

LAUDO ARBITRAL

PARTES DEL ARBITRAJE¹:

Ángel Enrique Sánchez Borjas

En lo sucesivo, el **DEMANDANTE** o el **CONSULTOR**, indistintamente.

Proyecto Especial Olmos Tinajones

En lo sucesivo, el **DEMANDADO** o el **PEOT**, indistintamente.

TRIBUNAL ARBITRAL UNIPERSONAL:

Dr. Hugo Ernesto Sologuren Calmet Ponte

CENTRO DE ARBITRAJE:

Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

En lo sucesivo, el **CENTRO DE ARBITRAJE** o el **SNA**, indistintamente.

Expediente N° S-227-2016/SNA-OSCE

Secretaria arbitral (e) Lic. Mariela Kelly Perez Ramos

RESOLUCIÓN N° 10.-

Lima, 4 de septiembre de 2018

I. VISTOS

A. ANTECEDENTES

1. El 27 de enero de 2014 las partes suscribieron el contrato N° 001-2014/GR.LAM/PEOT, para la «elaboración del estudio de evaluación arqueológica Sicán» para el Proyecto de Inversión Pública – PIP – a nivel de perfil, denominado «Instalación del sistema hidráulico Sicán para mejorar el sistema de riego en el valle Chancay, en Lambayeque», por la suma de S/ 124,000.00 (Ciento Veinticuatro Mil con 00/100 Soles) y un plazo contractual de 90 días calendario; al cual denominaremos en lo sucesivo, el **CONTRATO**.
2. En el Contrato, las partes de común acuerdo insertaron en la cláusula décima octava un convenio arbitral, en los siguientes términos y alcances:

«Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluido los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje – SNA – del Organismo

¹ Para efectos del presente laudo, para hacer referencia de manera conjunta al señor Ángel Enrique Sánchez Borjas y al Proyecto especial Olmos Tinajones los denominaremos, las **PARTES**.

Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE – y de acuerdo con su Reglamento.»

[Supresiones nuestras]

3. De este modo, a consecuencia de las controversias relacionadas con el pago de la contraprestación a cargo del PEOT, el 25 de agosto de 2016, el Consultor solicitó ante el SNA el inicio del presente arbitraje, el cual dio lugar al nombramiento del Dr. Hugo Ernesto Sologuren Calmet Ponte como árbitro único.
4. Así, el 24 de mayo de 2017, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, se reunió el árbitro único, conjuntamente con las partes, a efectos de dar inicio a las actuaciones arbitrales reglamentadas por el SNA.

B. DESARROLLO DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

5. El 25 de agosto de 2016 el Consultor presentó su escrito de demanda ofreciendo en ellos los medios probatorios que, hasta ese entonces, consideró pertinente.
6. La demanda formulada por el Consultor fue contestada por el PEOT el 3 de noviembre de 2016, ofreciendo en él los medios probatorios que, hasta ese entonces, consideraron pertinente.
7. Definida la posición de las partes con la presentación de sus respectivos actos postulatorios, el 7 de febrero de 2018 a través de audiencia², se establecieron los siguientes puntos controvertidos:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que la Entidad cumpla con expedir la conformidad del tercer y cuarto entregable.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que la Entidad cumpla con el pago de la contraprestación por los servicios prestados por el Consultor.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que la Entidad con el pago de los respectivos intereses, los que se determinarán en el presente proceso.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que la Entidad cumpla con el pago de la totalidad de los costos arbitrales.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que se determine la valorización y posterior pago por los servicios adicionales prestados a favor de la demandada.



² La audiencia de fijación de puntos controvertidos fue convocada a través de la Resolución 4 emitida el 14 de diciembre de 2017.

8. Adicionalmente, en la referida audiencia se admitieron los siguientes medios probatorios ofrecidos por las partes:

El mérito de los medios probatorios documentales ofrecidos por el Consultor en el acápite 8 denominado «documentos que anexo», del escrito de demanda.

El mérito de los medios probatorios documentales ofrecidos por el PEOT en el acápite 3.4 denominado «medios probatorios» del escrito de contestación de demanda.

9. Bajo este escenario, el 12 de febrero de 2018 el Consultor presentó nuevos medios probatorios, los cuales se los tuvo por admitidas a través de la resolución 7, emitida el 22 de mayo de 2018.
10. En la referida resolución 7, teniendo en cuenta las actuaciones arbitrales llevadas a cabo, se dispuso el cierre de la etapa probatoria y se requirió a las partes la presentación de sus escritos de alegatos o conclusiones finales.
11. A la postre, el 12 de julio de 2018, se llevó audiencia de informes orales³ en la cual las partes expusieron su posición sobre la materia en controversia y respondieron las preguntas efectuadas por el árbitro único. En ese mismo acto se dispuso dar inicio al plazo para la emisión del presente laudo.
12. El plazo para laudar fue prorrogado en quince (15) días hábiles adicionales a través de la Resolución 7, emitida el 7 de agosto de 2018, contado a partir del día siguiente del vencimiento del plazo original; en este sentido, el plazo final para Laudar vence el 4 de septiembre de 2018, teniendo en cuenta que:
- El 27 julio fue declarado día no laborable por el Decreto supremo N° 021-2017-TR, a fin de fomentar el desarrollo del turismo interno.
 - El 30 de agosto es feriado a razón del homenaje a Santa Rosa de Lima.
 - El 31 de agosto de 2018 fue declarado día no laborable por el Decreto supremo N° 021-2017-TR, a fin de fomentar el desarrollo del turismo interno.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ÁRBITRAL UNIPERSONAL

A. CUESTIONES PRELIMINARES

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

- a. El tribunal Arbitral Unipersonal se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes y las normas de la materia.

