

Expediente N° S-017-2017/SNA-OSCE

CONSORCIO VIAL CHEN CHEN/ GOBIERNO REGIONAL DE MOQUEGUA

Arbitraje seguido entre:

CONSORCIO VIAL CHEN CHEN

(Demandante)

GOBIERNO REGIONAL DE MOQUEGUA

(Demandada)

LAUDO ARBITRAL

Arbitro Único

ROY ALEX PARIASCA VALERIO

Secretaria

SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE – OSCE

**LAUDO ARBITRAL INSTITUCIONAL, NACIONAL Y DE DERECHO DICTADO POR
EL ARBITRO ÚNICO ROY ALEX PARIASCA VALERIO, EN EL ARBITRAJE
SEGUIDO POR EL CONSORCIO VIAL CHEN CHEN CON EL GOBIERNO
REGIONAL DE MOQUEGUA**

Resolución N° 14

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los once (11) días del mes de octubre del año dos mil diecinueve (2019).

LAS PARTES DEL ARBITRAJE:

- **DEMANDANTE:** CONSORCIO VIAL CHEN CHEN, en adelante "EL CONTRATISTA" o "EL DEMANDANTE".
- **DEMANDADA:** GOBIERNO REGIONAL DE MOQUEGUA, en adelante "LA ENTIDAD" o "EL DEMANDADO".

DEL ÁRBITRO ÚNICO:

Roy Alex Pariasca Valerio fue designado por Resolución N° 049-2017-OSCE/PRE del 18 de setiembre de 2017.

DE LA SECRETARIA ARBITRAL:

Conforme a la cláusula décimo séptima del Contrato N° 263-2013-DLSG-DRA/GR.MOQ, el presente arbitraje de derecho se encuentra bajo la organización y administración de los Órganos del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y de acuerdo a su Reglamento.

LEY APPLICABLE EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL

En virtud a lo dispuesto en el numeral 3 del Acta de Instalación, el presente procedimiento se regirá por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (modificado mediante la Ley N° 29873) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (modificado mediante el Decreto Supremo N° 138-2012-EF).

Asimismo, se regirá por la Directiva N° 024-2016-OSCE/CE "Reglamento del régimen institucional de arbitraje subsidiario en contrataciones del Estado a cargo del OSCE", aprobado mediante Resolución N° 275-2016-OSCE/PRE, de fecha 22 de julio de 2016, y por el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

Las normas aplicables al arbitraje, de acuerdo a lo establecido por el numeral 52.3 del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, deben mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho:

1. La Constitución Política del Perú.
2. La Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y sus modificatorias.
3. El Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias.
4. Las normas de Derecho Público y;
5. Las normas de Derecho Privado.

I.- EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

- I.1 Con fecha 06 de octubre de 2014, “LA ENTIDAD” y “EL CONTRATISTA” suscribieron el Contrato N° 263-2013-DLSG-DRA/GR.MOQ, como consecuencia de la Buena Pro de la Adjudicación de Menor Cantidad N° 26-2013-CE/GR.MOQ, derivada de la Adjudicación Directa Pública N° 018-2013-CE/GR.MOQ, con el objeto de contratar el servicio de consultoría para la elaboración del estudio de Pre Inversión a Nivel de Perfil, por el monto de S/. 211,500.00 (Doscientos once mil quinientos con 00/100 soles), incluido IGV.
- I.2 En virtud de la Cláusula Décimo Séptima del Contrato, se dispuso que: “*Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante arbitraje, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE y de acuerdo Reglamento. La Sede del arbitraje será la ciudad de Lima*”.

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175 y 177 del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley.

(...).

El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.”

- I.3 De conformidad con lo manifestado por las partes en dicha Cláusula, se aprecia la existencia de un convenio arbitral, por lo que corresponde con las actuaciones arbitrales que deriven en la emisión del Laudo arbitral que corresponda.

II.- DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO ÚNICO.

Mediante Resolución N° 049-2017-OSCE/PRE del 18 de setiembre de 2017, la Presidencia Ejecutiva del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, designó al abogado Roy Alex Pariasca Valerio como Árbitro

Único en la controversia suscitada entre “**EL CONTRATISTA**” y “**LA ENTIDAD**” respecto del Contrato N° 263-2013-DLSG-DRA/GR.MOQ (en adelante el Contrato).

III.- DE LA PRESENTACIÓN DE SU DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN.

III.1 Conforme al numeral 8.3.1 del numeral 8.3 de la Directiva N° 024-2016-OSCE/CE (en adelante la Directiva), la parte interesada en iniciar el arbitraje deberá interponer su demanda arbitral ante el OSCE, si la demanda cumple con los requisitos, la pondrá en conocimiento de la otra parte.

Asimismo, el numeral 8.3.2 de la Directiva, establece que dentro del plazo de quince (15) días de notificada la demanda por la Secretaría Arbitral, la parte demandada deberá presentar su contestación de demanda.

IV.- DE LA DEMANDA PRESENTADA POR EL DEMANDANTE

Mediante escrito recibido con fecha 13 de enero de 2017, “**EL DEMANDANTE**” presentó su demanda arbitral.

En el mencionado escrito, “**EL DEMANDANTE**” consigna como parte de su petitorio lo siguiente:

Pretensiones Arbitrales:

Primera Pretensión Principal: la Entidad cumpla con pagar a “**EL DEMANDANTE**” la suma de S/. 25,150.00, correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento.

Segunda Pretensión Principal: la Entidad cumpla con pagar a “**EL DEMANDANTE**” la suma de S/. 5,816.25, que indebidamente no fue pagada por supuestamente haber incurrido en máxima penalidad por mora en la prestación.

Tercera Pretensión Principal: la Entidad asuma la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral.

Pretensión Accesoria de la Primera y Segunda Pretensión Principal: la Entidad cumpla con el pago de los intereses legales correspondientes, calculados desde la fecha de incumplimiento de pago, en favor de “**EL DEMANDANTE**”.

V.- DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del plazo establecido, con escrito presentado con fecha 04 de abril de 2017, “**EL DEMANDADO**” cumplió con contestar la demanda.

VI.- AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Con fecha 19 de febrero de 2018, se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios como sigue:

VI.1 Saneamiento procesal:

Luego de haberse recibido el escrito de demanda, “**EL DEMANDANTE**” ratificó su decisión de someter la controversia al presente arbitraje.

Asimismo, el Árbitro Único dejó constancia que en el presente arbitraje no se han planteado oposiciones al arbitraje, objeciones a la competencia del Árbitro Único, excepciones ni otro aspecto que impida la continuación regular de las actuaciones arbitrales, por lo que declaró saneado el proceso.

VI.2 Conciliación:

El Árbitro Único dejó constancia que tanto “**EL DEMANDANTE**” y “**EL DEMANDADO**” manifestaron su intención de no llegar a un acuerdo conciliatorio. Sin embargo, se informó a las partes que les asiste el derecho de conciliar sus pretensiones en cualquier estado del proceso.

VI.3 Fijación de puntos controvertidos:

Luego de revisar lo expuesto por las partes, se consideró como puntos controvertidos los siguientes:

- i) Determinar si corresponde o no que la Entidad cumpla con pagar al contratista la cantidad de S/. 25,150.00 (veinticinco mil ciento cincuenta con 00/100), correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento.
- ii) Determinar si corresponde o no que la Entidad cumpla con pagar al Contratista la suma de S/. 5,816.25 (cinco mil ochocientos dieciséis con 25/100), que le adeuda y que no fue pagada por haber incurrido en máxima penalidad por mora en la prestación.
- iii) Determinar si corresponde o no que la Entidad asuma la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral.
- iv) Determinar si corresponde o no que como consecuencia de ampararse la primera y segunda pretensión principal, la Entidad cumpla con el pago en favor del Contratista de los intereses legales correspondientes, calculados desde la fecha de incumplimiento de pago.

Señalándose que el Árbitro se reserva el derecho de analizar y, en su caso, resolver, los puntos controvertidos, no necesariamente en el orden en el que han sido señalados en el Acta.

VI.4 Saneamiento Probatorio:

El Árbitro Único atendiendo a los puntos controvertidos establecidos en el numeral precedente, procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos.

Medios probatorios de “**EL DEMANDANTE**” y “**EL DEMANDADO**”:

El Árbitro Único admitió los medios probatorios ofrecidos por “**EL DEMANDANTE**” en el Acápite IV denominado “DE LOS MEDIOS PROBATORIOS” numerales 1 al 5 de su escrito de demanda; asimismo, los ofrecidos por “**EL DEMANDADO**” que en su escrito de contestación en el numeral IV denominado “MEDIOS PROBATORIOS”, numerales del 1 al 5 del referido escrito de contestación.

Conforme a la facultad establecida en el literal b), del numeral 8.3.20 de la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD, y a fin de mejor resolver, el Árbitro Único como medio de probatorio de oficio solicitó a “**EL DEMANDADO**” que presente lo siguiente: i) Propuesta Técnica del Contrista; ii) Bases Integradas del proceso; iii) Contratos y adendas (si las hubiera); iv) Todos los documentos relacionados a la ejecución contractual; y v) El expediente de pago realizados al Contratista.

