

Chiclayo, 14 de febrero del 2023

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO, INSTITUCIONAL Y NACIONAL

EXPEDIENTE Nº 29-2019-CA/CCPL

Contrato de Servicio de Consultoría de Obra N° 21 – 2016 – GR – LAMB/ORAD para la Supervisión de la Obra: “MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA DEPARTAMENTAL LA – 105, TRAMO POSITOS (KM 9+212), DISTRITO DE TUCUME HASTA LA CIUDAD DE MORROPE, INTERSECCIÓN CON LA CARRETERA PANAMERICANA NORTE (KM 1,008) PROVINCIA DE LAMBAYEQUE, DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE”, en adelante el CONTRATO.

DEMANDANTE:

CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE, en adelante, el CONTRATISTA o el DEMANDANTE o el CONSORCIO (indistintamente).

DEMANDADO:

GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE

En adelante, la ENTIDAD o el DEMANDADO o GORE (indistintamente).

TRIBUNAL ARBITRAL UNIPERSONAL:

Pepe Purisaca Vigil (Árbitro Único)

SECRETARÍA ARBITRAL:

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIAS DE LAMBAYEQUE, Secretaria Arbitral asignada al proceso, la Abogada CYNTHIA CHAVESTA.

SEDE DEL ARBITRAJE:

CENTRO DE SOLUCIÓN DE DISPUTAS DE LA CÁMARA DE COMERCIO Y PRODUCCIÓN DE LAMBAYEQUE, ubicado en la calle Manuel María Ízaga nº 035, distrito y provincia de Chiclayo, departamento de Lambayeque.

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 06 de julio de 2016, el CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE y el GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE, suscribieron el Contrato de Servicio de Consultoría de Obra N° 21 – 2016 – GR – LAMB/ORAD para la Supervisión de la Obra: “MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA DEPARTAMENTAL LA – 105, TRAMO POSITOS (KM 9+212), DISTRITO DE TUCUME HASTA LA CIUDAD DE MORROPE, INTERSECCIÓN CON LA CARRETERA PANAMERICANA NORTE (KM 1,008) PROVINCIA DE LAMBAYEQUE, DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE”, en adelante el CONTRATO.

De acuerdo con la Cláusula Décimo Quinta del CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

“CLÁUSULA DECIMO QUINTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje en la Cámara de Comercio de Chiclayo, a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122°, 137°, 140°, 143°, 146°, 147 y 149° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado. El arbitraje será de tipo institucional.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje (en la ciudad de Chiclayo), en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia, según lo previsto en el artículo 45.9 de la Ley de Contrataciones del Estado.

De acuerdo con lo anterior, queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre el CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE y el GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE.

II. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Ambas partes, mediante la Audiencia Preliminar de fecha 12 de diciembre de 2019, acordaron la designación del Árbitro Único: abogado Pepe Purisaca Vigil, quien aceptó la designación y manifestó no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con los mismos. Asimismo, se obliga a desempeñar con justicia, imparcialidad y probidad la labor encomendada.

III. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Con fecha 24 de enero de 2020 se realizó la Audiencia de Instalación de Árbitro Único. En esta Audiencia, el Árbitro Único ratificó su aceptación y reiteró no tener incompatibilidad ni impedimento para el ejercicio del cargo, ni vínculo alguno con las partes.

En el mismo acto se establecieron las reglas aplicables al presente arbitraje, el monto de los honorarios del Árbitro Único y los gastos administrativos del Centro, entre otros aspectos. Ninguna de las partes formuló oposición alguna al acta.

IV. ACTUACIONES ARBITRALES

4.1. DEMANDA ARBITRAL

Mediante escrito presentado el 14 de abril de 2021, el CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE presentó demanda arbitral, con las siguientes pretensiones:

- **PRIMERA PRETENSIÓN.** – Se deje sin efecto la Resolución Directoral N° 000040 – 2019 – GR.LAMB/GRIN – DSL, de fecha 28 de junio de 2019, que aprueba la liquidación final del CONTRATO DE SERVICIO DE CONSULTORÍA N° 21 – 2016 – GR.LAMB/ORAD, de fecha 06 de junio de 2016, celebrado entre el GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE y el CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE, para la Supervisión de la Obra: “MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA DEPARTAMENTAL LA – 105, TRAMO POSITOS (KM 9+212), DISTRITO DE TUCUME HASTA LA CIUDAD DE MORROPE, INTERSECCIÓN CON LA CARRETERA PANAMERICANA NORTE (KM 1008) PROVINCIA DE LAMBAYEQUE, DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE” en el extremo de la aplicación de penalidades por la parte de Entidad que asciende a la suma de S/ 84,000.00 (OCHENTA Y CUATRO MIL Y 00/100 SOLES).
- **SEGUNDA PRETENSIÓN.** – Se deje sin efecto las penalidades aplicadas por la Entidad por que no se justifican técnicamente conforme, se indico en el descargo que se hizo a la Entidad mediante Carta N° 023 – 2019 – CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE/RL, de fecha 17 de junio de 2019.
- **TERCERA PRETENSIÓN.**– Se aprueba la liquidación final de supervisión de obra, “MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA DEPARTAMENTAL LA – 105, TRAMO POSITOS (KM 9-212), DISTRITO DE TUCUME HASTA LA CIUDAD DE MORROPE, INTERSECCIÓN CON LA CARRETERA PANAMERICANA NORTE (KM 1008) PROVINCIA DE LAMBAYEQUE, DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE” presentada por el CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE, mediante Carta N° 020 – 2019 CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE/RL, de fecha 28 de mayo del 2019, con un saldo a favor del consorcio antes mencionado por S/ 118,072.35 (CIENTP DIECIOCHO MIL SERENTA Y DOS CON 35/100).
- **CUARTA PRETENSIÓN.**– Se cancele el saldo a favor del Consorcio Supervisor Lambayeque que asciende a la suma de S/ 34,072.35 (TREINTA Y CUATRO MIL SETENTA Y DOS CON 35/100 SOLES), según la RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 000040 – 2019 GR.LAMB/GRIN – DSL, que aprueba liquidación final de supervisión de obra, porque no será materia de controversia.

Por Resolución Arbitral N° 08 de fecha 22 de abril de 2021, se admitió a trámite la demanda arbitral y se dio traslado al GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE para que la conteste en el plazo de veinte [20] días hábiles, cumpliendo los requisitos correspondientes, pudiendo formular reconvencción.

4.2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Mediante escrito de fecha 20 de mayo de 2021, la Procuraduría Pública Regional del GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE contestó la demanda arbitral, ofreció medios probatorios, se reservó el derecho de ampliar sus fundamentos y pretensiones, así como de presentar medios probatorios.

4.3. VARIACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL

El día 26 de agosto de 2021, se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos, Admisión de Medios Probatorios y de Ilustración de Hechos; sin embargo, se suspendió, debido a que el CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE manifestó que

existía una variación en la situación jurídica demandada inicialmente, otorgando un plazo de diez [10] días hábiles para que el CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE presente la variación de su demanda arbitral.

Con fecha 10 de septiembre de 2021, el CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE presentó la variación de su demanda arbitral, con las siguientes pretensiones:

- **PRIMERA PRETENSIÓN.** – Se deje sin efecto de manera parcial la Resolución Directoral N° 000040 – 2019 – GR.LAMB/GRIN – DSL, de fecha 28 de junio de 2019, que aprueba la liquidación final del CONTRATO DE SERVICIO DE CONSULTORÍA N° 21 – 2016 – GR.LAMB/ORAD, de fecha 06 de junio de 2016, celebrado entre el GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE y CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE, para la Supervisión de la Obra: “MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA DEPARTAMENTAL LA – 105, TRAMO POSITOS (KM 9+212), DISTRITO DE TUCUME HASTA LA CIUDAD DE MORROPE, INTERSECCIÓN CON LA CARRETERA PANAMERICANA NORTE (KM 1008) PROVINCIA DE LAMBAYEQUE, DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE” en el extremo de la aplicación de penalidades por la parte de Entidad que asciende a la suma de S/ 84,000.00 (OCHENTA Y CUATRO MIL Y 00/100 SOLES).
- **SEGUNDA PRETENSIÓN.** – Se deje sin efecto las penalidades aplicadas por la Entidad por que no se justifican técnicamente conforme, se indicó en el descargo que se hizo a la Entidad mediante Carta N° 023 – 2019 CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE/RL, de fecha 17 de junio del 2019.

Por Resolución Arbitral N° 12 de fecha 28 de octubre de 2021, se tuvo por presentada la variación de la demanda arbitral y se dio traslado al GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE para que la conteste en el plazo de veinte [20] días hábiles.

4.4. CONTESTACIÓN DE LA VARIACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante escrito de fecha 26 de noviembre de 2021, la Procuraduría Pública Regional del GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE contestó la variación de demanda arbitral.

V. CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Con fecha 04 de marzo de 2022, se llevó a cabo la Audiencia Virtual de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos, Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos.