³ La audiencia de informes orales fue convocada a través de la resolución N° 7 emitida el 22 de mayo de 2018 y reprogramada a través de la Resolución 8 emitida el 14 de junio de 2018.

- b. Las partes no impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas por el Tribunal Arbitral Unipersonal ahí donde no existía una regla pactada por las partes en la audiencia llevada a cabo el 31 de julio de 2017.
- c. Las partes presentaron sus respectivos actos postulatorios dentro de los plazos pactados.
- d. Las partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar los medios probatorios que consideraron pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hecho y derecho sin limitación alguna, habiendo tenido la oportunidad de presentar sus alegatos escritos y de sustentarlos oralmente ante el Tribunal Arbitral Unipersonal.

B. MATERIA CONTROVERTIDA

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral Unipersonal pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos determinados en la audiencia llevada a cabo el 7 de febrero de 2018, teniendo en cuenta el mérito de los medios probatorios aportados en el transcurso de las actuaciones arbitrales, para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no.

Cabe destacar 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 Tribunal Arbitral Unipersonal respecto de tales hechos. Asimismo, los medios probatorios aportados por las partes al arbitraje, en aplicación del Principio de «Comunidad o Adquisición de la Prueba», desde el momento de su admisión, 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.

En resumidas cuentas, las decisiones que se emitan en el presente laudo obedecerán a la convicción arribada después de la valoración de cada uno de los medios probatorios ofrecidos por las partes respecto de los puntos o materias en controversia⁴. Los hechos o puntos no controvertidos no serán materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Arbitral Unipersonal.

Constituyen materias incontrovertidas los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en el transcurso de las actuaciones arbitrales y aquellos supuestos en los cuales la ley establece una presunción *iuris et de iure*.

En tales lineamientos, a efectos que el análisis y resolución de las materias controvertidas sea lo más comprensible, se seguirá el siguiente orden:

B.1. EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

⁴ Los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral Unipersonal, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados.

Determinar si corresponde o no ordenar al Proyecto Especial Olmos Tinajones expedir la conformidad a los informes 3 y 4 presentados por el señor Ángel Enrique Sánchez Borjas a razón del Contrato.

SEGUNDO Y TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no ordenar al Proyecto Especial Olmos Tinajones pagar a favor del señor Ángel Enrique Sánchez Borjas los servicios profesionales prestados a razón del Contrato, más intereses.

Los puntos controvertidos citados están relacionados directamente con los alcances del Contrato, cuyo análisis, a efectos didácticos, iniciará con una síntesis de la posición de las partes al respecto.

B.1.1. POSICIÓN DE LAS PARTES

Posición del Consultor

Iniciando con sus argumentos, el Consultor informa que, el 27 de enero de 2014 suscribió con el PEOT el contrato N° 001-2014/GR. LAMB/PEOT en virtud del cual se obligó a **elaborar el estudio de evaluación arqueológica «Sicán»** para el proyecto de inversión pública a nivel de perfil denominado «Instalación del sistema hidráulico Sicán para mejorar el sistema de riego en el valle Chancay» a ejecutarse en Lambayeque [en lo sucesivo, el **ESTUDIO**]; y, a su vez, el PEOT se obligó a pagarle la suma de S/ 124,000.00 (Ciento Veinticuatro Mil con 00/100 Soles).

De este modo, el Consultor sostiene que, el Estudio al cual se obligó debía ser entregado en cuatro etapas, a través de informes; y, que el pago de la contraprestación sería en cuatro armadas a la conformidad de los informes y al cumplimiento de algunos requisitos adicionales.

Así, afirma que él ha cumplido con presentar los cuatro informes a los que se obligó, empero, señala que el PEOT no ha cumplido con efectuar el desembolso de la contraprestación dineraria a su cargo.

Posición de la Entidad

De cara a la posición de la Consultor, el PEOT sostiene que, durante el desarrollo del servicio transcurrió con normalidad hasta la presentación del primer y segundo informe a cargo del Consultor, los cuales fueron pagados; empero sostiene que, en relación al tercer informe, existe una penalidad ascendente a la suma de S/ 12,400.00 que debe ser aplicada y debitada de la contraprestación.