Cabe indicar, que “**EL DEMANDADO**” cumplió parcialmente con lo solicitado por lo que mediante Resolución N° 8, se solicitó a “**EL DEMANDADO**” que exhiba de manera completa todos los expedientes de pago efectuados a “**EL DEMANDANTE**”, en mérito del Contrato N° 263-2013-DLSG-DRA/GR.MQ y su prestación adicional y, asimismo, se le requirió un Informe de su Jefatura de Tesorería respecto de todos los pagos efectuados a “**EL DEMANDANTE**”, indicando: montos abonados, montos deducidos y retenidos indicando el motivo de los mismos.

“**EL DEMANDADO**” no cumplió con presentar lo requerido, pese a que se reiteró lo solicitado a través de la Resolución N° 9.

VII.- CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA, ALEGATOS, INFORMES ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR.

Mediante Resolución N° 10 de fecha 21 de mayo de 2019, se manifestó que conforme al numeral 8.3.22 de la Directiva se declaró concluida la etapa probatoria y se les otorgó a las partes un plazo de cinco días hábiles para que presenten sus alegatos escritos. Asimismo, se les citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 13 de junio de 2019.

Asimismo, mediante Resolución N° 11 de fecha 12 de junio de 2019, se dejó presente el no cumplimiento de las partes respecto a la presentación de sus alegatos escritos.

El día 13 de junio de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la sola asistencia de “**EL DEMANDANTE**”, quien informó oralmente y manifestó su posición respecto a los puntos en controversia.

Mediante Resolución N° 12 de fecha de 19 de agosto de 2019, se manifestó que conforme al numeral 8.3.23 de la Directiva, se expidió la resolución que fija el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, el mismo que podría ser prorrogado por el plazo de quince (15) días hábiles adicionales.

Posteriormente, mediante Resolución N° 13 de fecha 16 de setiembre de 2019, se manifestó que conforme al numeral 8.3.23 de la Directiva, se prorrogó por el plazo de quince (15) días hábiles adicionales, contados a partir del día siguiente de vencido el término original, el plazo para laudar.

VIII.- CUESTIONES PRELIMINARES EN EL PRESENTE ARBITRAJE.

Antes de entrar al análisis de la materia controvertida es necesario mencionar lo siguiente:

- VIII.1 Que, el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral según la normativa de contrataciones del Estado.
- VIII.2 Que, “**EL DEMANDANTE**” presentó su demanda conforme a lo dispuesto en el numeral 8.3.1 del numeral 8.3 de la Directiva N° 024-2016-OSCE/CE y ejerció plenamente su derecho a defensa.
- VIII.3 Que, “**EL DEMANDADO**” debidamente emplazado con la demanda, cumplió con presentar la contestación de la demanda dentro del plazo otorgado.
- VIII.4 Que, las partes han tenido la oportunidad de ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como la facultad de presentar sus alegatos y sustentar su posición.

IX.1- ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

- IX.2 **Primer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que la Entidad cumpla con pagar al contratista la cantidad de S/. 25,150.00 (veinticinco mil ciento cincuenta con 00/100), correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento.

De la verificación de la ficha del SEACE, se aprecia que la Adjudicación de Menor Cuantía N° 26-2013-CE/GR.MOQ, deriva de la primera convocatoria de la Adjudicación Directa Pública N° 18-2013-CE/GR.MOQ, la cual fue convocada con fecha 29 de agosto de 2013, por lo que corresponderá al presente caso las modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado, previstas en la Ley N° 29873 y las modificaciones del Reglamento de la Ley de

Contrataciones del Estado, previstas mediante el Decreto Supremo N° 138-2012-EF y el Decreto Supremo N° 116-2013-EF.

Posición de “EL DEMANDANTE”:

- 9.2.1 Con relación al punto materia de controversia, “**EL DEMANDANTE**” en sus fundamentos de su escrito de demanda ha señalado lo siguiente:

“(…)

3.1.1 *Con fecha 25 de octubre del 2013 se celebró el contrato N° 263-2013-DLSG.DRA/GR.MOQ, para la prestación del Servicio de Consultoría para la Elaboración del Estudio de Pre Inversión a Nivel de Perfil para el proyecto: “Construcción de Carretera Vía de Evitamiento Chen Chen – Mama Rosa”, entre el GOBIERNO REGIONAL DE MOQUEGUA y el CONSORCIO VIAL CHEN CHEN.*

3.1.2 *Con fecha 23 de junio del 2014, se celebró la Addenda N° 01, al contrato a que se contrae el numeral anterior, con el objeto de modificar la Cláusula Décima, referente a la conformidad del servicio, al haberse incurrido en error material. Y por Addenda N° 02, celebrada también con fecha 23 de junio del 2014 se modificó el plazo de ejecución del servicio, ampliéndose por 30 días calendario la entrega del Informe N° 2 y, por Resolución Ejecutiva Regional N° 507-2014-GR.MOQ, del 23 de mayo del 2014 se aprobó la contratación adicional hasta por el 18.95% del monto del contrato, con un presupuesto adicional de S/. 40,000.00.*

3.1.3. *Asimismo, por Carta N° 064-2015-CONSORCIO CHEN CHEN/GR.MOQ, de fecha 26 de junio del 2015, el Consorcio Vial Chen Chen solicitó la devolución del fondo de garantía no pagado por la Entidad hasta por la suma de S/. 25,150.00, equivalente al 10% del monto contractual.*

3.1.4. *Es el caso que, habiendo el Consorcio Vial Chen Chen tomado conocimiento del depósito efectuado a nuestras cuentas de una suma inferior a la que nos correspondía, esto es, sin habérsenos comunicado oficialmente la Entidad de dicho depósito, y luego de realizadas las consultas verbales a su personal, se nos informó que se realizó un pago menor en razón de habérsenos aplicado penalidades, razón por la cual, a través de la Carta Notarial N° 002-2016, de fecha 08 de julio del 2016, solicitamos a la Entidad corrija su error, pues se nos penalizó por S/. 6,345.00, cuando en realidad correspondía penalizársenos únicamente por S/. 528.75, es decir, por un día de atraso.*

3.1.5. *La Entidad, en atención a esta última carta, emite a través del Área de Procesos, el Informe N° 541-2016-JRAA-OPS/DLGS/DRA/GR.MOQ, de fecha 18 de julio del 2016, en el que opina que efectivamente se advierte un día de atraso en mora en la prestación del contrato y que éste equivale a S/. 528.75, correspondiendo en consecuencia reintegrar al contratista (Consorcio Vial Chen Chen) la suma de S/. 5,816.25. Lo que sin embargo nunca se produjo, al contrario, se nos remitió en respuesta a nuestra Carta Notarial N° 002.2016, la Carta Notarial N° 046-2016-ORAJ/GR.MOQ, de fecha 4 de agosto del 2016, entregada a nosotros el 15 de agosto del 2016, en la que, se declara improcedente nuestro pedido, por no constituir un mecanismo de defensa que*

establece la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado. Es decir, Conciliación y arbitraje y aún más, por encontrarse fuera del plazo que establece la ley, adjuntándose nos para tal efecto el Informe N° 0019-2016-GRM/ORAJ-JFZZ. Coligiéndose de éste último pronunciamiento de la Entidad, que, ante el hecho de habérsenos aplicado una penalidad, debíamos haberla reclamado a través de un proceso conciliatorio o de arbitraje dentro del plazo de 15 días hábiles, en conformidad al artículo 165 del acotado Reglamento.

(...)

3.1.9. Ante ello, el Consorcio Vial Chen Chen ha recurrido mediante solicitud de fecha 30 de setiembre del 2016, a la vía conciliatoria por ante el Centro de Conciliación "Manrique", proceso que culminó sin llegar a acuerdo conciliatorio alguno, según se acredita del Acta de Conciliación por falta de Acuerdo (Acta de Conciliación N° 082-2016) de fecha 23 de diciembre del 2016, por lo que dentro del plazo de ley estamos presentando la presente demanda arbitral a fin de que se declare fundad en todos sus extremos, en tanto el Gobierno Regional Moquegua, nos adeuda la suma total de S/. 30,966.25, S/. 25,150.00 por monto no pagado (retenido) por garantía de fiel cumplimiento y, S/. 5,816.25 por penalidad indebidamente aplicada.

3.1.10 Al respecto, resulta necesario establecer la forma en que se realizaron los pago por la Entidad y que en resumen mostramos, así como las sumas pendientes de pago, incluyendo el monto de pago pendiente por concepto de fianza de fiel cumplimiento, así como la penalidad que realmente corresponde aplicarnos:

PAGOS DEL GOBIERNO REGIONAL MOQUEGUA A FAVOR DE CONSORCIO VIAL CHEN CHEN					
FECHA	FACTURA N°	CONCEPTO	TOTAL FACTURADO	TOTAL PAGADO	FECHA DE PAGO
11/11/2013	84	Adelanto 30% del contrato	63,450.00	63,450.00	29/12/2013
19/05/2014	87	Valorización N° 1, 30% del contrato	33,840.00	33,840.00	30/07/2014
09/09/2014	97	Valorización N° 2, 35% del contrato	41,242.50	41,242.50	13/11/2014
09/09/2014	98	Adicional Valorización N° 1 y N° 2	22,000.00	22,000.00	24/09/2014
13/07/2015	109	Adicional Valorización N° 3	10,000.00	10,000.00	10/08/2015
13/07/2015	110	Valorización N° 3, 25% del contrato	37,012.50	37,012.50	10/08/2015
27/11/2015	201	Valorización Final 10% del contrato	14,805.00	8,460.00	08/03/2016
27/11/2015	202	Adicional Valorización Final	4,000.00	4,000.00	09/03/2016
S/F	114	Devol. de Fondo Garantía Retenido (no pagado) en Valorizaciones N° 1 y N° 2	25,150.00	0.00	-
TOTAL			251,500.00	220,005.00	

Penalidad por dia de atraso	528.75
Saldo Adeudado por Gobierno Regional de Moquegua a favor del Consorcio Vial Chen Chen	30,966.25

(...)

