prestaciones adicionales de obra, siempre que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, bajo las mismas condiciones del contrato original y/o precios pactados, según corresponda. En consecuencia, la Administración deberá valorar cuándo corresponde reconocer el adicional de supervisión. Además, en la medida que, en este segundo caso, la prestación del supervisor puede verse modificada en una forma no prevista en el contrato, el monto a pagar podría ser más complicado de determinar.
- 7.23. ¿Qué significa todo esto, aplicado al caso que nos ocupa? En primer lugar, es innegable que el principio de equidad y la justa equivalencia entre las prestaciones exige que las prestaciones realizadas por el contratista sean pagadas por las entidades públicas. Así, en los supuestos de supervisión de obra, ¿cómo negar que el supervisor tiene derecho a que se le pague por sus servicios, incluyendo aquellos que se hubieran realizado debido a las ampliaciones de plazo del contrato de obra? Es más, en ese caso ni siquiera sería necesario acudir a la figura del adicional de supervisión, sino que el pago debe producirse por el mayor plazo de ejecución del contrato.
- 7.24. Sin embargo, es también importante recordar que en este caso no estamos simplemente ante el reclamo derivado del no pago de la contraprestación por las

ampliaciones de plazo. El Consorcio ha reclamado por un adicional de supervisión derivado de un adicional de obra. Es decir, no se trata simplemente de una ampliación del plazo del contrato de ejecución, sino que se trata de una prestación no inicialmente prevista, que debe ser supervisada. En este caso, por tanto, será necesario que la Entidad evalúe, en primer lugar, si corresponde o no reconocer el adicional. Además, en caso la respuesta sea afirmativa, deberá además determinarse el monto a pagar, el cual no necesariamente deberá establecerse aplicando una regla de tres a partir de la tarifa contractual, sin necesidad de analizar el desagregado de las partidas, en la medida que ésta fue establecida para una prestación diferente. Por tanto, el argumento esgrimido por el PSI en los informes de sustento de la Carta 1924 resulta atendible.

- 7.25. Por otro lado, como se ha indicado más arriba, la normativa no establece un plazo o procedimiento para la aprobación de los adicionales de supervisión. Es evidente que el contratista no puede esperar para siempre, pero el plazo debe ser razonable, tomando en cuenta además que se trata de una decisión en la cual intervienen diferentes órganos al interior de la entidad. Además, ante el vacío normativo, una opción sería que el contratista indique el plazo que otorga a la Entidad para responder, al momento de solicitar la aprobación del adicional, y no únicamente al llevar a cabo la intimación de resolución, porque de otra manera no sabrá cuál es el plazo que tiene, sin arriesgarse a incurrir en un eventual incumplimiento.
- 7.26. Como se desprende de la explicación que antecede a estas líneas, nada de esto ha sucedido: el Consorcio no indicó el plazo que tenía la Entidad para responder y, además, llevó a cabo la intimación sin esperar a la respuesta de la Demandante. Es más, los argumentos para oponerse a esta última fueron planteados en la carta de resolución, sin darle a la Administración la posibilidad de valorarlos, favorable o desfavorablemente, de cara a decidir respecto de la solicitud. Así, en realidad el PSI nunca resolvió denegar el adicional de supervisión solicitado, sino que se limitó a plantear una serie de observaciones al Consorcio, con las cuales éste no estaba de acuerdo.
- 7.27. Finalmente, corresponde volver sobre nuestros pasos, y preguntarnos si realmente la Entidad ha violado una obligación esencial, al no dictar el acto administrativo²⁵ de