Las partes no llegaron a un acuerdo conciliatorio; por lo que, se procedió con la fijación de puntos controvertidos y la admisión de medios probatorios, en la forma siguiente:

A. Materia controvertida derivada de la primera pretensión principal

Determinar si corresponde o no disponer que se deje sin efecto de manera parcial la Resolución Directoral N° 000040 – 2019 – GR.LAMB/GRIN – DSL de fecha 28 de junio de 2019, que aprueba la liquidación final del Contrato de Servicio de Consultoría N° 21–2016–GR.LAMB/ORAD de

fecha 06 de junio de 2016, en el extremo de la aplicación de penalidades por parte de la Entidad que asciende a la suma de S/ 84,000.00 [ochenta y cuatro mil y 00/100 soles].

B. Materia controvertida derivada de la segunda pretensión principal

Determinar si corresponde o no disponer que se deje sin efecto las penalidades aplicadas por el Gobierno Regional de Lambayeque al Consorcio Supervisor Lambayeque, porque no se justifican técnicamente conforme al descargo que el Consorcio hizo a la Entidad mediante Carta N° 023 – 2019 CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE/RL de fecha 17 de junio de 2019.

C. Materia controvertida derivada de la segunda pretensión principal

Determinar si los costos del proceso serán asumidos por el Consorcio Supervisor Lambayeque o el Gobierno Regional de Lambayeque.

El Árbitro Único admitió los medios probatorios ofrecidos en los escritos postulatorios, los cuales siendo documentales serán actuados al momento de laudar que son los siguientes:

DEL DEMANDANTE:

1. Contrato del Consorcio y su correspondiente adenda.
2. Contrato de servicio de consultoría N° 21-2016-GR.LAMB/ORD, para el Servicio de consultoría para la supervisión de la ejecución de la obra “MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA DEPARTAMENTAL LA-105 TRAMO POSITOS (KM 9+212), DISTRITO DE TUCUME HASTA LA CIUDAD DE MORROPE, INTERSECCIÓN CON LA CARRETERA PANAMERICANA NORTE (KM 1,008) PROVINCIA DE LAMBAYEQUE, DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE”.
3. Carta N° 020-2019 CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE/RL DEL 28 de mayo del 2019.
4. Oficio N° 000807-2019-GR.LAMB/GRIN-DSL [3200924-29] de fecha 31 de mayo del 2019.
5. Oficio N° 000935-2019-GR.LAMB/GRIN-DSL [2834512-695] de fecha 17 de junio del 2019.
6. Carta N° 023-2019 CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE/RL del 17 de junio del 2019.
7. Carta N° 024-2019 CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE/RL del 18 de junio del 2019.
8. Oficio N° 001037-2019-GR.LAMB/GRIN-DSL [2834512-712] de fecha 28 de junio del 2019.
9. Carta N° 025-2019 CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE/RL del 12 de julio del 2019.

10. Acta de conciliación N° 15-2019-CC/CCPL del 20 de setiembre del 2019.

DE LA ENTIDAD DEMANDADA:

1. Por el principio de adquisición de ella prueba, los medios probatorios presentado por la parte demandante.
2. Informe N.º 067-2021-FRMM del 7 de mayo de 2021, el mismo que contiene once (11) folios y recoge los informes del ingeniero Edilberto Montenegro Chimpén.
3. Informe de Visita de Control N.º 007-2019-OCI/5343-VC en cuarenta y cuatro (44) folios.

Asimismo, en dicha Audiencia, se otorgó al CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE el plazo de sesenta [60] días calendario para que presente una pericia técnica; en consecuencia, con fecha 06 de junio de 2022, el CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE presentó su pericia técnica, la cual fue absuelta por el GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE mediante escritos de fecha 22 y 26 de agosto de 2022.

En ese sentido, mediante Resolución Arbitral N° 20 de fecha 07 de septiembre de 2022, se admitió como medios probatorios: Pericia Técnica de parte y el Recibo por Honorarios Profesionales por concepto de la pericia y Certificado de Habilidad del Ingeniero Cesar Homero Alvarado Torres presentados por el CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE; así como, el Informe N° 067 – 2022 – GR.LAMB/GRIN – DSL – OAAM y Documentos sustentatorios del Informe N° 067 – 2022 – GR.LAMB/GRIN – DSL – OAAM presentados por el Gobierno Regional de Lambayeque.

VI. AUDIENCIA VIRTUAL DE EXPLICACIÓN DE DICTAMEN PERICIAL

Con fecha 16 de septiembre de 2022, se llevó a cabo la Audiencia Virtual de Explicación de Dictamen Pericial, en la cual se dispuso cerrar la etapa probatoria y conceder a las partes el plazo de cinco [5] días hábiles para que presenten alegatos escritos.

VII. ALEGATOS E INFORME ORAL

Mediante escrito de fecha 23 de septiembre de 2022, el CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE presentó sus alegatos; el cual se tuvo presente mediante la Resolución Arbitral N° 21 de fecha 04 de octubre de 2022 y se dejó constancia que el GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE no presentó sus alegatos escritos. Asimismo, se citó a las partes a una Audiencia Virtual de Informes Orales para el día 14 de octubre de 2022 a las 10:00 a.m., en la cual se otorgó el plazo de cinco [5] días hábiles a ambas partes para que presenten sus conclusiones finales.

VIII. PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución Arbitral N° 22 de fecha 15 de noviembre de 2022, se tuvo presente el escrito de conclusiones finales del CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE, se dejó constancia que el GOBIERNO REGIONAL no presentó escrito alguno, se declaró el cierre de la instrucción, fijándose el plazo para laudar de treinta [30] días hábiles, prorrogables, para emitir el Laudo Arbitral.

Posteriormente, mediante Resolución Arbitral N° 23 de fecha 03 de enero de 2023, se dispuso extender el plazo para laudar por treinta [30] días hábiles adicionales.

IX. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO:

CUESTIONES PRELIMINARES

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

- i. Que, el Árbitro Único Unipersonal fue debidamente instalado, obligándose a desempeñar con imparcialidad, probidad e independencia la labor encomendada.
- ii. Que, el Consorcio presentó su demanda dentro del plazo dispuesto en el Acta de Instalación, la cual fue modificada posteriormente
- iii. Que, la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda y la modificación de la demanda dentro de los plazos establecidos; quien en su oportunidad presentó su contestación a la demanda y a su modificación.
- iv. Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como la mayor facilidad para presentar sus alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Árbitro Único.
- v. Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución, distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral que se hubiere sido dictada con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071.
- vi. Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos.

X. MARCO LEGAL APLICABLE

Desde el punto de vista sustantivo, teniendo en consideración la fecha de la convocatoria del Concurso Público N° 01-2016 -GR.LAMB-1 para seleccionar al postor que se encargaría de la para la Supervisión de la Obra: “MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA DEPARTAMENTAL LA – 105, TRAMO POSITOS (KM 9+212), DISTRITO DE TUCUME HASTA LA CIUDAD DE MORROPE, INTERSECCIÓN CON LA CARRETERA PANAMERICANA NORTE (KM 1,008) PROVINCIA DE LAMBAYEQUE, DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE fue el 09 de marzo del 2016¹ la normativa aplicable al presente arbitraje es la siguiente: (i) la Constitución Política del Perú (ii), la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la Ley, y (iii) su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, en adelante el Reglamento, y (iv) las normas de derecho público y de derecho privado.

Asimismo, desde el punto de vista procesal, y considerando la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, se aplican al arbitraje las reglas establecidas en el Acta de Instalación, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lambayeque y el Decreto

¹ Fuente: SEACE (<http://procesos.seace.gob.pe/seacebus-uiwd-pub/fichaSeleccion/fichaSeleccion.xhtml?ptoRetorno=LOCAL>)

Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje (en adelante, “Ley de Arbitraje” o “LA”, indistintamente), en ese orden de prelación.

Finalmente, conforme a lo dispuesto en el Acta de Instalación, en caso de discrepancias de interpretación, deficiencia o vacío existente en las reglas que anteceden, el árbitro único queda facultado para suplirlas a su discreción y/o mediante la aplicación de los principios generales del derecho y de las prácticas arbitrales.

XI. MATERIA CONTROVERTIDA

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único, pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, conforme a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso.

Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación con las pruebas aportadas al arbitraje, que en aplicación del Principio de “Comunidad o Adquisición de la Prueba”, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció; tal y como ha sido reconocido por la doctrina:

“(…) la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que la propuso y proporcionó”²

El Árbitro Único deja constancia que al emitir el presente laudo ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral, valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado.

Por lo que el Árbitro Único deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo haga referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que, a su criterio, tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

² TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. “Medios probatorios en el proceso civil”. Ed. Rhodas, 1994, pág. 35.

Que, adicionalmente, debe precisarse que los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Árbitro Único, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en que se encuentren íntimamente ligados o lo hará individualmente.