B.1.2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

De la posición de las partes se desprende que no resultan controvertidos los siguientes sucesos:

- El 27 de enero de 2014 las partes suscribieron el Contrato a través del cual el Consultor se obliga a presentar cuatro informes del **estudio de evaluación arqueológica «Sicán»** para el proyecto de inversión pública a nivel de perfil denominado «Instalación del sistema hidráulico Sicán para mejorar el sistema de riego en el valle Chancay» a ejecutarse en Lambayeque; y, a su vez, el PEOT se obligó a pagarle la suma de S/ 124,000.00 (Ciento Veinticuatro Mil con 00/100 Soles), en la siguiente forma:
 - a. El 32% del monto contratado a la presentación y aprobación del primer informe.
 - b. El 23% del monto contratado a la presentación y aprobación del segundo informe.
 - c. El 25% del monto contratado a la presentación y aprobación del tercer informe.
 - d. El 20% del monto contratado a la presentación y aprobación del cuarto informe.
- El Contrato Suscrito por las partes se rige por la Ley de Contrataciones del Estado⁵ y su Reglamento⁶.
- El primer y segundo informe han sido presentados por el Consultor y pagados por el PEOT al 100%.

La controversia se suscita específicamente en si se debe otorgar la conformidad y ordenar el pago del tercer y cuarto informe objeto del Contrato; para tales efectos, es pertinente analizar, en principio, lo establecido por las partes en el Contrato, pues al margen de las disquisiciones doctrinarias, él es manifestación de voluntad y, como tal, se presume que lo ahí plasmado responde a la real intención de las partes, siendo esta una presunción iuris tantum, pues quien alegue lo contrario debe probarlo – *Art. 1361 del C.C.*


Comprobar la común intención de las partes implica establecer la voluntad que se ha traducido en el acuerdo al que han llegado las partes contratantes, mediante un apreciación objetiva de la manifestación de voluntad y a través de la apreciación del comportamiento concomitante y posterior al perfeccionamiento del Contrato.

Para el caso en particular, en lo que respecta a la presentación de los informes a cargo del Consultor, las partes han establecido en la cláusula quinta del Contrato, lo siguiente:



⁵ Aprobada mediante D.L. N° 1017 y modificada por Ley N° 29873, publicado el 1 de Junio del 2012.

⁶ Aprobado por D.S. N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, Decreto Supremo N° 116-2013-EF, Decreto Supremo N° 080-2014-EF y Decreto Supremo N° 261-2014-EF.



**GOBIERNO REGIONAL DE
LAMBAYEQUE**

**Proyecto Especial
Olmos Tinajones
P E O T**

7. CLASULA QUINTA.- INFORMES INADJUDICADO

El consultor deberá cumplir estrictamente con la presentación de los productos descritos de la siguiente manera:

Se tiene previsto la presentación de 04 informes, como se describe a continuación:

12.1.1 PRIMER INFORME

A los quince (15) días naturales de iniciado el estudio.

Debe incluir: Un informe del reconocimiento preliminar de campo, y en donde se indique las condiciones actuales, descripción de la zona de estudio y de la revisión de estudios anteriores que pudieran contribuir con los objetivos del presente servicio; se realizará un cronograma detallado del servicio. Elaborar el respectivo Plan de Trabajo, en la que se mencione los objetivos, alcances, metodología, evaluación preliminar de las condiciones actuales, fotografías, cronograma de actividades PERT-CPM, etc. Todo ello concordado con la Supervisión.

12.1.2 SEGUNDO INFORME

A los cuarenta y cinco (45) días naturales de iniciado el estudio, debe contener como mínimo el desarrollo de lo siguiente:

- Informe detallado de las evaluaciones de campo, incluyendo planos, tablas, cuadros de inventario de vestigios arqueológicos, fotografías.
- Delimitar las áreas con y sin contenido arqueológico.
- Informe de interpretación de los resultados de campo.
- Presentación de los expedientes para CIRAS emitidos por la Dirección Desconcentrada de Cultura - Lambayeque y presentación del Proyecto de Evaluación Arqueológica (PEA) a la Dirección de Arqueología/MC.

12.1.3 TERCER INFORME

A los setenta y cinco (75) días naturales de iniciado el estudio, debe contener como mínimo el desarrollo de lo siguiente:

- A la entrega de resolución de aprobación del PEA y presentación de Informe Final del PEA a la Dirección de Arqueología.

12.1.4 CUARTO INFORME

A los noventa (90) días naturales de iniciado el estudio, debe contener como mínimo el desarrollo de lo siguiente:

- Aprobación del Informe Final del PEA en la DA/MC.
- Expediente para el trámite de Expedición del Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos, de contar con la autorización del área libre de evidencia arqueológica.

8. CLÁUSULA SEXTA.- PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN.-

El plazo de ejecución del presente contrato es de 90 días calendario, el mismo que se computa desde la entrega del terreno.

9. CLÁUSULA SÉTIMA.- SUPERVISION.

La Supervisión del Estudio estará a cargo del PEOT, Institución dependiente del Gobierno Regional Lambayeque, que dispondrá de los servicios de un Arqueólogo acreditado por el Ministerio de Cultura, quien se encargará de revisar y aprobar los informes generados en el presente servicio, coordinar con las instituciones involucradas en el proyecto así como de apoyar en la solución de cualquier tipo de controversias derivadas de los compromisos contractuales

SERVICIO DE CONSULTORÍA PARA LA ELABORACIÓN DEL ESTUDIO DE EVALUACIÓN ARQUEOLÓGICA SIGAN PARA EL PROYECTO DE INVERSIÓN PÚBLICA A NIVEL DE PERFIL "INSTALACIÓN DEL SISTEMA HIDRÁULICO SIGAN PARA MEJORAR EL SISTEMA DE RIEGO EN EL VALLE CHANCAY - LAMBAYEQUE, DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE"

AL REVERSO

Asimismo, es pertinente tener en cuenta lo prescrito en el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [en lo sucesivo, el **RLCE**], respecto a la conformidad de la prestación:

«Artículo 176.- Recepción y conformidad

La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin

perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

[...]