²⁵ En este caso, ambas partes están de acuerdo en calificar al acto por el cual se aprueba o no un adicional como un “acto administrativo”, por lo que no corresponde discutir esta cuestión, sobre la cual existen posiciones diversas. En nuestra opinión, es correcto afirmar que estamos ante un acto administrativo, lo que era habitualmente reconocido por las opiniones del OSCE. Sin embargo, en tiempos más recientes se viene negando la calidad de actos administrativos a las actuaciones relacionadas con la gestión contractual (Opinión 130-2018-DTN), entre las cuales estarían las decisiones de las entidades referidas a las ampliaciones de plazo, pero también las que se

aprobación del adicional de supervisión derivado de un adicional de obra reconociendo el monto solicitado por el Contratista, en el plazo establecido por este último en la Carta 108, lo que justificaría una resolución del Contrato. Así, es verdad que es una obligación esencial mantener el equilibrio económico, reconociendo los pagos correspondientes a las mayores prestaciones ejecutadas por los contratistas, ya sea cuando existen ampliaciones de plazo o cuando se aprueben adicionales. Sin embargo, la aprobación de estos adicionales es una competencia de la Entidad, la cual debe ejercer conforme a lo dispuesto por la normativa. Así, en caso el contratista no esté de acuerdo con la decisión tomada, lo que correspondería es que utilice los medios de impugnación previstos en nuestra legislación: los recursos administrativos y la acción contencioso-administrativa²⁶, lo que en este caso no ha ocurrido.

7.28. Por tanto, conforme a los argumentos expuestos, consideramos que la resolución del Contrato realizada por el Consorcio no se justificó ni se adecuó al ordenamiento jurídico, por lo que la primera pretensión principal de la Demandante resulta atendible. No obstante, es importante señalar que esta conclusión no implica un pronunciamiento respecto del derecho de cobro que podría tener el contratista por su permanencia en la obra por un plazo mayor al establecido, vinculado a las ampliaciones de plazo otorgadas en el contrato de ejecución de obra, lo cual no es materia del presente arbitraje.

7.29. Finalmente, como ha quedado de manifiesto en el presente análisis, se trata de una cuestión compleja, para cuya resolución es necesario interpretar el ordenamiento jurídico, en la medida que éste no proporciona una respuesta expresa al respecto. En consecuencia, más allá de que la Entidad haya tenido razón en dicha pretensión, es

pronuncian sobre las prestaciones adicionales. Al respecto, puede verse a modo de resumen reciente sobre esta cuestión: LINARES JARA, Mario (2019), "El acto administrativo contractual", en AA.VV., *Reflexiones Jurídicas*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, pp. 187 y ss. (disponible en <https://www.mariolinaresabogados.com/wp-content/uploads/2021/03/2-acto-juridico-reflexiones-juridicas.pdf>); y LINARES JARA, Mario (2021), "Aplicación del régimen sustantivo de la ley del procedimiento administrativo general en la ejecución de los contratos del Estado y en sede arbitral", en AA.VV., *Estudios sobre derecho administrativo. A 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo*, Vol. I, Derecho y Sociedad, Lima, pp. 403 y ss. (disponible en <https://www.linaresconsultores.com/wp-content/uploads/2021/10/PDF-articulo-mario-linares-vf-20-anos-lpag.pdf>).

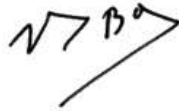
²⁶ Así, conforme al numeral 5 del artículo 4 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado mediante Decreto Supremo 011-2019-JUS: "Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia". En el caso específico de los adicionales, en tanto la decisión de la entidad de aprobar o no su ejecución no puede ser sometida a conciliación, arbitraje o a la junta de resolución de disputas (artículo 45 de la LCE), correspondería cuestionar dicha decisión judicialmente.

posición del árbitro único que corresponde que los costos del arbitraje se distribuyen entre ambas partes.

8. LAUDO

PRIMERO: Respecto a la primera cuestión controvertida, que contiene la primera pretensión principal de la Demandante, declarar **FUNDADA** la demanda arbitral, por lo que corresponde declarar la invalidez de la resolución de contrato practicada por el Consorcio Santa Rosa mediante Carta N° 111-2918/CONS/STA ROSA-TLVP, de 28 de junio de 2019.

SEGUNDO: Respecto a la segunda cuestión controvertida, que contiene la segunda pretensión principal de la Demandante, declarar **INFUNDADA** la demanda arbitral, y, en consecuencia, **DISPONER** que ambas partes asuman en proporciones iguales los costos del arbitraje en lo que concierne a los honorarios arbitrajes y gastos administrativos.



Víctor Sebastián Baca Oneto
Árbitro único



Exp. N° 2605-567-19

PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES – CONSORCIO SANTA ROSA

Decisión N°17.