XII. ANÁLISIS DEL PRIMER Y SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDOS:

El árbitro único considera que tratándose en esencia de la misma petición realizado por el Consorcio en su escrito de modificación de demanda, es necesario analizar conjuntamente el primer y segundo punto controvertido:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no disponer que se deje sin efecto de manera parcial la Resolución Directoral N° 000040 – 2019 – GR.LAMB/GRIN – DSL de fecha 28 de junio de 2019, que aprueba la liquidación final del Contrato de Servicio de Consultoría N° 21 – 2016 – GR.LAMB/ORAD de fecha 06 de junio de 2016, en el extremo de la aplicación de penalidades por parte de la Entidad que asciende a la suma de S/ 84,000.00 [ochenta y cuatro mil y 00/100 soles].

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no disponer que se deje sin efecto las penalidades aplicadas por el Gobierno Regional de Lambayeque al Consorcio Supervisor Lambayeque, porque no se justifican técnicamente conforme al descargo que el Consorcio hizo a la Entidad mediante Carta N° 023 – 2019 CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE/RL de fecha 17 de junio de 2019.

A. POSICIÓN DEL DEMANDANTE

Refiere el demandante que con carta N° 020-2019-CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE/RL del 28 de mayo del 2019 presentó la liquidación final de supervisor de obra con un saldo a favor de S/118,072.35.

Que mediante oficio N° 00087-2019-GR.LAMB/GRIN-DS del 31.05.2019 se le hace de conocimiento el informe N° 12-2019/EMCH/SUP [32003924-25] suscrito por el Ing. Edilberto Montenegro Chimpén, basado en la visita realizada por el OCI en el cual se identifican situaciones adversas, motivo por el cual se devuelve el expediente de liquidación final de supervisión.

Que, con carta N° 021-2019 CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE DEL 07.06.2019 se ratifica liquidación final de supervisión de obra, porque se encontraba en total desacuerdo con las penalidades aplicadas por el supervisor de obra Ing. Edilberto Montenegro Chimpén, así mismo se dejó constancia que se presentará el descargo correspondiente.

Que, mediante oficio N° 935-2019-GR.LAMB/GRIN-DSL del 17.06.2019 se hace llegar el anexo N° 01, el cual precisa la aplicación de 4 penalidades distintas a la mora por el monto de S/84,000.00.

Que, con carta N° 023-2019-CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAEUQUE/RL del 17.06.2019 hace llegar al Gobierno Regional de Lambaeyque, la carta N° 11-ING.CATS-2019 que contiene el informe N° 01-ING-CATAS-2019 elaborado por el Jefe de Supervisión, Ing. César Augusto Tiparra De los Santos, que contiene la explicación y aclaración a cada una de las situaciones adversas de las cuales se basaron para aplicar las cuatro (4) penalidades las cuales son las siguientes:

SITUACIÓN ADVERSA N° 1: *“Supervisión no viene controlando las valorizaciones formuladas por el contratista, toda vez que estas no reflejan los metrados realmente ejecutados, situación que generó que la Entidad cancele por trabajos no ejecutados, inobservando el contrato y normativa de contrataciones”.*

Condición: *Metrados de la partida 01.01.01. “Movilización y Desmovilización” considerada en la valorización N° 7 correspondiente al mes de diciembre se ha sobredimensionado en 0.267 (unidad global) incrementando la valorización en un monto de S/4,091.06.*

SITUACIÓN ADVERSA N° 2: *“Valorización N° 09, correspondiente al mes de febrero la partida 03.05. Concreto Clase D (FC=210 KG/CM2)”, se valorizó con metrado negativo de (-103.66 m3) lo que refleja que el contratista no valorizó lo realmente ejecutado en las valorizaciones anteriores.*

De la revisión a la partida 03.05 Concreto Clase D (FC=210 KG/CM2) considerada en la valorización N° 07, correspondiente al mes de diciembre de 2018, se aprecia que la citada partida fue valorizada al 100%; sin embargo, en la valorización N° 09 correspondiente al mes de febrero de 2019 se ha deducido en 4,4% equivalente a 103.66 m3.

SITUACIÓN ADVERSA N° 3: *“Contratista valorizó la partida 01.05.05 “transporte de material de excedentes y escombros a DME d <= 1 km” pese a que no fue ejecutada, situación que generó que la entidad cancele por trabajos no ejecutados por le monto de S/97,885.46.*

SITUACIÓN ADVERSA N° 4: *“Entidad otorgó ampliación de plazo pese a que no ameritaba su aprobación, ocasionando la modificación del plazo de ejecución contractual”.*

SITUACIÓN ADVERSA N° 5: *“La Entidad canceló por metrados no ejecutados de la partida gaviones el monto de S/90,929.81, inobservando las disposiciones contractuales y normativa del estado.*

El Consorcio contradice cada una de las situaciones adversas que originaron la aplicación de penalidades, realizando las aclaraciones y explicaciones técnicas contenidas en su demanda.

Manifiesta asimismo que con carta N° 024-2019-CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE/RL del 18.06.2019 se ratifica liquidación final de supervisión de obra, porque se encuentran en total desacuerdo con las penalidades aplicadas por la Entidad, así mismo solicitaron evaluar el descargo presentado con carta N° 023-2019 CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE/RL.

Que, mediante oficio N° 001037-2019-GR.LAMB/GRIN-DSL [2834512-712] del 28.06.2019 se notifica la Resolución Directoral N° 000040-2019-GR.LAM/GRIN-DSL [2834512-710] que resuelve aprobar la liquidación del contrato del servicio de consultoría N° 21-2016-GR.LAMB/ORAD, con un saldo a favor del supervisor de S/34,072.35, la que contiene la aplicación de la penalidad que asciende a S/84,000.00, las mismas que carecen de sustento y que pretender justificar las falencias que se hicieron evidentes durante la ejecución del proyecto debido a las deficiencias del expediente técnico, responsabilidad que no resulta atribuible a la supervisión.

B. POSICIÓN DE LA ENTIDAD

La Entidad absolviendo la demanda (modificada) precisa que reproduce los mismos fundamentos de la contestación primigenia de la demanda en la cual expone su posición:

1.1 Situación adversa N.º 01 descrita en la demanda:

Esta primera situación sobre la que se basa la aplicación de la penalidad, determinó que la entidad CANCELE por trabajos NO EJECUTADOS, inobservando el contrato y normativa de contrataciones.

El informe N.º 12-2019/EMCH/SUP de fecha 21 de mayo de 2019, emitida por el Ing., Edilberto Montenegro Chimpén informa sobre ellas penalidades en las que ha incurrido la Supervisión.

La primera situación adversa, corresponde a los Metrados concernientes a la partida 01.01.01 "Movilización y Desmovilización" la misma que fue considerada en la Valorización N.º 7 que correspondía al mes de diciembre.

En ella se habría sobredimensionado el 0.267 (UG - unidad global), lo que conllevó a incrementar la Valorización en S/ 4,091.06 soles. Por lo que es evidente que es un perjuicio económico en detrimento de la entidad.

Aunado a ello, el Informe de Visita de Control N.º 007-2019-OCI/5343-VC, emitida por el Órgano de Control Interno, del periodo del 8 al 30 de abril de 2019, identifica claramente la situación que es materia de cuestionamiento [página 12 del Informe de Control].

*Se ha determinado que del documento "Análisis de costos unitarios del expediente técnico" correspondía ser **desmovilizado EL TRACTOR de 140 - 160 HP, dado que la maquinaria restante continúa ejecutando trabajos en obra** [Página 13 del Informe de Control].*

El sustento del demandante al sostener que: al mes de diciembre de 2018 el cuadro resumen indica que el acumulado total era 2.32% menos que el programado, no es correcto, pues lo que se cuestiona NO es el acumulado como tal, sino la falta de prolijidad para valorizar las partidas, pues al tratarse de un costo unitario, los pagos deben reflejar el trabajo efectivamente ejecutado, más no así el costo acumulado.

Tampoco se trata de determinar la puesta en peligro del objetivo de la obra, sino la irregularidad en el control adecuado del pago de Partidas, pues, bajo ese escenario, podría también sustentar el demandante que al final de la obra se pagó el 100% del costo unitario, cuando en la realidad de obra NO se ejecutó, por lo que su argumento NO es de todo

cierto y con asidero contractual, pues lo que pretende es justificar una evidente falta de prolijidad en su trabajo de Supervisión.

La razón contractual del precio unitario, es la de pagar por lo efectivamente ejecutado y que sea verificable en la realidad d ella obra, pues nada justifica pagar por una actividad que no haya sido cumplida. Manifestar que al término de su contrato, la obra continuaba y que el pago no estaba al 100%, no es un justificante, dado que la Supervisión esta ahí para asegurar la ejecución efectiva de las actividades programadas.

No menciona nada en absoluto sobre la cuantía de la penalidad ni su modo de cálculo, lo cual nos infiere que no contradice su aplicación.

Tampoco contradice, que la penalidad como tal si esta regulada en el contrato “Otras Penalidades”, como un supuesto de penalidad, la forma de cálculo y el procedimiento, aspectos relevantes en el procedimiento de la verificación y aplicación ella penalidades. En ese sentido, NO cuestiona el supuesto de hecho de la penalidad, ni tampoco la forma de cálculo [5 UIT], por lo que el Ing, Montenegro informó la aplicación de la suma de S/ 21,000 soles.