De existir observaciones se consignaran en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan [...]»

[Énfasis y supresiones nuestras]

De las cláusulas contractuales citadas se aprecia que, una vez presentado los informes a los por el Consultor, el PEOT tenía la obligación de observarlos o emitir la conformidad correspondiente, a menos que lo presentado por el Consultor no cumpliera con las características y/o condiciones contratadas.

Así, ya entrando al tema de fondo, en lo que respecta a la aprobación o conformidad de los informes tercero y cuatro, ello no es posible en tanto que, no obra en los actuados arbitrales documentación alguna que dé cuenta de su respectiva entrega al PEOT; antes bien, **obran en los actuados arbitrales múltiples cartas giradas entre las partes en las cuales se da cuenta de la imposibilidad de presentar el tercer y cuarto informe por la demora en la aprobación del Proyecto de Evaluación Arqueológica - PE - y Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos - CIRA.**

En relación a ello, debemos tener presente que, conforme lo señalado apartados atrás, la carga probatoria corresponde, en principio, a quien alega un hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el Tribunal Arbitral Unipersonal respecto de tales hechos.

Así, la carga probatoria⁷ es entendida como «un imperativo en propio interés. El que no cumple un acto que le conviene a su propio interés en el proceso, sufre las consecuencias de ese incumplimiento, pierde la condición ventajosa que hubiera obtenido de cumplir ese acto. Nadie obliga a la parte a cumplir ese acto, pero ella sabe que le conviene hacerlo y si no lo

⁷ Se distingue de los deberes procesales que constituyen imposiciones de conducta a los sujetos, a las partes, en miras del interés de la comunidad. ej. Lealtad. Y de las obligaciones procesales que supone el sometimiento del individuo para cumplir una obligación en beneficio de otro, tales como la condena de costos.

hace puede verse perjudicada»⁸; una carga no es sino un derecho subjetivo que permite a la parte hacer o no algo, pero con la particularidad de que si decide no hacer ese algo, perderá la ocasión de realizarlo posteriormente, asumiendo los perjuicios que para sí mismo conlleva su no hacer.

Si bien obra en los actuados arbitrales la Resolución Directoral N° 451-2015-DGPA-VMPCIC/MC a través de la cual se aprueba un informe final, ello no corresponde al proyecto materia del presente arbitraje, sino al encargado al ingeniero Christian Jesús Mesta Montenegro.

intervención en sus distintas modalidades y sus respectivos informes finales, así como autorizar la custodia de los bienes arqueológicos muebles producto de los referidos proyectos;

Que, a través del numeral 99.2 del Artículo 99° del Decreto Supremo N° 005-2013-MC de fecha 20 de junio de 2013, del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura se delegaron diversas funciones y responsabilidades a las Direcciones Desconcentradas de Cultura, entre las cuales, se encuentra la responsabilidad de revisar, aprobar, ejecutar y supervisar los proyectos que determinen los órganos competentes del Ministerio de Cultura;

Que, mediante Informe Legal N° 247-2015-JIM-DGPA-VMPCIC/MC presentado con fecha 13 de octubre de 2015, el asesor legal de la Dirección General de Patrimonio Arqueológico Inmueble emite las precisiones correspondientes para que se cumpla con los aspectos formales previstos en las disposiciones legales vigentes;

Estando a lo visado por la Directora (e) de Calificación de Intervenciones Arqueológicas,

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 28296 – Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación; Ley N° 29585 – Ley de creación del Ministerio de Cultura; el Decreto Supremo N° 001-2010-MC, que aprueba fusiones de entidades y órganos en el Ministerio de Cultura; el Decreto Supremo N° 005-2013-MC que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura; y la Resolución Suprema N° 004-2000-ED y modificada por la Resolución Suprema N° 012-2006-ED que aprueba el Reglamento de Investigaciones Arqueológicas;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- APROBAR el informe final del "Proyecto de Evaluación Arqueológica de reconocimiento sin excavaciones de la instalación del Sistema Hidráulico Sicán para mejorar el sistema de riego en el Valle Chancay – Lambayeque, departamento de Lambayeque", a cargo del Licenciado Christian Jesús Mesta Montenegro, con R.N.A. N° CM-0151, ubicado en los distritos de Manuel Antonio Mesones Muro, Patapo y Chongoyape, provincias de Ferreñafe y Chiclayo, departamento de Lambayeque.