3.1.12 (...) el Gobierno Regional Moquegua, teniendo el Consorcio Vial Chen Chen la condición de micro empresa, debió efectuar la retención del 10% del monto contratado. Pero resulta que el Consorcio Vial Chen Chen, presentó las facturas para su pago, por un total equivalente al 90% del monto total que correspondía

pagarnos de acuerdo al contrato, esto es, sin considerar el 10% correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento.

Razón por la cual afirmamos que no corresponde devolución del 10%, sino el pago de dicho porcentaje, nunca retenido, sino, nunca pagado, es decir, que debiendo el Consorcio Vial Chen Chen emitir facturas por el 100% del monto que correspondía pagar, para que de dicha suma se retuviera el 10% se emitieron facturas por el 90%, por tanto, nunca se retuvo, sino, nunca se pagó". (sic)

Posición de "EL DEMANDADO":

- 9.2.2 Por otro lado, "**EL DEMANDADO**" en su escrito de contestación de demanda, señaló lo siguiente:

"Sobre esta primera pretensión debe ser declarada infundada en su oportunidad en todos sus extremos, toda vez que el CONSORCIO VIAL CHEN CHEN, tiene conocimiento de la existencia de una Carta N° 033-2016-GR.MOQ/ORA, de fecha 17 de Agosto del 2016, emitido por el Jefe de la Oficina Regional de Administración, de los descrito se informa que es improcedente atender a la Carta N° 66-2016-CONSORCIO CHEN CHEN con Registro 509820/368721, de fecha 19 de julio del 2016, dando respuesta se informó que el Gobierno Regional de Moquegua, no ha efectuado ninguna retención como garantía del 10% fiel cumplimiento del contrato, estando acreditado con los Registros SIAF, pero si se materializo la retención por detracción y la correspondiente aplicación de la penalidad, a la vez queda demostrado con el Informe del Jefe de la Oficina de Tesorería N° 111-2016-OT-OSGD/GHR.MOQ, de fecha 11 de agosto del 2016, precisa que no obra registro alguno referente a retenciones por garantías de fiel cumplimiento por el contrato principal y del Adicional N° 01, consecuentemente no atribuye monto alguno objeto de devolución.

Que, efectivamente para cautelar el correcto y oportuno cumplimiento de sus obligaciones durante la ejecución contractual, la normativa de contrataciones del Estado establece como requisito para la celebración de un contrato, Que el postor ganador de la Nueva Pro constituye y restringe a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento, por una equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original. En sentido, conforme al quinto párrafo del artículo 39 del D.L. 1017, "En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios, así como en los contratos de ejecución y consultoría de obrar que celebren las Entidades con las Micro y Pequeñas Empresas, estas últimas podrán otorgar como garantía de fiel cumplimiento por el 10% del monto a contratar, porcentajes que será retenido por la Entidad.

(...)

Que, de acuerdo a lo señalado en el objeto del Contrato N° 263-2013-DLSG-DRA/GR.MOQ, debió ser razonable en temas cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el resultado esperado para el Proyecto "Construcción de Carretera Vía de Evitamiento Chen Chen – Mama Rosa", por lo cual, al tener los términos establecidos en el mismo se observa que ninguna cláusula estipula la aceptación de la retención del 10% del modo total como garantías de fiel cumplimiento del contrato, ni la forma como se ejecutaría dicha retención. Por consiguiente valorando lo señalado en el Informe N° 111-2016-OT-OSGD/GHR.MOQ, de fecha 11 de agosto del 2016, intrínsecamente se

colige que el Gobierno Regional de Moquegua no efectuó ninguna retención como garantía de fiel cumplimiento del contrato, toda vez que conforme acreditan los Registros SIAF, solo se materializó la retención por detracción y la correspondiente aplicación de la penalidad, no obrando registro alguno referente a retención por garantías de fiel cumplimiento del contrato principal y del adicional N° 01". (sic) (el subrayado es nuestro).

Posición del ÁRBITRO ÚNICO:

- 9.2.3 El artículo 142 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que: "El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.

El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado".

Asimismo, el artículo 49 de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que: "Los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato, así como a lo dispuesto en los incisos 2) y 3) del artículo 1774 del Código Civil".

De otro lado, el artículo 151 del Reglamento, establece que durante la vigencia del contrato, los plazos se computarán en días calendario, excepto en los casos en los que el Reglamento indique lo contrario. El plazo de ejecución contractual se computa en días calendario desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases.

- 9.2.4. En el caso de autos se aprecia que el Contrato N° 263-2013-DLSG-DRA/GR.MOQ, suscrito con fecha 25 de octubre de 2013, tiene como objeto la prestación del servicio de consultoría para la elaboración del estudio de preinversión a nivel de perfil, para el proyecto "Construcción de Carretera Vía de Evitamiento Chen Chen – Mama Rosa", por el monto de S/. 211,500.00 (Doscientos once mil quinientos con 00/100 nuevos soles), incluido los impuestos de Ley.

El Anexo de Definiciones del Reglamento, define al Consultor como "La persona natural o jurídica que presta servicios profesionales altamente calificados en la elaboración de estudios y proyectos; en la inspección de fábrica, peritajes de equipos, bienes y maquinarias; en investigaciones, auditorias, asesorías, estudios de prefactibilidad y de factibilidad técnica,

económica y financiera, de estudios básicos, preliminares y definitivos, asesoramiento en la ejecución de proyectos y en la elaboración de términos de referencia, especificaciones técnicas y Bases de distintos procesos de selección, entre otros”.

Y al Consultor de obra, como “La persona natural o jurídica con no menos de un (1) año de experiencia especializada, que presta servicios altamente calificados consistente en la elaboración de expedientes técnicos de obras. También se considera consultor de obra a la persona natural o jurídica con no menos de dos (2) años de experiencia especializada que presta servicios altamente calificados consistentes en la supervisión de obras”.

De acuerdo a lo señalado anteriormente, el Contrato N° 263-2013-DLSG-DRA/GR.MOQ, tiene como objeto la prestación del servicio de consultoría para la elaboración del estudio de preinversión a nivel de perfil, por lo que dicho servicio es una consultoría en general, distinta a la consultoría de obras.

Ahora bien, en la cláusula cuarta del Contrato, se señala que el plazo de ejecución del servicio de consultoría se prestara conforme al siguiente detalle:

Descripción	Plazo
Informe N° 01: Avance Parcial	30 días calendario de iniciado el servicio
Informe N° 02: Borrador del Informe Final	70 días calendario de iniciado el servicio
Informe N° 03: Informe Final	120 días calendario de iniciado el servicio
A la aprobación del estudio por la OPI MTC y Proviñas Nacional, con Resolución Directoral (incluyendo levantamiento satisfactorio de observaciones que realice la OPI o DGPM de ser el caso)	

El inicio de la prestación será a partir de las siguientes condiciones:

- De solicitar Adelanto: a partir del día siguiente de otorgado.
- De no solicitar adelanto, a partir del día siguiente de suscrito el contrato.

Asimismo, en la cláusula sexta del Contrato se estableció la siguiente forma de pago:

Descripción	Plazo de Entrega	Trámite de Pago	Porcentaje de Pago
Informe N° 01: Avance Parcial	30 días calendario de iniciado el servicio	A la conformidad del Informe N° 1	30%
Informe N° 02: Borrador del Informe Final	70 días calendario de iniciado el servicio	A la conformidad del Informe N° 2	35%
Informe N° 03: Informe Final	120 días calendario de iniciado el servicio	A la conformidad del Informe N° 3	25%
A la aprobación del estudio por la OPI MTC y Proviñas Nacional, con Resolución Directoral (incluyendo levantamiento satisfactorio de observaciones que realice la OPI o DGPM de ser el caso)			10%

Posteriormente, con fecha 23 de junio de 2014, las partes suscribieron la Adenda N° 01 al Contrato, mediante la cual se rectifica la cláusula decima del Contrato referido a la conformidad del servicio, señalándose en el último párrafo lo siguiente:

"La recepción y conformidad del Estudio será responsabilidad de Sub Gerencia de Estudios GRM. La conformidad de la consultoría se efectuará por parte del Responsable del Proyecto, y con la aprobación de la Unidad Formuladora de PROVIAS NACIONAL".

Asimismo, en la misma fecha, las partes suscribieron la Adenda N° 02 al Contrato, en cuya cláusula primera se da cuenta de una prestación adicional del contrato por la suma de S/. 40,000.00, aprobado mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 507-2014-GR.MOQ de fecha 23 de mayo del 2014.