Cabe precisar que, este tipo de penalidad no requiere subsanación, sino que el hecho ocurra y se configure su incumplimiento para ser aplicada, por lo tanto, el argumento del demandante al manifestar que el acumulado era menor al programado y por tanto el pago reconocido era menor, no es cierto, pues lo que se califica y valora es la ejecución de la partida en el momento en la que se efectivizó.

1.2. Situación adversa N.º 2 descrita en la demanda:

Valorización N.º 9 correspondiente al mes de febrero en relación a la Partida 03.05 “Concreto clase D (FC=210 KG/CM2), se valorizó con metrado negativo (-103.66 m³), lo que refleja que el contratista no valorizó lo realmente ejecutado en las Valorizaciones anteriores.

El demandante NO cuestiona la verificación del error, sino que justifica su actuar en la comunicación del Ing., Javier Gonzáles Bonilla quien advierte el error, y menciona que debe realizar un deductivo en la próxima valorización.

Como ya hemos mencionado, la aplicación de Otras Penalidades no amerita futura corrección, subsanación o enmienda para descartar su no aplicación, las Otras Penalidades son de naturaleza instantánea, esto es, se configura su incumplimiento en el momento mismo de su comisión, la posterior subsanación o corrección no justifica su no aplicación.

En este caso, el error esta evidenciado y por lo tanto merece aplicar la penalidad, no es factible, como pretende el demandante que dado que el Ing. Gonzáles Bonilla mencionó que debe corregir en la próxima Valorización ya no era posible aplicar la penalidad ante su desprolijidad en su servicio.

Lo anterior, evidencia [tal y conforme lo advierte el Informe de Control de OCI] que las Valorizaciones tramitadas y pagadas por la entidad han sido sobre dimensionadas los metrados ejecutados, que generaron que los metrados, montos y porcentajes del avance de la ejecución de la obra se incrementen.

1.3. Situación adversa N.º 3 descrita en la demanda:

Valorización de la Partida 01.05.05 referida al Transporte de material de excedentes y escombros a DME D<1KM, pese que no fue ejecutada, situación que generó que la entidad cancele por trabajos no ejecutados por el monto de S/ 97,885.46 soles.

Que, mediante carta N.º 098-2018-ERT/CVL de fecha 8 de noviembre de 2018, el Consorcio Vil Lambayeque remite al Consorcio demandante la Valorización N.º 5 correspondiente al mes de octubre.

Asimismo, el Consorcio demandante, mediante carta N.º 054-2018 CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE de fecha 9 de noviembre de 2018, remite a la entidad la Valorización N.º 5 manifestando la conformidad de la Supervisión y solicita su cancelación.

La citada Valorización N.º 5 contiene la ejecución de la Partida 01.05.05 "Transporte de material de excedentes y escombros A DME D <=1Km", la misma que estaba pagada al 100%; sin embargo, de la inspección técnica realizada por el OCI, se constata que el material excedente fue transportado a un único botadero, el mismo que se ubica a 13 km de distancia de la obra, lo que significa que la Partida no fue ejecutada, pues el expediente indica que el botadero debe estar a una distancia de 1Km de la obra. Además, el botadero que se utilizó NO FUE HABILITADO.

¿Era un botadero?

Lo que se pudo evidenciar es que el material excedente considerado en la Partida 01.05.05 fue transportado al botadero considerado en la Partida 01.05.06, en ese sentido, al haberse utilizado un botadero con una partida asignada distinta, la valorización del transporte debieron ser con el valor de la partida que correspondía al 01.05.06. [página 19 y 20 del Informe de Visita del OCI].

La aclaración que realiza el demandante no hace mas que evidenciar su falta de diligencia al realizar la Supervisión, pues, su manifiesto en contrario sensu, advierte que no puede aplicarse otro método de cálculo distinto al ofertado, por lo que, la conclusión de OCI en ese sentido, es incorrecto. Lo que si es correcto es que OCI advierte que la partida 01.05.05 NO SE EJECUTÓ bajo los parámetros exigidos en el expediente técnico. Los excedentes y escombros debieron ir a un botadero a un 1Km de distancia, NO al botadero con 13 Km de distancia, más aún, si el mismo no ha sido habilitado ni autorizado, por eso nuestra pregunta curiosa, ¿era un botadero?, quien lo garantiza, el Supervisor

¿? vemos que no.

1.4. Situación adversa N.º 4 descrita en la demanda:

En relación a la aprobación de una Ampliación de plazo que no ameritaba ser autorizada, modificando el plazo de ejecución contractual.

La Ampliación de Plazo a la que se refiere es la N.º 1, la misma que con carta N.º 065-2018-RET/CVL del 11 de setiembre de 2018 presentó el contratista por 25 días calendario sustentando su causal en la demora de liberar el tramo 9+212 al 13+500, la misma que modificaba la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente.

Es así que mediante carta N.º 044-2018-CSL/J.DUPERV del 17 de setiembre de 2018 remite a la entidad su opinión técnica, en la cual concluye autorizar 12 días calendario de los 25 días solicitados, computables desde el 9 de diciembre de 2018.

Pues bien, la verificación de la solicitud es la de determinar si la causal se ajusta a la realidad de la obra y si tal se imputa a una de las partes [la entidad], se demuestra que en la planilla de avance y trabajos descritos, el contratista si ejecutó obras en dicho tramo, por lo que la el impacto a la ruta crítica no era tal. Más aún, si del pedido original 25 días a su aprobación 12 días, implica una sustancial cuantificación en días, por ende, la solicitud carecía de graves parámetros de evaluación.

Nos causa sorpresa que de la aclaración que realiza el demandante no utiliza medios de prueba como el utilizado en la solicitud o en su opinión, sino que utiliza lo señalado por OCI, como si lo que hay que probar es lo correcto de OCI, lo que tiene que demostrar el demandante es que su opinión técnica y evaluación d la solicitud del plazo era la correcta, para ello debe demostrar que la causal tenía un impacto en la ejecución de la obra y como ella trasladaba el termino del plazo contractual.

La situación que se advierte no hace que evidenciar la poca diligencia del supervisor al evaluar la solicitud de ampliación de plazo.

1.5. Situación adversa N.º 5 descrita en la demanda:

Pagar por metrados no ejecutados de la Partida Gaviones por el monto de S/ 90,929.81 soles.

La aclaración, nuevamente, pretende confrontar la opinión de OCI en vez de probar su versión y justificar su posición, cuestiona las medidas realizadas por el OCI en su visita de inspección. Lo que esta en discusión es la valorización de los metrados ejecutados, el momento en que estos se realizaron y no si posteriormente se realizaron, pues reiteramos la penalidad se configura en el momento mismo de su comisión, no existiendo subsanación.

La discrepancia existe entre las Valorizaciones y lo que la inspección técnica del OCI encontró en la obra. Pues el argumento del demandante al manifestar que las Valorizaciones contiene el sustento es incorrecto, pues a pesar de ello, la inspección técnica encontró diferencias, por ello es que no se toman en cuenta.

2. El numeral séptimo no hace más que mencionar que presenta su carta dando a conocer su disconformidad con la liquidación efectuada por la entidad. Además exige que se evalúe un descargo, cuando no es la etapa de emitir descargos, solo la de mencionar su aceptación o no a la decisión de la entidad y manifestar su traslado a controvertir la decisión.

3. Cuestiona a través del numeral octavo de su escrito de demanda que la entidad emitió el Oficio N.º 001037-2019-GR.LAMB/GRIN-DSL de fecha 28 de junio de 2019, se notifica la Resolución direccional N.º 000040-2019-GR.LAMB/ GRIN-DSL que aprueba la liquidación del contrato del servicio de consultoría, con un saldo a favor del demandante por la suma de S/ 34,072.35 soles con la aplicación de penalidades por un monto de S/ 84,000.00 soles.

El contratista indica que es producto de las falencias evidentes en la ejecución de la obra, cabe precisar que el demandante fue el SUPERVISOR de la obra, quien debía verificar que la misma se ejecute dentro de los parámetros normativos, que incumplió.

Advierte una deficiencia en el Expediente Técnico en la que fue parte y SUPERVISOR y que no advierte ninguna de esa falencia técnicas.

Señala que, la normativa de contrataciones indica expresamente la aplicación de penalidades y la de Otras Penalidades, pues no entendemos cual es su fundamento, pues la entidad aplica el mismo razonamiento para haber aplicado las sanciones. Pues como se ha mencionado, EN NINGÚN MOMENTO JUSTIFICA, SE CONTRAPONA, NIEGA los supuestos de la penalidad y las misma están descritas en el contrato ¿entonces? No entendemos cual es el razonamiento de mencionar dicho fundamento.

4. Existe una contradicción en la pretensión del demandante y su oposición a la liquidación. POR UN LADO CUESTIONA la liquidación y su aprobación, SIN EMBARGO, solicita que se le pague la parte del saldo a favor ¿?.

No ha realizado un petición de dejar sin efecto de forma parcial la liquidación SINO dejar sin efecto la TOTALIDAD de la liquidación.