Artículo 2°.- ESTABLECER que en virtud de los resultados del "Proyecto de Evaluación Arqueológica de reconocimiento sin excavaciones de la instalación del Sistema Hidráulico Sicán para mejorar el sistema de riego en el Valle Chancay – Lambayeque, departamento de Lambayeque", ubicado en los distritos de Manuel Antonio Mesones Muro, Patapo y Chongoyape, provincias de Ferreñafe y Chiclayo, departamento de Lambayeque, el Gobierno Regional de Lambayeque y/o los responsables de la obra deberán asumir y ejecutar un Proyecto de Evaluación Arqueológica con excavaciones restringidas con fines de delimitación física (colocación de hitos) y señalización (colocación de letreros de material noble), así como la presentación de los expedientes técnicos en sistema UTM WGS84 (confirmado por la Ficha Técnica, Memoria Descriptiva, Plano de Delimitación y Ficha técnica del Hito Geodésico del Instituto Geográfico Nacional utilizado para el levantamiento topográfico y la delimitación perimétrica) de los monumentos

En tales lineamientos, no existiendo mérito probatorio sobre el cual este Tribunal Arbitral Unipersonal pueda formar su convicción respecto a la entrega de los informes tercero y cuarto del Contrato y del correspondiente pago, corresponde que las pretensiones primera, segunda y tercera de la demanda sean desestimadas.

⁸ LIÑAN ARANA, LUIS ALBERTO. Apuntes sobre la Prueba en el Proceso Civil. En: Advocatus N° 4. Lima, p. 250.

B.1.3. CONCLUSIÓN SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS ANALIZADOS

Después de analizar los puntos controvertidos precedentes relacionados con la primera, segunda y tercera pretensión principal de la demanda, este Tribunal Arbitral Unipersonal ha formado convicción respecto a que debe:

- **DECLARAR INFUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda, analizada en el primer punto controvertido; en consecuencia, no corresponde ordenar al Proyecto Especial Olmos Tinajones expedir a favor del señor Ángel Enrique Sánchez Borjas la conformidad de la prestación de los informes tercero y cuarto del contrato N° 001-2014/GR.LAM/PEOT, denominado «elaboración del estudio de evaluación arqueológica Sicán» para el Proyecto de Inversión Pública – PIP – a nivel de perfil, denominado «Instalación del sistema hidráulico Sicán para mejorar el sistema de riego en el valle Chancay».
- **DECLARAR INFUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda, analizada en el segundo punto controvertido; en consecuencia, no corresponde ordenar al Proyecto Especial Olmos Tinajones pagar a favor del señor Ángel Enrique Sánchez Borjas por la presunta elaboración de los informes tercero y cuarto del contrato N° 001-2014/GR.LAM/PEOT, denominado «elaboración del estudio de evaluación arqueológica Sicán» para el Proyecto de Inversión Pública – PIP – a nivel de perfil, denominado «Instalación del sistema hidráulico Sicán para mejorar el sistema de riego en el valle Chancay».
- **DECLARAR INFUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda, analizada en el tercer punto controvertido; en consecuencia, no corresponde ordenar al Proyecto Especial Olmos Tinajones pagar a favor del señor Ángel Enrique Sánchez Borjas los intereses correspondientes a la presunta elaboración de los informes tercero y cuarto del contrato N° 001-2014/GR.LAM/PEOT, denominado «elaboración del estudio de evaluación arqueológica Sicán» para el Proyecto de Inversión Pública – PIP – a nivel de perfil, denominado «Instalación del sistema hidráulico Sicán para mejorar el sistema de riego en el valle Chancay».

B.2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que se determine la valorización y posterior pago por los servicios adicionales prestados a favor de la demandada.

A efectos de analizar el punto controvertido antes citado es pertinente realizar una síntesis de la posición de las partes.

B.2.1. POSICIÓN DE LAS PARTES

Posición del Consultor



El Consultor sostiene que ha prestado a la Entidad servicios adicionales a los contratados, los cuales solicita se ordene el pago.

Posición de la Entidad

Al respecto, la Entidad sostiene que el Consultor no ha probado prestar los servicios requeridos a cobro.

B.2.2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL UNIPERSONAL

Vista la posición de las partes, es pertinente resaltar que la materia controvertida está referida a la declaración y pago por la presunta **ejecución de mayores prestaciones de servicio** por parte del Consultor bajo conocimiento y satisfacción del PEOT; en este sentido, previo a analizar el tema de fondo, es pertinente dilucidar, en primer término, si el mismo puede ser sometido o no a conocimiento del Tribunal Arbitral Unipersonal, hecho que si bien no ha sido deducido por el PEOT como una cuestión previa, su verificación importa en todo momento.

De este modo, es pertinente resaltar que el numeral 1 del artículo 41º de la Ley de Arbitraje establece que *«el Tribunal Arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso de las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia [...]»*.

La norma antes citada está estrechamente ligada al ejercicio del principio **KOMPETENCE – KOMPETENCE**⁹ por parte de los árbitros, en virtud del cual nosotros somos competentes para pronunciarnos sobre los alcances de nuestra propia competencia, ya sea a partir de la valoración de los vicios de fondo o forma que se aleguen o se desprendan de las normas en torno a la evaluación de los elementos de juicio que comprometan su autoridad para resolver la materia controvertida.