Dicha prestación adicional se da con la finalidad de incluir en el servicio de consultoría a un Especialista Ambiental y a un Especialista en Afectaciones Prediales, señalándose que las prestaciones adicionales dan a lugar a una ampliación de plazo de 30 días calendario para la entrega del Informe N° 02.

A su vez en la cláusula segunda de la Adenda N° 02, se modificó la cláusula cuarta (plazo de ejecución del servicio) y la cláusula sexta (forma de pago) conforme a lo siguiente:

Clausula cuarta: Plazo de ejecución del servicio

Descripción	Plazo
Informe N° 01: Avance Parcial	30 días calendario de iniciado el servicio
Informe N° 02: Borrador del Informe Final	100 días calendario de iniciado el servicio, el mismo que será contabilizado desde el día siguiente de suscrito el contrato inicial.
Informe N° 03: Informe Final	20 días calendario de aprobado el Borrador del Informe Final
A la aprobación del estudio por la OPI MTC y Provías Nacional, con Resolución Directoral (incluyendo levantamiento satisfactorio de observaciones que realice la OPI o DGPM de ser el caso)	

El inicio de la prestación será a partir de las siguientes condiciones:

- A. De solicitar Adelanto: a partir del día siguiente de otorgado.
- B. De no solicitar adelanto, a partir del día siguiente de suscrito el contrato.

Clausula sexta: forma de pago

Descripción	Plazo de Entrega	Trámite de Pago	Porcentaje de Pago
Informe N° 01: Avance Parcial	30 días calendario de iniciado el servicio	A la conformidad del Informe N° 1	30%

Informe N° 02: Borrador del Informe Final	100 días calendario de iniciado el servicio	A la conformidad del Informe N° 2	35%
Informe N° 03: Informe Final	20 días calendario de aprobado el Borrador del Informe Final	A la conformidad del Informe N° 3	25%
A la aprobación del estudio por la OPI MTC y Proviñas Nacional, con Resolución Directoral (incluyendo levantamiento satisfactorio de observaciones que realice la OPI o DGPM de ser el caso)			10%

- 9.2.5 Dicho lo anterior, verificado el plazo del Contrato de Consultoría, las prestaciones a cargo de “**EL DEMANDANTE**” hasta su culminación y la forma de pago a cargo de la Entidad, se procederá a verificar los efectos que trae consigo la conformidad de las prestaciones a cargo del Contratista.

El artículo 177 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que: “Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo. (...). (el subrayado es nuestro).

Al respecto, Morón Urbina sobre la conformidad de la prestación señala que: “*Es el acto de control a cargo del área usuaria por el que expresa la comprobación favorable de la cantidad y calidad de las prestaciones comprometidas por el contratista (bienes entregados, funcionamiento, rendimiento, medición de la obra, calidad del servicio, etc), previa realización de las pruebas necesarias. La conformidad de la prestación produce los siguientes efectos: activa el mecanismo para el proceder al pago al contratista, aprueba las prestaciones realizadas a su favor (incluso si hubiera modificaciones o incremento de prestaciones), libera de los posibles vicios o defectos manifiestos en la prestación (solo quedan susceptibles de reclamos los vicios ocultos).*¹

De lo anterior se desprende que luego de otorgada la conformidad de la prestación por parte de la Entidad, se genera el derecho al pago al contratista, en virtud a las prestaciones ejecutadas que se encuentran establecidas en el Contrato, las cuales se encuentran aprobadas por la Entidad.

- 9.2.6 Cabe precisar, que los contratos suscritos por los organismos del Estado, son considerados como “una categoría especial de contrato que se rige por reglas, principios y procesos propios, en el que existen acuerdo de voluntades sobre

¹ Juan Carlos Morón Urbina. La Contratación Estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado. Editorial Gaceta Jurídica Pp.679.

un objeto cierto, consentimiento de las partes y creación de derechos y obligaciones recíprocas entre ellas".²

Al respecto, Morón Urbina señala los siguientes elementos de los contratos suscritos por los organismos del Estado, entre otros, que lo distinguen del contrato privado, describiéndose lo siguiente:

"La desigualdad reglada entre las partes: En el contrato administrativo, las partes están sujetas a las normas legales por lo que no poseen libertad contractual y, por su lado, conforme al ordenamiento legal se atribuye al organismo convocante y al contratista una desigualdad jurídica. Mientras que la entidad tiene prerrogativas en la formación del contrato y en la ejecución, el contratista queda sometido a ellas mediante cargas (por ejemplo, prestación de garantías), soportar la dureza contractual derivada del fuerte control de la Administración sobre el cumplimiento de las prestaciones, exigiendo al contratista la diligencia ordinaria y especial".

"La función de regulación contractual: Respecto al contrato administrativo, la ley de la materia es imperativa, su observancia da validez al contrato y no se puede pactar contra ella".

"El equilibrio económico – financiero del Contrato: La noción de equilibrio económico – financiero nos hace alusión al balance o equivalencia que existe entre las prestaciones a cargo del Estado y su contratante, y que determinan que bajo las condiciones pactadas el contrato sea beneficioso para el Estado, de acuerdo a sus objetivos, y rentable para su contraparte.

La ruptura o alteración del equilibrio económico – financiero del contrato durante su ejecución, esto es, la equivalencia o correspondencia de las prestaciones determina el derecho de la parte afectada de exigir a su contraparte que se tomen las medidas necesarias, generalmente previstas en el propio contrato, para restablecer el equilibrio perdido".³

En atención a la función de regulación contractual las partes en los contratos suscritos por el Estado, deben sujetarse de manera obligatoria a las disposiciones normativas, en el presente caso la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; por lo tanto, el Contratista, así como la Entidad, no podrían pactar o ir en contra de dichas normas.

Asimismo, con respecto al equilibrio económico – financiero del contrato, debe haber una correspondencia entre las prestaciones ejecutadas por la Entidad y el contratista, la cual se materializa en la prestación de dar los bienes, prestar

² Opus Cit. Pp.76.

³ Opus Cit. Pp.61-72.

los servicios y ejecutar las obras conforme al contrato a cargo del contratista y como correspondencia de ello la prestación de pagar a la cual se encuentra a cargo la Entidad, luego de otorgada la conformidad.

- 9.2.7 En ese sentido, se procederá a verificar si “**EL DEMANDADO**” ha efectuado la totalidad de los pagos establecidos en el Contrato y de la prestación adicional del mencionado Contrato, toda vez que en el escrito de contestación de la demanda no se ha hecho referencia a la falta de conformidad de los entregables presentados por el contratista.

Cabe mencionar además, que a través de las Resolución Nº 8 se solicitó a “**EL DEMANDADO**” los expedientes de pago completos efectuados a “**EL DEMANDANTE**” en virtud al Contrato y su prestación adicional, ello con la finalidad de verificar la existencia de cualquier incumplimiento contractual de ambas partes, la conformidad brindada por la Entidad por las prestaciones ejecutadas y verificar la totalidad de los pagos efectuados, documentación que no fue presentada, pese a que fue reiterada a través de la Resolución Nº 9, haciéndose el apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos.

Ahora bien, de los medios probatorios presentados por “**EL DEMANDADO**” a través del escrito recibido con fecha 13 de marzo de 2018, se aprecia el Informe Nº 1353-2014-SGE-GRI/GR.MOQ, de fecha 10 de diciembre de 2014, elaborado por el Sub Gerente de Estudios del Gobierno Regional Moquegua, quien solicita se tramite el pago de la valorización Nº 03, así como el Informe Nº 349-2014-FJRA/SGE-GRI/GR.MOQ, de fecha 09 de diciembre de 2014, elaborado por el Responsable del Proyecto, en el último de los Informes se señala lo siguiente:

“Mediante carta S/N, del 21 de Octubre del 2013, el consorcio Vial Chen Chen, solicita la retención del 10% del Monto del contrato para garantizar el fiel Cumplimiento, al amparo del artículo 39 de la Ley de contrataciones del estado.

Mediante carta Nº 001-2013-CONGES/GR.MOQ.VIA, el consorcio Vial Chen Chen solicita el adelanto directo, correspondiente al 30% del Monto Contratado, de acuerdo a lo especificado en el contrato.

Con carta Nº 002-2014-DRA/GR.MOQ, el gobierno regional Moquegua comunica al consorcio Vial Chen Chen que el día 28-12-2013 se dio inicio al cómputo del plazo del contrato Nº 263-2013-DLSG-DRA/GR.MOQ.

Con Carta Nº 190-2014-GGR/GR.MOQ.9.1, el gobierno regional Moquegua comunica al consorcio Vial Chen Chen sobre la aprobación del Informe Nº 02 por parte de PROVIAS NACIONAL, la carta fue recibida el 23 de Julio de 2014, además se le recuerda que de acuerdo al contrato Nº 263-2013-DLSG-DRA/GR.MOQ y adenda Nº

02, el plazo establecido para la presentación del Informe N° 03: INFORME FINAL es de 20 días calendario (12 de Agosto del 2014).

(...)