Si está solicitando que se le pague la parte positiva, quiere decir que reconoce la totalidad de la liquidación, pues no puede haber una pretensión parcial, al menos así no la ha solicitado. Lo que nos evidencia es que acepta la liquidación y lo único que pretende es – saber – si le “liga” el proceso de arbitraje con la petición.

Complementa la entidad su defensa con el escrito de contestación de la modificación de la demanda en la cual manifiesta lo siguiente:

1. Como es de verse del escrito de la variación de la demanda esta tiene como pretensiones las siguientes:

- Primera Pretensión:- Se deje sin efecto de manera parcial la Resolución Directoral N°000040-2019-GR.LAMB/GRIN-DSL, de fecha 28 de julio de 2019, que aprueba la Liquidación del Contrato de Servicio de Consultoría N°21-2016-GR.LAMB/ORAD, de fecha 06 de junio de 2016, celebrado entre el Gobierno Regional Lambayeque y el CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE, para la SUPERVISIÓN de la Obra: “MEJORAMIENTO DE CARRETERA DEPARTAMENTAL LA-105, TRAMO POSITOS (KM 9+212), DISTRITO DE TÚCUME HASTA LA CIUDAD DE MORROPE, INTERSECCIÓN CON LA CARRETERA PANAMERICANA NORTE (KM 1,008) PROVINCIA DE LAMBAYEQUE, DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE”, en el extremo de aplicación de penalidades por parte de la Entidad, que asciende a la suma de S/ 84,000.00 (OCHENTA Y CUATRO MIL Y 00/100 SOLES).*
- Segunda Pretensión: - Se deje sin efecto las penalidades aplicadas por la Entidad por que no se justifican técnicamente conforme se indicó en el descargo que se hizo a la Entidad, mediante Carta N°023-2019-Consortio Lambayeque/RL de fecha 17 de junio de 2019.*

2. Es necesario precisar que las pretensiones (primera y segunda) que contiene la variación de la demanda arbitral, son las mismas que están planteadas en la demanda arbitral inicial y que en su oportunidad fueron contestados por la Entidad, por lo que respecto de ello nos ratificamos en nuestros argumentos ya precisados al contestar la demanda.

3. Sin embargo, precisamos a raíz de lo alegado por el Contratista que la imposición de las penalidades tiene su sustento inicial en el Informe de Visita de Control N.º 007-2019-OCI/5343-VC, emitida por el Órgano de Control Interno, del periodo del 8 al 30 de abril de 2019, mediante el cual se identifico 06 situaciones adversas, de las cuales 04 corresponden a situaciones que no fueron advertidas por el supervisor de obra.

4. Por lo que la Entidad, ante lo señalado por el Órgano de Control y en estricta aplicación del Contrato de Servicios de Consultoría N°21- 2016-GR-LAMB/ORAD, Clausula Sexta, que señala: “El presente contrato esta conformado por las Bases Integradas, oferta ganadora y los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes”, concordante con la Cláusula Decimo Segunda, que señala: “(...) Así mismo, se le aplicara las penalidades establecidas en el numeral 11 del Capitulo III de las Bases Administrativas (...)”, procedió mediante Informe N.º 12-2019/EMCH/SUP de fecha 21 de mayo de 2019, emitida por el Ing., Edilberto Montenegro Chimpén, a la aplicación de las penalidades en las que ha incurrido la Supervisión de Obra, las mismas que fueron comunicadas al Contratista, mediante Oficio N°000807-2019- GR.LAMB/GRIN-DSL.

5. Que, es necesario precisar que las penalidades impuestas al contratista han sido sustentadas al momento de contestar la demanda, sin embargo, ante el incumplimiento del contratista, que fue identificado por el órgano de control, la Entidad en estricta aplicación al Contrato y las Bases Integradas del Procedimiento de Selección Concurso Público N°01-2016-GR.LAMB, mediante Informe N.º12-2019/EMCH/SUP de fecha 21 de mayo de 2019, procedió a lo siguiente:

- Primero, identificar los supuestos de aplicación de penalidad, que están referidos al numeral 2 otras penalidades establecidas en las Bases Integradas que señala: Por valorizar obras/o metrados no ejecutados (sobrevalorizaciones) y pagos en exceso, valorizaciones adelantos u otros actos que ocasionen pagos indebidos.
- Segundo, Forma de Calculo, señala Cinco unidades impositivas tributarias (5 UIT), 5 (4,200.00) = 21,000.00 de los cuales como ya se precisó 4 situaciones corresponden a situaciones adversas que no fueron advertidas por la supervisión de obra.

$S/ 21,000.00 \times 4 = S/ 84,000.00$ soles.

- Tercero, Procedimiento, Según informe de la Dirección de Supervisión de la GR.LAMB, según Informe N.º 12-2019/EMCH/SUP de fecha 21 de mayo de 2019 y Oficio N°000807-2019-GR.LAMB/GRIN-DSL.

6. Como es de verse precedentemente las penalidades impuestas al Contratista están dentro del marco legal establecido en las Bases Integradas del Procedimiento de Selección Concurso Público N°01- 2016-GR.LAMB, las mismas que según cláusula sexta, forman parte del Contrato de

Servicios de Consultoría N°21-2016-GR-LAMB/ORAD, por lo tanto están impuestas respetando el principio de legalidad y el procedimiento establecido para su imposición.

7. Que, considerando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda más los argumentos vertidos en el presente, la variación de las pretensiones de la demanda arbitral debe declararse Infundada, máxime si se trata de iguales pretensiones con hechos similares a la demanda inicial.

C. POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO RESPECTO DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

Para realizar un mayor análisis de estas pretensiones es necesario remitirse a lo preceptuado por el art. 134º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, que dispone lo siguiente:

Artículo 134.- Otras penalidades

Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 133, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, deben incluir los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

De la prueba aportada por el demandante en el anexo A-4 se visualiza el contrato, advirtiéndose que en ninguna de sus cláusulas se haya previsto la aplicación de penalidades diferentes a la penalidad por mora, que sí está convenida en la cláusula décimo segunda del contrato, por lo que en un primer análisis podría no corresponder que el Gobierno Regional de Lambayeque haya tenido un sustento para imponer penalidad alguna al contratista, al no encontrarse pactado este supuesto.

A fin de determinar si existe fundamento contractual para la aplicación de otras penalidades es necesario remitirnos al art. 116 del RLCE que conceptúa el contrato celebrado bajo el ámbito de la LCE de la siguiente manera:

Artículo 116.- Contenido del Contrato

*El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que **establezcan reglas definitivas** y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.*

En efecto, en las Bases integradas del procedimiento³ en la pág. 30 se registra lo siguiente:

³ <http://procesos.seace.gob.pe/seacebus-uiwd-pub/fichaSeleccion/fichaSeleccion.xhtml?ptoRetorno=LOCAL>

OTRAS PENALIDADES:

Se aplicarán las siguientes penalidades hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato del contrato vigente por los siguientes conceptos:

Penalidades			
N°	Supuestos de aplicación de penalidad	Forma de cálculo	Procedimiento
1	En caso culmine la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado y la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser reemplazado.	LA MITAD DE UNA UNIDAD IMPOSITIVA TRIBUTARIA (0.5 UIT) por cada día de ausencia del personal.	Según informe de la Dirección de Supervisión del GR.LAMB
2	Por valorizar obras y/o metrados no ejecutados (Sobrevalorizaciones), y pagos en exceso, valorizaciones adelantadas u otros actos que ocasionen pagos indebidos.	CINCO UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIA (5 UIT).	Según informe de la Dirección de Supervisión del GR.LAMB
	Ante la evidencia objetiva de que no se adoptaron oportunamente las acciones necesarias para un correcto trabajo que permita controlar la señalización (diurna y nocturna) durante la ejecución de la obra, y/o por no haber adoptado acciones necesarias para que el contratista ejecute la señalización que la obra requiera con el fin de evitar accidentes y brindar seguridad suficiente al trabajador y usuarios del proyecto	TRES UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS (3 UIT).	Según informe de la Dirección de Supervisión del GR.LAMB
	En caso de que el supervisor no contara con los recursos necesarios (Personal y Equipos) ofertados para el control de la obra.	TRES UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS (3 UIT).	Según informe de la Dirección de Supervisión del GR.LAMB
	De verificarse que durante la prestación del servicio, el supervisor presta servicios con personal distinta al ofertado en su propuesta, sin que este hecho haya sido previamente autorizado por la Entidad Contratante	TRES UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS (3 UIT).	Según informe de la Dirección de Supervisión del GR.LAMB
	Los cambios del personal de supervisión por pedido expreso de la Entidad Contratante que tenga origen en un desempeño deficiente, negligente o insuficiente del personal profesional en el cumplimiento de sus obligaciones	TRES UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS (3 UIT).	Según informe de la Dirección de Supervisión del GR.LAMB

El contrato debe ajustarse -entre otros documentos derivados del procedimiento de selección que contienen obligaciones para las partes (como planos, expediente técnico, calendario de adquisición de materiales e insumos, entre otros) - a las Bases integradas, siendo que éstas últimas constituyen las reglas definitivas de la contratación, las cuales no pueden ser modificadas con ocasión de la suscripción del contrato, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad, ya que alterarían los sustentos técnicos, económicos y legales del postor vulnerando los principios de competencia, concurrencia, igualdad y eficiencia que rigen la contratación pública. En tal sentido, las partes no pueden modificar el contenido de las Bases Integradas con ocasión de la suscripción del contrato; de esta manera, si en dicha oportunidad se incorpora alguna variación a las reglas

definitivas de la contratación (por error, omisión, deficiencia u otra circunstancia), esta última debe considerarse como inexistente e incapaz de desplegar efectos jurídicos⁴.