En efecto, conforme lo expresado por **CAIVANO**, *«en el caso de los árbitros, su [competencia] depende en forma mediata de las normas que admiten la instauración de un sistema particular de administración de justicia; si bien en forma inmediata la facultad de juzgar les es atribuida por las partes que los nombran para resolver un caso concreto, su [competencia] sufre una doble limitación, en razón de la materia y en razón del tiempo [...]». La competencia de los árbitros, a diferencia de la que tienen los jueces estatales, no es permanente ni genérica, sino limitada a las cuestiones comprometidas y a un tiempo determinado que las partes –o en defecto de pacto expreso, la ley– le otorgan para la expedición del laudo»*¹⁰.

⁹ «El principio **KOMPETENCE – KOMPETENCE** consiste en la posibilidad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia. Esto se conoce como el efecto positivo del principio. El efecto negativo del principio, a su vez, permite que los tribunales judiciales limiten su revisión a una determinación prima facie de la existencia y validez del convenio arbitral para que los árbitros sean los primeros en examinar su competencia y luego los tribunales judiciales ejerzan un control con la anulación o ejecución del laudo». **RUBIO GUERRERO ROGER**: El principio Kompetenz – Kompetenz en la nueva Ley Peruana de Arbitraje, en Lima Arbitration N° 04 – 2010 – 2011, pág. 1. Recuperado de: http://www.limaarbitration.net/LAR4/Roger_Rubio_Guerrero.pdf.

¹⁰ **ROQUE J. CAIVANO**. El arbitraje: Nociones introductorias, en Revista Electrónica de Derecho Comercial, pág. 3. Recuperado de: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>.

En palabras del autor antes citado, «los límites de la competencia arbitral provienen de su condición de jurisdicción privada y de su origen voluntario. Las primeras son limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico, están dirigidas a las partes e implican una restricción a su autonomía de la voluntad: no todas las personas pueden someter a decisión de los árbitros todas las cuestiones que deseen. Las segundas son las limitaciones que las propias partes imponen, están dirigidas a los árbitros y se derivan, precisamente, de lo que ellas pactaron en cada caso: quiénes se sometieron a arbitraje y para qué materias»^{11 12}.

En concreto, tal como lo afirmado por **JARROSSON**, «la noción de arbitrabilidad apunta a definir, teniendo en cuenta el carácter limitado de la [competencia] arbitral, respecto de qué cuestiones puede pactarse el desplazamiento de la jurisdicción judicial hacia árbitros y quiénes están legalmente habilitados para hacerlo. Arbitrabilidad es una cualidad de lo que es arbitrable, lo que significa «que es susceptible de ser arbitrado», término aplicable a las materias (arbitrabilidad objetiva) y a las personas (arbitrabilidad subjetiva)»¹³.

De este modo, la delimitación del campo de la arbitrabilidad se encuentra directamente relacionada con la eficacia del arbitraje, pues si la materia no es arbitrable –por tratarse de controversias indisponible por su naturaleza o porque la ley lo ha establecido así–, el laudo queda expuesto a cuestionamientos válidos dentro del propio proceso arbitral, como presupuesto de competencia de los árbitros, o en sede judicial, mediante el recurso de anulación de laudo, en el reconocimiento de laudo y en el proceso de ejecución del laudo¹⁴.

En nuestra República, las materias que pueden ser sometidas a arbitraje se encuentran establecidas en el artículo 2º del Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el arbitraje [en lo sucesivo, la **LEY DE ARBITRAJE**] la cual establece que «**pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen**». En derecho, tal como lo ha señalado **CASTILLO, VÁSQUEZ Y SABROSO** «la disponibilidad no es un concepto que tenga vida propia sino que está en función de lo que [prescribe] la ley. Es ésta la que determinará qué derechos son disponibles y cuáles no»¹⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, este colegiado, en atención a lo solicitado por el Consultor, tiene en consideración que, de acuerdo a lo establecido en el apartado 41.5 del artículo 41º de la LCE, en correlación con los artículos 174º y 191º de su reglamento, «**la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje. Tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones¹⁶ de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República**».

¹¹ **ROQUE J. CAIVANO**. Arbitrabilidad y Orden Público. Recuperado de: <file:///C:/Users/PC/Desktop/13801-54954-1-PB.pdf>.

¹² Como principio, la renuncia o el desplazamiento de la jurisdicción judicial a favor de los árbitros alcanza –subjetivamente– a quienes fueron parte de esa estipulación y –objetivamente– a todas las cuestiones que acordaron someter a juicio de los árbitros.

¹³ **JARROSSON, CHARLES**: «L'arbitrabilité: présentation méthodologique», Revue de jurisprudence commerciale. Enero 1996, Pág. 1. El autor aclara que, en su opinión, la única y verdadera arbitrabilidad es la objetiva (es la aptitud de un litigio de formar parte del objeto de un arbitraje) y que la arbitrabilidad "subjetiva" es un abuso del lenguaje. No obstante, lo utilizamos por razones de «comodidad gramatical».

¹⁴ Esta conclusión es expuesta con mayor amplitud por Roque J. CAIVANO. En: Arbitrabilidad y Orden Público. Recuperado de: <file:///C:/Users/PC/Desktop/13801-54954-1-PB.pdf>, el cual compartimos.