Por consiguiente se solicita el trámite de pago de la valorización N° 03 correspondiente a la conformidad del Informe N° 03 de acuerdo al contrato N° 263-2013-DLSG-DRA/GR.MOQ del Proyecto presente me dirijo a Usted para solicitar el trámite de pago de la Valorización N° 03 del proyecto denominado "CONSTRUCCIÓN CARRETERA VÍA DE EVITAMIENTO CHEN CHEN – MAMA ROSA", teniendo un monto de 37,012.50 Nuevos soles, tal como se detalla en el cuadro adjunto". (sic)

De lo señalado en el Informe N° 349-2014-FJRA/SGE-GRI/GR.MOQ, se desprende lo siguiente:

- “**EL DEMANDANTE**” solicitó antes de la suscripción del contrato, la retención del 10% del monto del contrato como garantía de fiel cumplimiento del contrato al amparo de lo previsto en el artículo 39 de la Ley.
- “**EL DEMANDANTE**” solicitó el adelanto directo del 30% del contrato, conforme a la cláusula novena del contrato.
- El inicio del plazo del contrato, se computó desde el 28 de diciembre de 2013, el cual fue comunicado a través de la Carta N° 002-2014-DRA/GR.MOQ.
- El responsable de emitir las conformidades ha establecido en la suma de S/. 37,012.50, el monto a cancelar por el Informe N° 03.

De la verificación del Contrato N° 263-2013-DLSG-DRA/GR.MOQ, se aprecia que en ninguna de sus cláusulas y en sus adendas suscritas, se hace referencia a la entrega de la garantía de fiel cumplimiento del contrato por parte de “EL DEMANDANTE”, pese a que, por el tipo de contrato, se encontraba obligado a su presentación, dado que provenía de la primera convocatoria de la Adjudicación Directa Pública N° 18-2013-CE/GR.MOQ, y era exigido en las Bases de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 26-2013-CE/GR.MOQ, como uno de los documentos para la suscripción del contrato, de conformidad al numeral 2.6; asimismo, tampoco se hace referencia a la solicitud de retención del 10% del monto del Contrato.

Al respecto, el artículo 39 de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que: “En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios, así como en los contratos de ejecución y consultoría de obras que celebren las Entidades con las Micro y Pequeñas Empresas, éstas últimas podrán otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto total a contratar, porcentaje que será retenido por la Entidad”.

El artículo 155 del Reglamento, establece que: “(...) En los casos que resulte aplicable la retención del diez por ciento (10%) del monto del contrato original como garantía de fiel cumplimiento, dicha retención se efectuará durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo”.

El artículo 174 del Reglamento, establece que, en caso de adicionales o reducciones, el contratista aumentará o reducirá de forma proporcional las garantías que hubiera otorgado, respectivamente.

Asimismo, el artículo 173 del Reglamento señala que: “La amortización de los adelantos se hará mediante descuentos proporcionales en cada uno de los pagos parciales que se efectúen al contratista por la ejecución de la o las prestaciones a su cargo”.

En ese sentido, los pagos a efectuar a “**EL DEMANDANTE**” conforme a sus solicitudes (de retención y adelanto), de conformidad a lo señalado en los artículos 155 y 173 del Reglamento, y de acuerdo a los porcentajes de pago establecidos en el Contrato, debieron ser del siguiente modo:

Concepto	Monto a facturar descontando al adelanto otorgado	Monto a pagar descontando la retención de la garantía
Adelanto 30% del Contrato	S/ 63,450.00	S/ 63,450.00
Valorización Nº 1 (30% del Contrato)	S/ 47,587.50	S/ 37,012.50
Valorización Nº 2 (35% del Contrato)	S/ 58,162.50	S/ 47,587.50
Valorización Nº 3 (25% del Contrato)	S/ 37,012.50	S/ 37,012.50
Valorización Nº 4 (10% del Contrato)	S/ 5,287.50	S/ 5,287.50
Total Contrato	S/ 211,500.00	S/ 190,350.00
Prestación adicional	S/ 40,000.00	S/ 36,000.00
Total Contrato y adicional	S/ 251,500.00	S/ 226,350.00
Devolución del fondo de garantía luego de otorgada la conformidad		S/ 25,150.00

- 9.2.8 De los medios probatorios presentados por “**EL DEMANDADO**” a través del escrito recibido con fecha 13 de marzo de 2018, se aprecia el Informe N° 202-2018-GR.MOQ/ORA/OT-LMRC, de la Jefa de la Oficina de Tesorería, los reportes del SIAF y los comprobantes de pago, donde se evidencia que se efectuaron los siguientes pagos, con respecto al Contrato:

Concepto	Monto cancelado	Nº de comprobante de pago	Nº de Factura	Monto total Facturado
Adelanto 30% del Contrato (efectuado en el 2013)	S/. 55,836.00	838	000084	S/. 63,450.00
	S/. 7,614.00	839		
1er pago en el 2014	S/. 29,779.00	1182	000087	S/. 33,840.00
	S/. 4,061.00	1183		
2do pago en el 2014	S/. 19,800.00	2706	000098	S/. 22,000.00
	S/. 2,200.00	2707		
3er pago en el 2014	S/. 37,118.50	3804	000097	S/. 41,242.50
	S/. 4,124.00	3805		
Pago Único en el 2015	S/. 42,311.50	7765	000109 y 000110	S/. 47,012.50
	S/. 4,701.00	7766		
Pago Único en el 2016	S/. 10,579.00	9389	000201 y 000202	S/. 18,805.00
	S/. 1,881.00	9390		
	S/. 6,345.00 (descuento por penalidad)	9391		
Total Cancelado	S/. 220,005.00	Total Facturado		S/. 226,350.00

Del cuadro se aprecia que de la totalidad de los importes cancelados ascendente a la suma de S/. 220,005.00, se ha tomado en consideración únicamente las facturas por un monto ascendente a la suma de S/. 226,350.00, lo cual equivale al 90% del Contrato y de su prestación adicional, desprendiéndose con ello que existe un saldo pendiente de cancelar ascendente a la suma de S/. 25,150.00, equivalente al 10% del contrato modificado, monto que coincide con el solicitado en el escrito de demanda.

- 9.2.9 De lo anterior se colige que ha existido un error por parte de “**EL DEMANDANTE**” al momento de efectuar las facturaciones del pago de los entregables del Contrato y de la prestación adicional, puesto que no ha tenido en consideración el monto de la retención del 10% que debía efectuar a la Entidad como garantía de fiel cumplimiento del contrato, de conformidad al artículo 173 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en virtud a su solicitud, error que tampoco fue advertido por la Entidad, puesto que debió observar dicha facturación y adoptar las medidas adecuadas para garantizar el fiel cumplimiento del contrato ante cualquier eventual incumplimiento.

Cabe indicar, que la falta de facturación con respecto a la retención de la garantía de fiel cumplimiento del Contrato, ha sido corroborada por el propio “**DEMANDADO**” en su escrito de contestación, al afirmar que no se efectuó retención alguna como garantía de fiel cumplimiento del contrato.

En ese sentido al no haberse efectuado la totalidad de la facturación de los pagos del contrato, se estaría afectando el equilibrio económico – financiero del Contrato en perjuicio del Contratista, toda vez que el mismo ha cumplido con la totalidad de las prestaciones a su cargo y no la Entidad, no existiendo por ende una falta de correspondencia de prestaciones entre ambas partes; en ese sentido, resulta factible que se pague al Contratista, el monto de S/. 25,150.00 pendiente de cancelación, como consecuencia además del derecho que se le ha generado, al haberse otorgado la conformidad a la totalidad de las prestaciones del Contrato y de su prestación adicional, de conformidad al artículo 177 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- 9.2.10 Por lo expuesto anteriormente, corresponde declarar fundada la primera pretensión de la demanda, y por ende corresponde ordenar a “**EL DEMANDADO**” que cumpla con cancelar a “**EL DEMANDANTE**” la suma de S/. 25,150.00 (veinticinco mil ciento cincuenta con 00/100), al haberse otorgado la conformidad a la totalidad de las prestaciones del Contrato y de su prestación adicional.

- IX.3 Segundo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que la Entidad cumpla con pagar al Contratista la suma de S/. 5,816.25 (cinco mil ochocientos dieciséis con 25/100), que le adeuda y que no fue pagada por haber incurrido en máxima penalidad por mora en la prestación.

Posición de “EL DEMANDADO”:

- 9.3.1 “**EL DEMANDADO**” en su escrito de contestación de demanda, señaló lo siguiente

“Sobre esta pretensión sostengo que debe ser declarada infundada en todos sus extremos, toda vez que con el Informe N° 019-2016-GRM/ORAJ-JFZZ, de fecha 03 de agosto del 2016, emitido por la Oficina de Asesoría Jurídica del Gobierno Regional, informa que luego de analiza que el CONSORCIO VIAL CHEN CHEN, ha tomado conocimiento de la aplicación de la penalidad con fecha 05 de abril del 2016, por lo que una vez aplicada la penalidad tenía 15 días hábiles para ejercer su derecho de defensa a través de los mecanismos de defensa que establece la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado, es decir, la Conciliación y/o Arbitraje que la Carta Notarial N° 002-2016 del CONSORCIO VIAL CHEN CHEN, no es la vía, ni el mecanismo que ha establecido la Ley, para ejercer su derecho y aún más si el plazo ya ha prescrito, siendo debidamente notificado el Informe en mención con la Carta Notarial N° 046-2016-ORAJ/GR.MOPQ, de fecha 04 de agosto de 2016 dirigido a la Sra. María Hortencia Tupayachi Muñiz, refiere que es improcedente por no constituir el mecanismo de defensa que establece la Ley y Reglamento (D.L. N° 1017 y D.S. N° 184-2008-EF Modificado por D.S. N° 138-2012-EF).”