En el entendido que las bases integradas del procedimiento de selección en el cual participó el Consorcio establecen las otras penalidades, diferente a la penalidad por mora, aun cuanto estas no estén contenidas en el contrato suscrito entre las partes, estas se encuentran debidamente establecidas y contienen lo dispuesto por el art. 134º del RLCE, esto es: (i) el supuesto de aplicación de la penalidad, (ii) la forma de cálculo, y (iii) el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar, toda vez que como ha pasado en el presente caso ha existido una evidente omisión al momento de redactar el contrato que suscribieron las partes, y a tenor de la opinión 10-2019/DTN que dispone que *“si durante la suscripción del contrato se incorpora alguna variación a las reglas definitivas de la contratación (por error, omisión, deficiencia u otra circunstancia), esta última debe considerarse como inexistente e incapaz de desplegar efectos jurídicos; en consecuencia, solo resultan exigibles aquellas obligaciones que se ajusten a lo señalado en los documentos que conforman el contrato , dentro de los cuales se encuentran las Bases Integradas”*; por lo que se determina finalmente que contractualmente el GORE tenía toda la potestad legal de imponer penalidades diferente a la penalidad por mora.

Antes de entrar a analizar el fondo de la controversia es necesario analizar la forma en que la Entidad ha impuesto las penalidades al demandante, por lo que pasaremos a establecer, prima facie, la naturaleza del contrato administrativo y su correlación con el principio de legalidad.

CASSAGNE entiende que existen dos grandes sectores de contratos de la Administración Pública, a saber, los contratos administrativos, regidos en forma preponderante por el Derecho Público, y los contratos parcialmente regidos por el Derecho Civil o comercial. Los contratos administrativos, según esta clasificación, son aquellos en que la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, el mismo que se incorpora al fin u objeto del acuerdo y que se proyecta en su régimen sustantivo dándole un régimen particular (ius variandi, interpretación, equilibrio financiero, etc.)⁵

En esto debe tenerse en cuenta que el fundamento de la existencia de contratos administrativos, y el especial régimen que los rodea, está en el interés público que se intenta cautelar, pues si no se pondría a la Administración en una posición de privilegio innecesariamente. Se asume que los daños que causará el ejercicio de las especiales prerrogativas con que la Administración cuenta en estos contratos, sobre todo en la otra parte del contrato, son menores a los posibles perjuicios si el interés público se viera afectado. Sin embargo, si este régimen se extendiese a áreas en las cuales el interés público no se encuentra en juego, es decir, si se permitiese la existencia de contratos administrativos aun en materias no administrativas, se pondría en riesgo innecesariamente a la seguridad jurídica, costo que se vería reflejado en el poco interés que tendrían los particulares en contratar con la Administración. Se tiene entonces que el interés público es un

⁴ Opinión nº 010-2019/DTN

⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. "El Contrato Administrativo". Buenos Aires, Abelardo-Perrot, 1999. p. 13.

concepto fundamental para la existencia de los contratos administrativos, concepto que juega un especial rol en su caracterización.⁶

En el interés público encuentra acogida las cláusulas exorbitantes contenidas en todo contrato administrativo, entre las cuales se encuentran la potestad de la Entidad en imponer dentro de las bases que regulan la contratación de esta supervisión de obra la aplicación de otras penalidades, pero estas deben de estar en correlación con el principio de legalidad , que según Guzmán, es “el principio más importante del derecho administrativo, puesto que establece que las autoridades administrativas -y en general, todas las autoridades que componen el Estado- deben actuar con respeto a la Constitución, la ley al derecho, dentro de las facultades que le son atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas dichas facultades”.⁷

Esto implica, en primer lugar, que la administración se sujeta especialmente a la ley, entendida como norma jurídica emitida por quienes representan a la sociedad en su conjunto, vale decir, el Parlamento. Lo que ocurre es que en el Estado de derecho se ubica a la administración como esencialmente ejecutiva, encontrando en la ley su fundamento y el límite de su acción. En segundo lugar, la administración pública, a diferencia de los particulares, no goza de la llamada libertad negativa (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe) o principio de no coacción, dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa. La discrecionalidad, como resultado va reduciendo su existencia de manera sostenida, lo cual es consistente con la moderna teoría administrativa e incluso con reiterada jurisprudencia, en especial, la emitida por el Tribunal Constitucional.⁸

Asimismo, la administración pública, al emitir actos administrativos – que por definición, generan efectos específicos, aplicables a un conjunto definido de administrados -debe adecuarse a las normas reglamentarias de carácter general. Estas últimas evidentemente deben de complementar debidamente la norma legal que les da sustento, cumpliendo con reglamentarla de manera adecuada, en el caso de los llamados reglamentos ejecutivos. En el caso de los reglamentos autónomos, la administración debe respetar las normas legales en general y en especial aquella que le otorga potestad reglamentaria a la entidad.⁹

En dicha línea, la Administración necesita negociar y pactar con los particulares diversos tipos de contratos, cuyo régimen jurídico precisamente no es de derecho privado, sino fundamentalmente de derecho público, en el entendido que la Administración puede pactar pero sujeta estrictamente al principio de legalidad.¹⁰

En dicho sentido, interesa determinar algunas cuestiones importantes. Primero, ya que la Administración Pública, está sujeta al derecho administrativo y al principio de legalidad, cuando

⁶ TRELLES, O. “El Contrato Administrativo, El Contrato-Ley Y Los Contratos de concesión de servicios públicos” Revista Themis Nº 44, pgs. 237-251.

⁷ GUZMÁN, C. “Manual del Procedimiento Administrativo General”. Tercera edición. Pacífico Editores S.A.C., Lima, 2018.

⁸ GUZMÁN, C. Op. Cit. Pág. 29

⁹ GUZMÁN, C. Op. Cit. Pág. 29

¹⁰ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel. Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública. En: AUTORES VARIOS. La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-hispano de Profesores de derecho administrativo. Madrid: INAP, 2004; pp. 41-59.

contrata carece por completo de autonomía de la voluntad, por ello es que en su actividad contractual la Administración Pública debe emplear procedimientos administrativos reglados, primero internos (para determinar la necesidad de contratación y el objeto requerido) y luego, externos, y sobre todo públicos (aunque de distinta naturaleza, pues no todos son necesariamente competitivos o concurrenciales), para la selección de sus contratistas. De otro lado, la suscripción del contrato es, por antonomasia, formal, y por escrito, sea a través de una forma contractual o a través de instrucciones emitidas por la Administración. Finalmente, la ejecución de los contratos públicos, en algunos casos se rige plenamente por normas de derecho público, mientras que en otros, dichos contratos se rigen parcialmente por el derecho público y el derecho privado. Necesariamente, en todos los contratos la Administración actúa en ejercicio de función administrativa y por ende en dichos acuerdos la Administración actuará premunida de potestades públicas (aunque en veces, como veremos, con carácter muy limitado) con el correspondiente establecimiento de garantías a favor de los contratistas particulares.¹¹

Toda actuación administrativa como tal, se encuentra fundamentada bajo los alcances del principio de legalidad, cuyo precepto configura y construye los límites y fronteras de actuación a la Administración Pública en ejercicio de su función administrativa. Así, en nuestro ordenamiento jurídico, las prerrogativas atribuidas a la Administración Pública como contratante obedecen a una estricta sujeción del ordenamiento jurídico aplicable al contrato público respectivo, el mismo que determina precisamente cuando bajo qué circunstancias dichas potestades o prerrogativas pueden ser ejercidas. En principio, fuera de lo que permita expresamente la norma (y como veremos más adelante, aunque parezca contradictorio, también el contrato), no pueden existir potestades o prerrogativas implícitas en los contratos públicos, al menos en nuestro ordenamiento. En tal sentido, tal como lo señala CASSAGNE, “la prerrogativa se ubica en un plano superior a la relación jurídica singular siendo un poder abstracto general e irrenunciable, cuyo fundamento emana del ordenamiento jurídico del Estado. No hay que confundir, entonces, la prerrogativa con el acto de su ejercicio respecto de una relación jurídica determinada o individualizada, porque ella no es un elemento de la relación como es el derecho subjetivo y el interés legítimo”.¹²

Así, las potestades o prerrogativas que se atribuyen a la Administración Pública, no pueden presumirse ni tenerse por implícitas, puesto que surgen directamente de la ley o norma expresa, no obstante que las mismas puedan relacionarse directamente con los pliegos generales o Bases del Concurso o Licitación y figuren como cláusulas del contrato. Por tanto, las atribuciones o prerrogativas de la Administración Pública exclusivamente para la ejecución contractual, tienen por objeto tal como se señaló anteriormente, garantizar el interés público y/o la finalidad administrativa contenida en el objeto del contrato, a través de la sujeción a lo que disponga expresamente la norma.¹³

Definida la actuación de la administración pública en la contratación administrativa en su correlación con el principio de legalidad, es menester analizar, *prima facie* si la Entidad en el presente caso ha cumplido con lo establecido en el art. 134º del Reglamento y específicamente, en primer

¹¹ HUAPAYA, R. “Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura”. Revista ius et veritas, N° 46, Julio 2013 / ISSN 1995-2929, pgs. 284-329.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem

lugar se analizará si el procedimiento establecido en las bases integradas para la aplicación de penalidades ha sido cumplido por la Entidad, a fin de determinar si ha actuado dentro de las facultades conferidas por el Reglamento.