¹⁵ **CASTILLO FREYRE, MARIO, VÁSQUEZ KUNZE, RICARDO Y SABROSO MINAYA, RITA**. Nueva Ley de Arbitraje: ¿cuáles son las materias arbitrables? Recuperado de: <http://www.castillofreyre.com>

¹⁶ Prestación adicional, es aquella obligación que no estaba originalmente considerada en el contrato –y sus partes integrantes– pero que, al ser necesaria para cumplir con la finalidad del contrato, pueden ser requeridas por la Entidad durante la vigencia del Contrato y hasta por el límite señalado por la LCE y su reglamento.

La ejecución de prestaciones adicionales bajo la normativa de la contratación estatal implica el ejercicio de una potestad o prerrogativa pública¹⁷ de modificación unilateral¹⁸ del contrato. Dicha potestad ha sido conferida a las Entidades en reconocimiento de su calidad de garante del interés público¹⁹, para abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de las funciones que le ha conferido la ley.

Es bajo este escenario que en el ámbito de la contratación pública, no obstante haber sido el propio Estado el que ha decidido sustraerse de la de jurisdicción ordinaria para someter sus controversias al fuero arbitral –*delimitando la manifestación de voluntad y estableciendo un arbitraje forzoso para aquellas controversias que surjan desde la suscripción del contrato hasta la conformidad, liquidación y pago, según corresponda*– ha sido el propio Estado el que, ha decidido sustraer mediante ley la arbitrabilidad de las prestaciones adicionales²⁰.

En tales lineamientos, no resulta competente el árbitro suscrito para conocer la quinta pretensión principal de la demanda interpuesta por el Consultor pues constituye una materia que no es de libre disposición de las partes de acuerdo a derecho, concretamente por la exclusión expresa de la LCE y su Reglamento; por lo que, la misma debe ser declarada **IMPROCEDENTE**^{21 22}.

B.2.3. CONCLUSIÓN SOBRE EL PUNTO CONTROVERTIDO ANALIZADO

Después de analizar el Punto Controvertido precedente relacionado con la segunda pretensión principal de la Demanda, este Tribunal Arbitral Unipersonal ha formado convicción respecto a que debe:

- **DECLARAR IMPROCEDENTE** la quinta pretensión principal de la demanda, analizada en el quinto punto controvertido, por las consideraciones antes expuestas.

B.3. LA ASUNCIÓN DE LOS COSTOS ARBITRALES

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

¹⁷ LINARES JARA, MARIO. Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa, en: Revista de Derecho Administrativo N° 7, Pág. 181.

¹⁸ DROMI, ROBERTO. Licitación Pública. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, segunda edición, 1995, pág. 505. Según este autor, por el principio de mutabilidad «[...] la Administración tiene competencia para variar por sí lo establecido en el contrato y alterar las prestaciones y condiciones de su cumplimiento».

¹⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL. Las Cláusulas Exorbitantes, en: THEMIS, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 39, Pág. 7. Este autor señala que esta potestad respondería al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina «cláusulas exorbitantes» que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público –como es el que subyace a las contrataciones del Estado– en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado.

²⁰ A esta misma conclusión han arribado los doctores GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo y Vargas-Machuca, Roxana Jiménez. En OSCE al Día. «La arbitrabilidad de los adicionales de obra». Recuperado de: http://portal.osce.gob.pe/revista_osce/35/edicion/03.

²¹ Las partes deben tener en cuenta lo establecido por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en las Opiniones N° 126-2012/DTN y N° 116-2016/DTN. Recuperados de: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>.

²² Debe tenerse en cuenta que conforme lo ha advertido el Dr. Gonzalo García-Calderón Moreyra, «La Corte Superior ha ido generando una suerte de «jurisprudencia arbitral» en materia de enriquecimiento indebido o sin causa justificada, señalando que en esos supuestos no cabría el sometimiento del enriquecimiento indebido a la vía arbitral. Señalan como argumento que el enriquecimiento indebido o sin causa justificada, tiene como presupuesto la subsidiariedad, conforme se expone en el artículo 1955º del Código Civil, por lo que, no será procedente cuando la persona –en este caso– el Contratista o la Entidad, puedan ejecutar otra acción para obtener la respectiva indemnización. Nótese además que cuando el artículo 1955º consigna el término «otra acción» se está refiriendo a aquella que provenga de una relación contractual u otro vínculo que haya generado alguna obligación y no a cualquier otra acción, como la de indemnización propiamente dicha, pues esta se encuentra destinada a reparar daños ocasionados por incumplimiento de obligaciones y de lo contrario el ejercicio de tal acción resultaría ilusoria». En Revista Institucional OSCE al Día. «La arbitrabilidad de los adicionales de obra». Recuperado de: http://portal.osce.gob.pe/revista_osce/35/edicion/03.

Determinar si corresponde o no condenar al PEOT al pago de los costos del presente arbitraje.

B.3.1. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL UNIPERSONAL

En atención al numeral 1) del artículo 72° del D.L. N° 1071 - Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, este Tribunal Arbitral se pronuncia respecto a los costos detallados en el artículo 70° del mismo cuerpo legal.