Que, de conformidad con el Art. 52 de la LCE determina que “Las Controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficaz, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes (...). Los procedimientos de conciliación y/o

arbitraje del solicitar en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, para los casos específicos en los que la materia de controversia se refiere a la nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación del plazo contractual recepción y conformidad de prestación (...) debiendo iniciar el procedimiento dentro de los 15 días hábiles según lo establece el Reglamento.

(...)

Manifestar, que en los plazo establecidos en la Ley de Contrataciones del Estados son perentorio o de Caducidad, es decir, de concluido el contrato y/o de haberse aplicado la Penalidad la demandante tenía 15 días hábiles para utilizar, los mecanismos de defensa que establece la referida Ley, es decir pudo haber solicitado la Conciliación y/o el Arbitraje, debe tener en cuenta que la demandante toma conocimiento de la aplicación de la penalidad el día 05 de abril del 2016, y su solicitud de conciliación es de fecha 30 de setiembre del 2016, por lo que esta fuera del plazo de Ley". (Sic)

Posición del ÁRBITRO ÚNICO:

- 9.3.2 Según Mario Castillo Freyre – Rita Sabroso Minaya, la caducidad “*es definida como el instrumento mediante el cual el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente, en razón de la inacción de su titular durante el plazo prefijado por la ley o la voluntad de los particulares*”.⁴

Asimismo, dichos autores citando a Vidal Ramírez señalan que “*tratándose de la caducidad el orden público es más acentuado que en la prescripción, puesto que su elemento más importante es el plazo previsto en la ley de cada caso en que se origine un derecho susceptible de caducidad. En este instituto, más que en la prescripción, se aprecia el imperativo de la ley por definir o resolver una situación jurídica o su cambio, Por ello, refiriéndose a los plazos de caducidad, Josserand dice que funcionan como una guillotina, sin tener en cuenta ninguna consideración, porque son completamente extraños a toda idea de prueba y de presunción; instituyen una realidad no consagran un cálculo de probabilidades; van directamente al fin sin nada que pueda hacer que se desvíen; son verdaderas medidas de policía jurídica*”.

A su vez dichos autores señalan que “*cuando se establece un plazo de caducidad, ello se hace porque no solamente se quiere evitar que quien goce de una determinada pretensión, deje de ejercerla, sino que además no tenga siquiera el derecho de ejercerla*”.

- 9.3.3 El numeral 52.2. del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, establece lo siguiente:

“Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato.”

⁴ Castillo Freyre, Mario y Sabroso Minaya, Rita. El Arbitraje en la Contratación Pública. Volumen 7. Lima. Palestra Editores. 2009.

Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a la nulidad del contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento....(...).

- 9.3.4 En ese sentido, la normativa de contrataciones ha señalado expresamente el plazo de quince (15) días hábiles, para que opere la caducidad de las controversias relacionadas a los siguientes: i) nulidad de contrato; ii) resolución de contrato; iii) ampliación de plazo contractual; iv) recepción y conformidad de la prestación; v) valorizaciones o metrados; y vi) liquidación del contrato y pago.

En este caso, cabe determinar cuándo culmina el contrato, a fin de establecer el plazo de caducidad que tiene “**EL DEMANDANTE**” para solicitar el arbitraje.

- 9.3.5 Al respecto, el artículo 42 de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que “los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente.

Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el Contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento (...).

De acuerdo a lo señalado anteriormente, para el caso de bienes y servicios (dentro de estos, la consultoría en general) la culminación del contrato, se presenta con la conformidad de recepción de la última prestación pactada en el Contrato, y con el pago correspondiente, dado que con el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación.

- 9.3.6 Al resolver el punto controvertido anterior, se ha determinado que existe un saldo pendiente de pago ascendente a la suma de S/. 25,150.00, por lo que al existir un saldo del Contrato, este todavía se encuentra vigente de conformidad al artículo 42 de la Ley concordado con el artículo 177 del Reglamento.

En ese sentido, “**EL DEMANDANTE**” se encuentra habilitado para efectuar cualquier reclamo o controversia relacionada al Contrato, como es el caso del cobro de penalidades, debido a que el mismo todavía se encuentra vigente, de conformidad a lo establecido en el numeral 52.2. del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

- 9.3.7 Dicho lo anterior, de los documentos adjuntos al escrito de demanda, se aprecia el Informe N° 460-2016-GRM/ORA-OLSG, de fecha 25 de julio de 2016, del Jefe de la Oficina de Logística y Servicios Generales del Gobierno Regional de Moquegua, en donde se señala lo siguiente:

"(...) en el marco de su ejecución se advierte que el Contratista ha incurrido en incumplimiento contractual respecto al plazo determinado para la entrega del Primer Informe denominado AVNCE PARCIAL, conforme al clausula cuarta del contrato, el Contratista debió entregar dicho informe el 27/01/2014 (30 días calendario de otorgado el adelanto); de los actuados se tiene, que el Contratista entregó dicho informe el 28/01/2014 Proviñas Nacional y el 29/01/2016, a la Entidad, hecho que advierte una mora de 01 día calendario".

Consecuentemente, se colige que se ha APLICADO INDEBIDAMENTE al Contratista Consorcio Vial Chen Chen una penalidad por la suma de S/. 6,345.00 Soles, por lo tanto, identificada la penalidad real, en sujeción al Principio de Equidad que rige la Contratación Pública y los Principios de Legalidad y Razonabilidad CORRESPONDE REINTEGRAR al Contratista el monto diferencial de S/. 5,816.25 Soles" (sic)

De acuerdo a lo expuesto anteriormente se aprecia que la Entidad le ha aplicado una penalidad al Contratista, por la demora de un día en la presentación del primer Informe o Entregable del Contrato, aplicando erróneamente la fórmula de penalidad por mora establecida en la cláusula décima tercera del referido Contrato.

- 9.3.8 De acuerdo a lo expuesto anteriormente, el Contrato tiene por objeto la prestación del servicio de consultoría para la elaboración del estudio de Pre Inversión a Nivel de Perfil, para el proyecto "Construcción de Carretera Vía de Evitamiento Chen Chen – Mama Rosa".

Al respecto, la Opinión N° 047-2015/DTN de la Dirección Técnica Normativa del OSCE establece lo siguiente con relación al cobro de penalidades de los servicios de estudios de Pre Inversión:

"Abundando en lo anterior, debe precisarse que la elaboración de cada uno de los estudios de preinversión y del expediente técnico de obra constituyen un conjunto de prestaciones, distintas entre sí, y de ejecución sucesiva, pues es necesaria la elaboración y aprobación del estudio de perfil para poder delimitar el alcance del estudio de prefactibilidad; la elaboración y aprobación del estudio de prefactibilidad para poder determinar el alcance del estudio de factibilidad; la elaboración y aprobación del estudio de factibilidad para que –luego de declarada la viabilidad del proyecto de inversión pública– se pueda elaborar el expediente técnico de obra.

Asimismo, es importante señalar que las prestaciones detalladas en el párrafo anterior, dado su carácter independiente y sucesivo, presentan plazos de ejecución independientes, los mismos que deben encontrarse detallados en el respectivo contrato.

De esta manera, la contratación por paquete para la elaboración de los estudios de preinversión (perfil, prefactibilidad y factibilidad) y del expediente técnico de una obra implica la ejecución de un conjunto de prestaciones, distintas entre sí, de ejecución sucesiva y que presentan plazos de ejecución independientes para cada una de ellas; por lo que este tipo de contratación puede asimilarse a lo que en la doctrina civil se

denomina como "contratos coligados o conexos", los cuales "(...) son los constituidos por la yuxtaposición de varios contratos, distintos entre sí, que se unen para alcanzar una finalidad determinada." (El resaltado es agregado).
(...).

En esa medida, en atención a los criterios antes detallados, en el marco de una contratación que tiene por objeto la elaboración de los estudios de preinversión y del expediente técnico de obra, la elaboración de cada estudio de preinversión constituiría una prestación de ejecución única, pues cada prestación se entiende cumplida cuando el contratista entregue el estudio respectivo. Asimismo, la consultoría de obra consistente en la elaboración del expediente técnico también constituiría una prestación de ejecución única, pues se entiende cumplida cuando el contratista entregue dicho expediente a la Entidad. (el subrayado es nuestro).

(...)

En consecuencia, en la contratación por paquete para la elaboración de los estudios de preinversión y la elaboración del expediente técnico de obra, la penalidad diaria se calcula en función a cada una de las prestaciones involucradas, por lo que tanto el monto como el plazo para el cálculo de dicha penalidad deben corresponder al monto y plazo de la prestación materia de retraso y no al monto y plazo total de la contratación.

Finalmente, es importante precisar que los atrasos en la presentación de informes sobre los avances en la ejecución de una prestación⁵ no constituyen un atraso que genere la aplicación de penalidad por mora pues esta se aplica al atraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, entendiéndose estas como "La ejecución de la obra, la realización de la consultoría, la prestación del servicio o la entrega del bien (...).", de conformidad con el numeral 39 del Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones.(el subrayado es nuestro).