Resolución respecto de la solicitud de interpretación, presentada por el Programa Subsectorial de Irrigaciones

Lima, 16 de agosto de 2012.

A. ANTECEDENTES

1. Mediante Decisión N° 14, emitido el 25 de mayo de 2022 y notificado en la misma fecha, fue emitido el Laudo de Derecho, que resuelve las controversias entre el PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES (en adelante, “el PSI”, el “Demandante” o la “Entidad”) y el CONSORCIO SANTA ROSA (en adelante, el “Consortio”, el “Demandado” o el “Contratista”).
2. Conforme a las Reglas aplicables al proceso arbitral, fijadas en la Decisión 01, de 12 de agosto de 2020, y conforme al artículo 59 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Solución de Controversias de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el “Reglamento”), el plazo para la presentación de los recursos de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo arbitral es de 10 días desde la notificación del Laudo. Una vez trasladados dichos recursos a la otra parte, ésta tiene el mismo plazo para absolverlos.
3. Dentro del plazo establecido, con fecha 30 de mayo de 2022, el PSI presentó un recurso de interpretación del Laudo, el cual fue traslado mediante Decisión N° 15, de 28 de junio de 2022, al Consortio. Este último absolvió el recurso mediante escrito de fecha 29 de junio de 2022. A través de la Decisión N° 16, de 25 de julio de 2022, se tuvo por absuelto el traslado, y se fijó el plazo para resolver en un plazo de 10 días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de notificada dicha Decisión, el cual fue prorrogado automáticamente por cinco días hábiles adicionales, conforme a lo dispuesto por el artículo 59 del Reglamento.
4. En ese sentido, contando con la posición de ambas Partes corresponde resolver las referidas solicitudes al Laudo planteadas por las partes.



B. POSICIÓN DE LAS PARTES

5. Por un lado, el PSI solicita la interpretación del Laudo, alegando que “habiéndose declarado fundada la pretensión de la Entidad, **correspondería que la parte Demanda asuma el total de los gastos que han generado a consecuencia de la tramitación del procedimiento del presente proceso arbitral**” (negrita y subrayado en el original). Además, agrega que esta siempre fue su posición y que en este caso no resultaría aplicable el principio de equidad, **“toda vez que en el presente proceso arbitral claramente existe una parte perdedora, quien debe asumir los gastos arbitrales generados”** (negrita y subrayado en el original).
6. Por otro lado, afirma que el Demandado en este caso actuó de modo renuente, de modo que fue la Entidad la que asumió el pago del total de los gastos y honorarios arbitrales por el presente arbitraje, el cual, según el PSI, “fue a consecuencia del indebido e injustificado actuar del demandado quien resolvió el contrato sin contar con el debido sustento técnico y legal correspondiente”.
7. Finalmente, afirma el PSI que no se ha establecido una cuantificación del total de los gastos y honorarios arbitrales asumidos por la Entidad, por lo que se deja en incertidumbre cuál es la suma exacta que debe ser restituida. En consecuencia, solicita que, interpretando el Laudo, se liquide el monto corresponde, para permitir la ejecución de la Decisión.
8. Por su parte, el Demandado se opone al pedido formulado por el Demandante, alegando que pretende recurrir contra el Laudo y cambiar su sentido. Así, sostiene el Consorcio que el recurso de interpretación no puede usarse para que el Tribunal explique o reformule sus razones, ni tampoco para apelar la Decisión, por lo que solicita que se declare improcedente el recurso presentado por el PSI.

C. POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

9. Antes de iniciar el análisis de las solicitudes de interpretación e integración formuladas por las partes, es pertinente delimitar brevemente el marco conceptual que será aplicable durante el análisis del recurso de interpretación presentado.
10. El artículo 58.1.b. de la Ley de Arbitraje establece la posibilidad de que las partes de un arbitraje, de forma posterior a la notificación de un laudo arbitral, puedan 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.”*. Regla similar la encontramos en el literal b) del artículo 59° del Reglamento.