Por su parte el artículo 70° de la mencionada Ley, prescribe que *«los costos del arbitraje comprenden: a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral; 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 tribunal arbitral; e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales»*.

Asimismo, el numeral 1 del artículo 73° 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, es pertinente resaltar que las partes no han establecido pacto alguno acerca de la asunción de los costos arbitrales; por lo que, corresponde que el Tribunal Arbitral Unipersonal se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia a fin de establecer si corresponde la atribución de los gastos arbitrales a una de las partes, y en qué medida, o la aplicación de un prorrateo razonable.

Ahora bien, respecto a la distribución de los costos la doctrina con alto acierto ha señalado que la regla general es que *«los costos deben de seguir el evento»*, es decir, que en atención a lo determinado en el fallo de las pretensiones, la distribución de los costos arbitrales deberá seguir la línea del criterio adoptado.

En este sentido, siendo que desde el punto de vista del Tribunal Arbitral Unipersonal, no puede afirmarse que existe una parte *«perdedora»*, en vista de que ambas tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, fuera del fallo dado, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral; este Tribunal Arbitral Unipersonal considera, siendo consecuente con lo resuelto en este laudo y atendiendo al resultado que se desprendió del análisis fáctico de los hechos y de los medios probatorios ofrecidos por las partes, que corresponde disponer que cada parte asuma el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (es decir, los honorarios del Tribunal Arbitral Unipersonal y los Gastos Administrativos del SNA-OSCE), y la totalidad de sus propios costos en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

B.3.2. CONCLUSIÓN SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS ANALIZADOS

Después de analizar el punto controvertido precedente relacionado con la tercera pretensión principal de la demanda y segunda pretensión principal de la reconvención, este Tribunal Arbitral Unipersonal ha formado convicción respecto a que, debe:

- **DECLARAR INFUNDADA** la cuarta pretensión principal de la demanda, analizada en el tercer punto controvertido; en consecuencia, no corresponde condenar al Proyecto Especial Olmos Tinajones al pago de la totalidad de los costos arbitrales irrogados por la activación del presente arbitraje.

III. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL UNIPERSONAL:

Previo a emitir el pronunciamiento, es pertinente dejar constancia que se ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, y que el sentido de la decisión es el resultado de ese análisis y de la convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas, y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes, no hayan sido expresamente citados en el presente Laudo.

Por las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, este Tribunal Arbitral Unipersonal, **LAUDA:**

PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda, analizada en el primer punto controvertido; en consecuencia, no corresponde ordenar al Proyecto Especial Olmos Tinajones expedir a favor del señor Ángel Enrique Sánchez Borjas la conformidad de la prestación de los informes tercero y cuarto del contrato N° 001-2014/GR.LAM/PEOT, denominado «elaboración del estudio de evaluación arqueológica Sicán» para el Proyecto de Inversión Pública – PIP – a nivel de perfil, denominado «Instalación del sistema hidráulico Sicán para mejorar el sistema de riego en el valle Chancay».

SEGUNDO.- DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda, analizada en el segundo punto controvertido; en consecuencia, no corresponde ordenar al Proyecto Especial Olmos Tinajones pagar a favor del señor Ángel Enrique Sánchez Borjas por la presunta elaboración de los informes tercero y cuarto del contrato N° 001-2014/GR.LAM/PEOT, denominado «elaboración del estudio de evaluación arqueológica Sicán» para el Proyecto de Inversión Pública – PIP – a nivel de perfil, denominado «Instalación del sistema hidráulico Sicán para mejorar el sistema de riego en el valle Chancay».

TERCERO.- DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda, analizada en el tercer punto controvertido; en consecuencia, no corresponde ordenar al Proyecto Especial Olmos Tinajones pagar a favor del señor Ángel Enrique Sánchez Borjas los intereses correspondientes a la presunta elaboración de los informes tercero y cuarto del contrato N° 001-2014/GR.LAM/PEOT, denominado «elaboración del estudio de evaluación arqueológica Sicán» para el Proyecto de Inversión Pública – PIP – a nivel de perfil, denominado «Instalación del sistema hidráulico Sicán para mejorar el sistema de riego en el valle Chancay».

CUARTO.- DECLARAR INFUNDADA la cuarta pretensión principal de la demanda, analizada en el tercer punto controvertido; en consecuencia, no corresponde condenar al Proyecto Especial Olmos Tinajones al pago de la totalidad de los costos arbitrales irrogados por la activación del presente arbitraje.

QUINTO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la quinta pretensión principal de la demanda, analizada en el quinto punto controvertido, por las consideraciones expuestas.

SEXTO.- DISPONER que cada parte asuma el pago de la mitad de los costos arbitrales decretados en el presente arbitraje (es decir, los honorarios del Tribunal Arbitral Unipersonal y los Gastos Administrativos del SNA-OSCE), y la totalidad de sus propios costos en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

SÉTIMO.- DISPONER la remisión de un ejemplar del presente Laudo Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado – OSCE.

Notifíquese a las partes.



HUGO ERNESTO SOLOGUREN CALMET PONTE
Árbitro Único