Así también, la Opinión N° 002-2016/DTN de la Dirección Técnica Normativa del OSCE, emitida igualmente en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado N° 1017 y su Reglamento, establece lo siguiente:

"En esa medida, en atención a los criterios antes mencionados, en el marco de una contratación que tiene por objeto la elaboración de estudios de preinversión, la elaboración de cada estudio (perfil, prefactibilidad y factibilidad) constituiría una prestación de ejecución única, pues cada prestación se entiende cumplida cuando el contratista entregue el estudio respectivo.

(...)

De esta manera, en los contratos de ejecución única para realizar el cálculo de la penalidad diaria a ser aplicada al contratista, debe tomarse en consideración el plazo y el monto correspondiente al contrato.

(...)

⁵ Para el caso materia de consulta, la elaboración de cada estudio de preinversión (perfil, prefactibilidad y factibilidad) y del expediente técnico de obra constituyen prestaciones independientes.

Ahora bien, en relación a la consulta formulada, y conforme al criterio establecido en la Opinión N° 047-2015/DTN, debe indicarse que en un contrato que tiene por objeto la elaboración del perfil los retardos en la presentación de informes sobre los avances en la ejecución de la prestación no constituyen un atraso que genere la aplicación de penalidad por mora, pues esta se aplica al atraso injustificado en la ejecución de la prestación objeto del contrato, es decir, la elaboración del perfil.

Por tanto, cuando se produzca un retraso injustificado en la ejecución de la prestación objeto del contrato y siempre que se trate de un contrato de ejecución única, como el correspondiente a la elaboración del perfil, para calcular la penalidad por mora debe considerarse el monto y plazo total del contrato y no los correspondientes a cada uno de los informes de avance que puedan requerirse en su ejecución.

- 9.3.9 De acuerdo a lo expuesto en las mencionadas Opiniones del OSCE, los contratos de consultoría para la elaboración de perfiles constituyen contratos de ejecución única, entendiéndose cumplido el Contrato cuando se entregue el perfil respectivo; asimismo, la demora en la entrega de los informes sobre los avances en la ejecución de la elaboración del perfil no genera la aplicación de penalidad por mora, dado que ésta se aplica únicamente en la entrega de la elaboración del perfil.

De acuerdo al Informe N° 460-2016-GRM/ORA-OLSG, la penalidad aplicada al Contratista ha sido por la demora en la entrega del Avance Parcial “Primer Informe” del Contrato, aplicándosele la fórmula de penalidad por mora establecida en la cláusula décimo tercera del Contrato.

Por lo que de acuerdo a lo expuesto anteriormente la demora en la presentación de dicho informe no se encuentra sujeta a penalidad, dado que la misma se aplica únicamente en la demora en la presentación de la elaboración del perfil, la cual se materializaría en la presentación del Informe Final según el Contrato.

Por lo que corresponde declarar fundada la segunda pretensión de la demanda, ordenándose a “**EL DEMANDADO**” a cancelar a “**EL DEMANDANTE**” la suma de S/. 6,345.00 soles, por la aplicación de la penalidad indebida en la presentación del primer informe del Contrato.

- IX.4 **Tercer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que como consecuencia de ampararse la primera y segunda pretensión principal, la Entidad cumpla con el pago en favor del Contratista de los intereses legales correspondientes, calculados desde la fecha de incumplimiento de pago.
- 9.4.1 Con relación al pago de intereses legales respecto a la suma de S/. 25,150.00, el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado, dispone que: “En caso de

atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes (...).

Asimismo, el artículo 148 del Reglamento, establece que: "(...) en caso de retraso en el pago, el contratista tendrá el derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse".

Sobre el particular, el numeral 2.9 de las Bases de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 26-2013-CE/GR.MOQ, establece que para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por el contratista, la Entidad deberá contar con la siguiente documentación:

- Informe del funcionario responsable del área usuaria emitiendo su conformidad de la prestación efectuada.
- Factura

Conforme a lo expuesto en el primer punto controvertido, "**EL DEMANDANTE**" ha incurrido en un error al momento de efectuar las facturaciones de los entregables del Contrato, las cuales no se han realizado conforme a lo establecido en los artículos 155 y 173 del Reglamento, y de acuerdo a los porcentajes de pago establecidos en el Contrato.

Por lo que no contarse con la facturación correcta, respecto al saldo de la suma de S/. 25,150.00, equivalente al 10% del Contrato y de su prestación adicional, la Entidad no ha contado con la documentación exigida en el numeral 2.9. de las Bases a fin de que pueda realizar los pagos oportunamente respecto de la suma de S/. 25,150.00, la cual se ha dilucidado recién en el presente arbitraje, razón por la cual no resulta factible otorgar el pago de intereses legales, respecto de dicho saldo, no resultando amparable este extremo de la demanda.

- 9.4.2. Con relación al pago de intereses legales respecto al monto de la penalidad, se aprecia que no ha existido ningún supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que exima a la Entidad del pago de intereses por el atraso en el pago de los S/. 6,345.00 soles, sino que por el contrario este se debió a que se ha aplicado penalidades por mora en la presentación de un informe que no se encontraba sujeta a la misma, por lo que corresponde se le apliquen los intereses legales correspondientes.

Cabe precisar, que para el cálculo de los intereses legales se debe computar desde el día siguiente de vencido el plazo para el pago.

Tal como se ha mencionado anteriormente, la penalidad aplicada al Contratista se efectuó en el último entregable presentado por “**EL DEMANDANTE**”.

De acuerdo a lo establecido en la cláusula sexta del Contrato: “*La Entidad se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en nuevos soles, en el plazo de 15 días, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de ser estos recibidos*”.

De los documentos adjuntos a la contestación a la demanda, se aprecia la Carta N° 063-2015-CONSORCIO CHEN CHEN/GR.MOQ, recibida por “**EL DEMANDADO**” con fecha 30 de junio de 2015, mediante la cual “**EL DEMANDANTE**” remite el entregable final del Contrato y de la prestación adicional, adjuntando la Resolución Directoral N° 496-2015-MTC/20 de fecha 18 de junio de 2015, el Formato SNIP-03, con código N° 306695, Perfil aprobado por la OPI Transportes, el 29 de mayo de 2015, y las facturas N° 004-000111 y N° 004-000112, documentación que corresponde al cuarto entregable según el Contrato.

En ese sentido, la conformidad de los servicios prestados por el último entregable debió ser emitida el 10 de julio de 2015, razón por la cual el plazo máximo de 15 días calendario para efectuar el pago venció el 25 de julio de 2015.

En ese sentido, para el cálculo de los intereses se debe computar desde el día siguiente de vencido el plazo para el pago, esto es, desde el 26 de julio de 2015 hasta la fecha efectiva del pago.

Por lo que corresponde declarar fundado este extremo de la pretensión de la demanda, ordenándose a “**EL DEMANDADO**” a cancelar a “**EL DEMANDANTE**” los intereses legales de la suma de S/. 6,345.00 soles, desde el 26 de julio de 2015, hasta la fecha efectiva del pago.

IX.5 Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que la Entidad asuma la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral.

- 9.5.1 Este Arbitro Único, sobre la base de los actuado en el presente arbitraje, considera que las partes han actuado conforme a la existencia de razones para litigar, la cual resulta ser atendibles, además que han realizado la defensa de sus posiciones e intereses, lo que a la luz del presente documento se advierte que ambas partes tuvieron la necesidad de acudir a una instancia que pudiera dilucidar las diferentes controversias suscitadas, razón por la cual se considera que cada parte debe asumir los gastos arbitrales al 50% y que cada parte

asuma los gastos de defensa en que cada una ha incurrido en el presente proceso arbitral, conforme a lo dispuesto en el numeral 8.4.2. de la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD.

- 9.5.2 Sin perjuicio de lo establecido en el numeral anterior, de los actuados se advierte que mediante Resolución N° 02, se resolvió tener por efectuado por parte del Contratista el pago de los gastos arbitrales en subrogación de la Entidad; en razón de lo cual, se dispone que la Entidad devuelva el monto de S/. 1,909.50, correspondiente a los honorarios del Árbitro Único y de la suma de S/. 896.50, por la Secretaría Arbitral, monto que se encontraba a cargo de la Entidad, pero que fuera asumido por el Contratista.

DE LO RESUELTO POR EL ÁRBITRO ÚNICO:

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y sus modificatorias, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias; la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD "Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a Cargo del OSCE", aprobado mediante Resolución N° 275-2016-OSCE/PRE; así como lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1071, el Arbitro Único en Derecho:

LAUDA:

PRIMERO. - DECLARAR FUNDADA la primera pretensión de la demanda; y por ende corresponde ordenar a "**EL DEMANDADO**" que cumpla con cancelar a "**EL DEMANDANTE**" la suma de S/. 25,150.00 (veinticinco mil ciento cincuenta con 00/100), pendiente de pago, al haberse otorgado la conformidad a la totalidad de las prestaciones del Contrato original y de su prestación adicional.