11. A través de la figura de la Interpretación, se busca que el Tribunal Arbitral aclare aquellos extremos de la parte resolutive de sus decisiones, que resulten oscuros o que aparezcan dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento del Tribunal que también por ser oscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en el entendimiento de aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el arbitraje.
12. En todo caso, es importante notar que únicamente procede aclarar o interpretar la parte resolutive de un fallo (parte decisoria) y, solo como excepción, la parte considerativa en cuanto influya en ella. Así, el pedido de interpretación tiene que ver con precisar qué es lo que se ha ordenado a las partes a fin de permitir la ejecución de lo ordenado y no con revisar el razonamiento ni los fundamentos del Laudo.
13. Así, el recurso de reconsideración no es un mecanismo impugnatorio del Laudo. Es decir, a través de este mecanismo no se puede pretender alterar el contenido o los fundamentos de la decisión del Tribunal Arbitral, pues esto implicaría negar el carácter inapelable del fallo. Además, la interpretación no puede ser tampoco un medio para que la resolución termine diciendo aquello que inicialmente no aparecía en ella.
14. En consecuencia, es necesario analizar si el recurso de interpretación presentado por el PSI pretende una modificación del Laudo o de sus fundamentos. Al respecto, con relación a las alegaciones referidas al obligado a asumir los costos arbitrales, este árbitro es de la opinión que se pretende cuestionar la decisión tomada, pretendiendo que ésta sea modificada o reemplazada por otra distinta. Por tanto, a través de la interpretación se estaría buscando cuestionar el Laudo, lo que no corresponde, no siendo posible cambiar el sentido de la decisión tomada en su momento.
15. Además, dicha postura fue fundamentada en el Laudo, al indicar que la complejidad de la cuestión materia del arbitraje, justificaba que los costos de éste, en lo que concierne a los honorarios arbitrales y los gastos administrativos, sean asumidos en proporciones iguales por las partes del proceso. Quedo clara, por tanto, cuál es la posición del árbitro respecto de la cuestión, por lo que a través de la interpretación no cabe modificarla o cambiarla por otra, como el Demandante solicita.
16. En relación con el pedido de liquidación, mediante correo electrónico de fecha 18 de agosto de 2020, la secretaría arbitral comunicó la liquidación de los gastos arbitrales, realizada por la Institución Arbitral. En este sentido, se procedió a fijar los gastos arbitrales de la siguiente manera:



Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/. 4,958.00 neto para el árbitro único
Gastos Administrativos del Centro	S/. 5,232. 00 más IGV

17. Por tanto, corresponde que cada una de las Partes asuma el pago de la mitad de este monto, debiendo serle restituído el monto correspondiente a la Parte que se hubiera hecho cargo del total. Así, respecto de los Honorarios del Tribunal Arbitral, corresponde que cada parte asuma el pago de S/. 2,479.00 netos; mientras que, respecto de los Gastos Administrativos del Centro, corresponde que cada Parte se haga cargo de S/. 2,616.00 más IGV.

D. DECISIÓN

Conforme a lo indicado en la presente resolución, y guardando estricta concordancia con el Laudo notificado a las partes el 25 de mayo de 2022, **DECIDE** como sigue:

- i. **RECHAZAR** por infundada la solicitud de Interpretación del Laudo planteada por PSI, en el extremo referido a quién debe ser el obligado a pagar los costos arbitrales, en lo que concierne a los honorarios arbitrales y los gastos administrativos.
- ii. **DECLARAR FUNDADA** la segunda solicitud de Interpretación del Laudo planteada por PSI, en lo referido a la realización de la liquidación de los costos arbitrales entre las Partes, en lo que concierne a los honorarios arbitrales y los gastos administrativos. En ese sentido, en interpretación del segundo punto resolutivo del Laudo de fecha 25 de mayo de 2022, se aclara que:

“Corresponde a cada Parte la asunción de la suma de S/. 2,479.00 netos correspondientes a los Honorarios del Tribunal Arbitral; y de S/. 2,616.00 más IGV, correspondientes a los Gastos Administrativos del Centro. En ese sentido, en cumplimiento de lo ordenado en el segundo punto resolutivo del Laudo, el Consorcio deberá reembolsar al PSI los montos que esta Entidad pagó por subrogación.

Víctor Sebastián Baca Oneto
Árbitro único