La entidad al contestar la variación de la demanda manifiesta en el punto 4 que "...la Entidad, ante lo señalado por el Órgano de Control y en estricta aplicación del Contrato de Servicios de Consultoría N°21-2016-GR-LAMB/ORAD, Clausula Sexta, que señala: "El presente contrato está conformado por las Bases Integradas, oferta ganadora y los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes", concordante con la Cláusula Decimo Segunda, que señala: "(...) Así mismo, se le aplicará las penalidades establecidas en el numeral 11 del Capítulo III de las Bases Administrativas (...)", **procedió mediante Informe N.º 12-2019/EMCH/SUP de fecha 21 de mayo de 2019, emitida por el Ing. Edilberto Montenegro Chimpén, a la aplicación de las penalidades en las que ha incurrido la Supervisión de Obra, las mismas que fueron comunicadas al Contratista, mediante Oficio N°000807-2019-GR.LAMB/GRIN-DSL.**

Asimismo, en el punto 5 de su contestación precisa lo siguiente:

5. Que, es necesario precisar que las penalidades impuestas al contratista han sido sustentadas al momento de contestar la demanda, sin embargo, ante el incumplimiento del contratista, que fue identificado por el órgano de control, la Entidad en estricta aplicación al Contrato y las Bases Integradas del Procedimiento de Selección Concurso Público N°01-2016-GR.LAMB, mediante Informe N.º12-2019/EMCH/SUP de fecha 21 de mayo de 2019, procedió a lo siguiente:
 - **Primero**, identificar los supuestos de aplicación de penalidad, que están referidos al numeral 2 otras penalidades establecidas en las Bases Integradas que señala: Por valorizar obras/o metrados no ejecutados (sobrevalorizaciones) y pagos en exceso, valorizaciones adelantos u otros actos que ocasionen pagos indebidos.
 - **Segundo**, Forma de Calculo, señala Cinco unidades impositivas tributarias (5 UIT), $5 (4,200.00) = 21,000.00$ de los cuales como ya se precisó 4 situaciones corresponden a situaciones adversas que no fueron advertidas por la supervisión de obra.
 $S/ 21,000.00 \times 4 = S/ 84,000.00$ soles.
 - **Tercero**, Procedimiento, Según informe de la Dirección de Supervisión de la GR.LAMB, según Informe N.º 12-2019/EMCH/SUP de fecha 21 de mayo de 2019 y Oficio N°000807-2019-GR.LAMB/GRIN-DSL.

Fluye de la misma afirmación realizada por la Entidad al contestar la demanda que la penalidad ha sido impuesta al contratista con el informe N.º 12-2019/EMCH/SUP de fecha 21 de mayo de 2019 y comunicadas mediante el oficio N°000807-2019-GR.LAMB/GRIN-DSL.

De la revisión del informe N.º 12-2019/EMCH/SUP se advierte que con este informe no se imponen las penalidades, sino que recomienda al Director de Supervisión y Liquidación que se proceda a la aplicación de las penalidades, en contradicción a lo que afirma la Entidad al contestar la demanda, como se demuestra a continuación:

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La Visita del Órgano de Control Institucional, ha identificado 06 Situaciones Adversas, de los cuales 04 corresponde situaciones que no fueron advertidos por el Supervisor de Obra; los cuales han sido detallados en los párrafos precedentes:

1.- Se aplicará la Penalidad: "Por obras/o metrados no ejecutados (sobrevalorizaciones), y pagos en exceso, valorizaciones adelantadas u otros actos que ocasionan pagos indebidos".

$$5 \text{ UIT} = 5 (4,200.00) = \text{S/}. 21,000.00$$

2.- Se aplicará la Penalidad: "Por obras/o metrados no ejecutados (sobrevalorizaciones), y pagos en exceso, valorizaciones adelantadas u otros actos que ocasionan pagos indebidos".

$$5 \text{ UIT} = 5 (4,200.00) = \text{S/}. 21,000.00$$

3.- Se aplicará la Penalidad: "Por obras/o metrados no ejecutados (sobrevalorizaciones), y pagos en exceso, valorizaciones adelantadas u otros actos que ocasionan pagos indebidos".

$$5 \text{ UIT} = 5 (4,200.00) = \text{S/}. 21,000.00$$

4.- Se aplicará la Penalidad: "Por obras/o metrados no ejecutados (sobrevalorizaciones), y pagos en exceso, valorizaciones adelantadas u otros actos que ocasionan pagos indebidos".

$$5 \text{ UIT} = 5 (4,200.00) = \text{S/}. 21,000.00$$

En consecuencia, esta Supervisión en estricto cumplimiento de las Disposiciones del Órgano de Control Institucional, se recomienda al Director de Supervisión y Liquidación, proceder a la aplicación de las Penalidades según deducido en el presente informe.

Recibido el Informe, la Dirección de Supervisión y Liquidación, en un primer momento, se limita a correr traslado de este documento al Contratista para que realicen las acciones correspondientes, con el oficio N° 000807-2019-GR.LAMB/GRIN-DSL [3200924-29], sin precisar qué acciones serían las que tendría que realizar el contratista, como se grafica a continuación:

~~Por el presente me dirijo a usted para expresarle mi cordial saludo, y a la vez en atención a los documentos de la referencia remitidos por su Representada sobre la Valorización N.º 09, por supervisión de Obra y el expediente de Liquidación de Supervisión de Obra.~~

Manifiestarle que, visto el Informe N.º 12-2019/EMCH/SUP. (3200924-25) suscrito por el Ing. Ediberto Montenegro Chimpén, basado en la visita realizada por el Órgano de Control Institucional, donde se identificó 06 situaciones adversas, de los cuales 04 corresponde a situaciones que no fueron advertidos por su Representada; en razón a ello se devuelve la Valorización y el expediente de Liquidación antes indicado, a fin de que se realicen las acciones correspondientes.

Posteriormente, y en un segundo momento, con el oficio N° 000935-2019-GR.LAMB/GRIN-DSL [2834512-695] de fecha 17.06.2019 la Dirección de Supervisión y Liquidación de la Entidad aplica las penalidades, como se muestra a continuación:

Por tanto, esta Dirección de Supervisión y Liquidación, ha procedido a APLICAR las penalidades establecidas por el Órgano de Control Institucional en la Liquidación Final de Supervisión de Obra, el cual se adjunta en el ANEXO N° 01, del presente documento.

El resultado de la Liquidación de Contrato de Supervisión es:

- Saldo a Favor de Supervisión : S/. 23,614.49
- Aplicación de la Penalidad Distinta a la de Mora : (S/. 84,000.00)
- Monto por Devolución de Fondo de Garantía : S/. 94,457.86

En tal sentido, el MONTO TOTAL A ENTREGAR AL SUPERVISOR ES: S/. 34,072.35

Y finalmente, esta decisión respecto a la aplicación de las penalidades al Consorcio de la indicada Dirección se plasma en la Resolución Directoral N° 000040-2019-GR.LAMB/GRIN-DSL [2834512-710], que establece en el segundo párrafo de la pág. 4, como se grafica a continuación:

Que, mediante Informe N° 12-2019/EMCH/SUP, de fecha 21 de mayo de 2019, remitido por el Ing. Edilberto Montenegro Chimpén, Supervisor de Obra: **"MEJORAMIENTO DE CARRETERA DEPARTAMENTAL LA-105, TRAMO POSITOS (KM 9+212), DISTRITO DE TÚCUME HASTA LA CIUDAD DE MORROPE, INTERSECCIÓN CON LA CARRETERA PANAMERICANA NORTE (KM 1,008) PROVINCIA DE LAMBAYEQUE, DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE"** SNIP N°173132, pone de conocimiento a la Dirección de Supervisión y Liquidación que en mérito al Informe de la Visita de Control N° 007-2019-OCI/5343-VC, realizada por el Órgano de Control Institucional, se identificó 06 situaciones Adversas, de las cuales 04 corresponde a situaciones que no fueron advertidos por el Supervisor de Obra, aplicándose Penalidad de 5 UIT = S/ 21 000.00, por cada una;

Con este fundamento, finalmente, en la Resolución recurrida se dispone en el artículo primero aprobar la liquidación del contrato materia de este arbitraje, con la aplicación de la penalidad recurrida por el Consorcio, tal como se observa a continuación:

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- APROBAR la Liquidación del Contrato de Servicio de Consultoría N° 21-2016-GR.LAMB/ORAD, de fecha 06 de junio de 2016, celebrado entre el Gobierno Regional Lambayeque y el **CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE**, para la **SUPERVISIÓN** de la Obra: **"MEJORAMIENTO DE CARRETERA DEPARTAMENTAL LA-105, TRAMO POSITOS (KM 9+212), DISTRITO DE TÚCUME HASTA LA CIUDAD DE MORROPE, INTERSECCIÓN CON LA CARRETERA PANAMERICANA NORTE (KM 1,008) PROVINCIA DE LAMBAYEQUE, DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE"**, con un total de S/ 944 578,64 (NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL CINCUENTA Y OCHO Y 64/100 SOLES) incluido I.G.V., monto que comprende Contrato Principal, de lo cual se ha **PAGADO**, la suma de S/ 920 964,15 (NOVECIENTOS VEINTE MIL CINCUENTA Y SEIS Y 15/100 SOLES), existiendo **saldo a Favor del Supervisor**, por concepto de **VALORIZACIÓN N° 09**, por un monto de S/ 23 614,49 (VEINTITRÉS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO Y 49/100 SOLES) y la **Aplicación de Penalidad distinta a la de Mora** por un monto de S/ 84 000,00 (OCHENTA Y CUATRO MIL Y 00/100 SOLES) y el monto equivalente a S/ 94 457,86 (NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE Y 86/100 SOLES) por concepto de Devolución de la Retención de Garantía de Fiel Cumplimiento del 10% del monto del Contrato de Supervisión, **QUEDANDO UN SALDO A FAVOR DEL SUPERVISOR, de S/ 34 072,35 (TREINTA Y CUATRO MIL SETENTA Y DOS Y 35/100 SOLES);**

En suma, se advierte que la Entidad al aplicar las otras penalidades contenidas en las bases integradas no ha tenido en cuenta lo previsto en el art. 134 del RLCE no ha cumplido con el procedimiento establecido en las bases integradas, que son las reglas definitivas del procedimiento de selección que originó el contrato sub-litis y que claramente establece que la aplicación de penalidad de parte de la entidad se realiza "según informe de la Dirección de Supervisión del

GR.LAMB” y como ya se ha evidenciado en los párrafos ut-supra no ha existido informe alguno de dicha Dirección, a fin de que de la Entidad pueda imponer las penalidades; por el contrario es esta misma Dirección quien ha aplicado las penalidades al contratista, dando una tramitación diferente a la prevista en las bases integradas, vulnerando el principio de legalidad al que se encuentra sujeto la Entidad, no solo en el procedimiento sino también en la emisión de la resolución recurrida, por lo que debe declararse fundadas la primera y segunda pretensión de la demanda, debiendo ordenarse se reintegre al contratista el monto correspondiente a las penalidades impuestas, ascendente a OCHENTA Y CUATRO MIL Y 00/100 SOLES (S/84,000.00).

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si los costos del arbitraje serán asumidos por el Consorcio Supervisor Lambayeque o el Gobierno Regional de Lambayeque.

Sobre este punto, cabe indicar que el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, establece que: “El Árbitro Único fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden: a) Los honorarios y gastos del Árbitro Único; b) Los honorarios y gastos del secretario; c) Los gastos administrativos de la institución arbitral; d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Árbitro Único; e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales”.

En ese sentido, el Árbitro Único procederá a emitir pronunciamiento respecto a las costas y costos procesales y/o administrativos que han derivado por las actuaciones efectuadas en el presente arbitraje.

Así, es necesario recordar que el numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071- Decreto Legislativo que norma el arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70°. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° de la citada norma señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Es el caso que, en el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

En el Acta de instalación en el numeral 19.1 se determinaron los honorarios arbitrales de acuerdo a lo siguiente:

HONORARIOS PROVISIONALES NETOS QUE CORRESPONDEN AL ÁRBITRO ÚNICO

19.1. Los honorarios provisionales netos que corresponden al Árbitro Único ascienden a S/ 3,893.02 [tres mil ochocientos noventa y tres y 02/100 soles], a los que deberán agregarse los impuestos correspondientes, según liquidación provisional efectuada sobre la cuantía indicada en la petición de arbitraje y conforme a la Tabla de Aranceles del Centro.

En ese sentido, corresponde a cada parte cancelar el importe de S/ 1,946.51 [mil novecientos cuarenta y seis y 51/100 soles] netos, a los que deberán agregarse los impuestos correspondientes, según liquidación provisional efectuada sobre la cuantía indicada en la petición de arbitraje y conforme a la Tabla de Aranceles del Centro.

Asimismo en el numeral 19.2 de la referida acta se ordenó el pago de los gastos administrativos del Centro, tal como se reseña a continuación:

GASTOS ADMINISTRATIVOS DEL CENTRO

19.2. Los gastos administrativos del Centro ascienden a S/ 4,951.80 [cuatro mil novecientos cincuenta y uno y 80/100 soles] no incluye IGV.

En ese sentido, corresponde a cada parte cancelar el importe de S/ 2,475.90 [dos mil cuatrocientos setenta y cinco y 90/100 soles] no incluye IGV.

Es preciso indicar que el demandante asumió con el costo total de los gastos arbitrales y los gastos administrativos del Centro, subrogando a su contraparte por lo que en definitiva el costo, incluidos los impuestos es el siguiente:

	50% CONSORCIO [incluidos impuestos]	50% CONSORCIO POR SUBROGACIÓN [incluidos impuestos]	TOTAL
GASTOS ADMINISTRATIVOS DEL CENTRO	S/ 2,921.56 [incluido IGV]	S/ 2,921.56 [incluido IGV]	S/ 5,843.12 [incluido IGV]
HONORARIOS DEL ÁRBITRO ÚNICO	S/ 2,115.77 [incluido la retención 8% IR]	S/ 2,115.77 [incluido la retención 8% IR]	S/ 4,231.54 [incluido la retención 8% IR]

En tal sentido, considerando el resultado del arbitraje, el cual desde el punto de vista de este Árbitro Único corresponde disponer que ambas partes asuman el pago de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral); del mismo modo, los gastos de representación y defensa deben ser asumidos por cada una de las partes de manera individual, por lo que le corresponde a la Entidad retribuir al demandante el 50% cancelado por subrogación la suma de S/2,921.56, por concepto de gastos administrativos del Centro

y S/2115.77, por concepto de honorarios del Árbitro Único, lo que hace un total de S/5,037.33 (CINCO MIL TREINTA Y SIETE Y 33/100 SOLES)

Estando a las consideraciones expuestas el Árbitro Único, en Derecho y dentro del plazo fijado para tales efectos;

LAUDA:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA la primera pretensión de la demanda, en consecuencia se ordena Se deje sin efecto de manera parcial la Resolución Directoral N°000040-2019-GR.LAMB/GRIN-DSL, de fecha 28 de julio de 2019, que aprueba la Liquidación del Contrato de Servicio de Consultoría N°21-2016-GR.LAMB/ORAD, de fecha 06 de junio de 2016, celebrado entre el Gobierno Regional Lambayeque y el CONSORCIO SUPERVISOR LAMBAYEQUE, para la SUPERVISIÓN de la Obra: “MEJORAMIENTO DE CARRETERA DEPARTAMENTAL LA-105, TRAMO POSITOS (KM 9+212), DISTRITO DE TÚCUME HASTA LA CIUDAD DE MORROPE, INTERSECCIÓN CON LA CARRETERA PANAMERICANA NORTE (KM 1,008) PROVINCIA DE LAMBAYEQUE, DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE”, en el extremo de aplicación de penalidades por parte de la Entidad, que asciende a la suma de S/84,000.00 (OCHENTA Y CUATRO MIL Y 00/100 SOLES), , debiendo la Entidad reintegrar dicho monto al Contratista.

ARTÍCULO SEGUNDO.- DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda; en consecuencia se dispone dejar sin efecto las penalidades aplicadas por el Gobierno Regional de Lambayeque al Consorcio Supervisor Lambayeque.

ARTÍCULO TERCERO.- DISPÓNGASE que ambas partes asuman el pago de los costos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Árbitro Único y gastos administrativos del Centro); del mismo modo, los gastos de representación y defensa deben ser asumidos por cada una de las partes de manera individual y al haber el demandante asumido el costo total del arbitraje deberá la Entidad reembolsar al Consorcio la suma de la suma de S/2,921.56, por concepto de gastos administrativos del Centro y S/2115.77, por concepto de honorarios del Árbitro Único, lo que hace un total de S/5,037.33 (CINCO MIL TREINTA Y SIETE Y 33/100 SOLES).

ARTICULO CUARTO.- DISPÓNGASE que la Secretaría Arbitral proceda a remitir copia del presente laudo a la SNA del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, para los fines que corresponda.



Pepe Purisaca Vigil
Árbitro Único

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Cynthia Chavesta Rodriguez', with a stylized, looping flourish at the end.

Cynthia Chavesta Rodriguez

Secretaria Arbitral