SEGUNDO. - DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión de la demanda; ordenándose a "**EL DEMANDADO**" que cumpla con cancelar a "**EL DEMANDANTE**" la suma de S/. 6,345.00 soles, por la aplicación de la penalidad indebida en la presentación del primer informe del Contrato.

TERCERO. - DECLARAR FUNDADA PARCIALMENTE la cuarta pretensión de la demanda, ordenándose a "**EL DEMANDADO**" a cancelar a "**EL DEMANDANTE**" el pago de intereses legales correspondiente a la suma de S/. 6,345.00 soles, por la aplicación de penalidad indebida, desde el 26 de julio de 2015 hasta la fecha efectiva del pago.

CUARTO. – DECLARAR que cada parte asuma por igual los gastos arbitrales y que cada uno asuma los gastos derivados de su defensa en el presente arbitraje; en consecuencia, **DISPONGASE** que la "**EL DEMANDADO**" proceda con la devolución del monto de S/. 1,909.50, correspondiente a los honorarios del Árbitro Único y de la

suma de S/. 896.50, por la Secretaria Arbitral, a favor de “**EL DEMANDANTE**”; monto que se encontraba a cargo de la Entidad, pero que fuera asumido por el Contratista.

QUINTO. - REGÍSTRESE el presente laudo arbitral en el SEACE conforme a lo dispuesto en el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Notifíquese y regístrese.



ROY ALEX PARIASCA VALERIO
ARBITRO ÚNICO

Expediente N° S-017-2017/SNA-OSCE

CONSORCIO VIAL CHEN CHEN / GOBIERNO REGIONAL DE MOQUEGUA

Arbitraje seguido entre:

CONSORCIO VIAL CHEN CHEN

(Demandante)

GOBIERNO REGIONAL DE MOQUEGUA

(Demandada)

INTERPRETACIÓN Y EXCLUSIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Arbitro Único

ROY ALEX PARIASCA VALERIO

Secretaria

SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE – OSCE

**INTERPRETACIÓN Y EXCLUSIÓN DEL LAUDO ARBITRAL AD HOC, NACIONAL
Y DE DERECHO DE FECHA 11 DE OCTUBRE DE 2019**

Resolución N° 17

I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN:

El presente resolución se expide en la ciudad de Lima a los nueve (09) días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve (2019).

II. LAS PARTES:

- **DEMANDANTE:** CONSORCIO VIAL CHEN CHEN, en adelante “EL CONTRATISTA” o “EL DEMANDANTE”.
- **DEMANDADA:** GOBIERNO REGIONAL DE MOQUEGUA, en adelante “LA ENTIDAD” o “EL DEMANDADO”.

III. DEL ÁRBITRO ÚNICO:

Dr. Roy Alex Pariasca Valerio.

IV. DE LA SECRETARIA ARBITRAL:

Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado - OSCE

V. ANTECEDENTES:

- 5.1 Que, mediante Laudo Arbitral Institucional y de Derecho expedido el 11 de octubre de 2019, el Árbitro Único en el punto primero de la Parte Resolutiva del Laudo, declaró fundada la primera pretensión de la demanda, ordenando a “**EL DEMANDADO**” que cumpla con cancelar a “**EL DEMANDANTE**” la suma de S/. 25,150.00 (veinticinco mil ciento cincuenta con 00/100), pendiente de pago.
- 5.2 Que, mediante escrito recibido con fecha 05 de noviembre de 2019, “**EL DEMANDADO**” solicitó al Árbitro Único la interpretación y exclusión del Laudo, en base a los argumentos que en dicho escrito se indican.
- 5.3 Que, mediante Resolución N° 15, notificada con fecha 15 de noviembre de 2019, se corrió traslado de la solicitud de interpretación y exclusión de Laudo a “**EL DEMANDANTE**” para que dentro de los diez (10) días hábiles exprese lo conveniente a su Derecho.

- 5.4 Que, “**EL DEMANDANTE**” mediante escrito presentado el 20 de noviembre de 2019, ha expresado lo conveniente a su Derecho, acerca de la solicitud de interpretación y exclusión de Laudo presentado por “**EL DEMANDADO**”.
- 5.5 Que, mediante Resolución N° 16, el Arbitro Único ha resuelto traer a resolver la solicitud de interpretación y exclusión de Laudo formulado por “**EL DEMANDADO**”.

VI. RESPECTO DE LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN Y EXCLUSIÓN DEL LAUDO.

- 6.1 Que, el numeral 8.3.28 de la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD “Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE”, establece que dentro del plazo de diez (10) días de notificado el laudo bajo las formalidades previstas en la normativa de Contrataciones del Estado aplicable y en el presente Reglamento, las partes podrán solicitar al Árbitro Único la rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que consideren convenientes.
- 6.2 Que, tanto la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y sus modificatorias; así como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias, no regulan la interpretación y exclusión del laudo.
- 6.3 Por otro lado, el literal b), del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje –, establece que la interpretación tiene por objeto solicitar al Árbitro Único, la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.

Asimismo, el literal d), del mencionado artículo, señala que las partes pueden solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.

- 6.4 Sobre el particular, Mario Castillo Freyre señala que: “*(...) la interpretación tiene por objeto solicitar al tribunal arbitral que aclare aquellos extremos de la parte resolutiva del Laudo que resulten obscuros o que resulten dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento del árbitro que pueden ser obscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en lo resolutivo o decisorio del laudo, vale decir, en aquello que se declare u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el arbitraje.*

Nótese que la Ley de Arbitraje señala que lo único que procede interpretar es la parte decisoria del laudo y sólo excepcionalmente la parte considerativa en

cuanto influya en ella, es decir, que para poder ejecutar lo decidido sea necesario comprender los fundamentos. Claramente, este recurso tiene que ver con precisar qué es lo que se ha ordenado a las partes.

(...)

Queda claro, entonces, que mediante el recurso de interpretación no se podrá solicitar la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del tribunal arbitral. Dicho recurso tampoco tiene naturaleza impugnatoria, propia de las apelaciones o reconsideraciones. De lo contrario, se lograría por la vía indirecta lo que no se pudo obtener por la vía directa, ya que el laudo en este caso es inapelable.

Entonces, sólo se puede interpretar la parte resolutiva del laudo o, excepcionalmente, la parte considerativa en cuanto tenga que ser entendida para la ejecución adecuada de lo ordenado. Una “clarificación” de los fundamentos, de la evaluación de las pruebas o del razonamiento del laudo es evidentemente improcedente y, como tal, debe ser desestimada”.¹

A su vez, dicho autor manifiesta con respecto a la exclusión del laudo lo siguiente: “Como se puede apreciar, la exclusión es el caso inverso de la integración. Si bien se trata de un caso atípico, es posible que el tribunal arbitral haya resuelto una materia que no constituye objeto de pretensión por las partes, es decir, que ellas no sometieron a su decisión. Para estos efectos, la Ley de Arbitraje contempla un remedio específico: el recurso de exclusión”.²

- 6.5 Del escrito presentado por parte “**EL DEMANDADO**” funda su solicitud de interpretación de Laudo, en base a lo siguiente:

“De acuerdo a lo establecido en el Contrato y en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento una condición previa para que se genere el derecho a pago, es la emisión de la conformidad de la prestación. Precisamente en la Adenda 1 al Contrato se estableció que la recepción y conformidad del Estudio será responsabilidad de la Sub Gerencia de Estudios GRM y que la conformidad de la consultoría se efectuará por parte del Responsable del Proyecto, y con la aprobación de la Unidad Formuladora de PROVIAS NACIONAL (este aspecto es señalado de manera expresa en la página 13 del Laudo).

Atendiendo a ello, lo que se debió de verificar previamente a declarar el derecho al pago del Contratista, es si obraba en autos los documentos que acreditaban la conformidad de las prestaciones ejecutadas, sin embargo, el razonamiento efectuado en el Laudo omite la verificación de este requisito previo al pago, ya

¹ Mario Castillo Freyre. “La Ley de Arbitraje. Análisis y comentarios a diez años de su vigencia”. Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2018. 711-713.

² Idem

que reconoce expresamente que esta documentación no fue presentada, por lo tanto, no se encontraba acreditado ello.

Pese a no contar con la conformidad de prestación, el análisis del Laudo sobre este punto controvertido fue verificar si la Entidad cumplió con pagar o no la totalidad de las prestaciones, asumiendo como un hecho acreditado y por lo tanto cierto de que se hubieran emitido las conformidades de las prestaciones, lo cual no ha sucedido tal como usted mismo lo ha reconocido”.

Con relación a la exclusión del laudo, “**EL DEMANDADO**” señala lo siguiente:

“Sobre el particular, conviene precisar que el equilibrio económico financiero del contrato es un argumento que no ha sido alegado por ninguna de las partes el mismo ha sido introducido recién en el Laudo por el árbitro por lo tanto, no hemos tenido oportunidad de ejercer nuestro derecho de defensa sobre este argumento el cual ha sido determinante para que se declare fundada la primera pretensión de la demanda.

En ese sentido, solicitamos se excluya del Laudo, toda la fundamentación relativa al equilibrio financiero del contrato, ya que el mismo no ha sido un aspecto sometido a conocimiento del árbitro único al no haber sido alegado por ninguna de las partes intervenientes en el presente arbitraje”.

- 6.6 “**EL DEMANDANTE**” mediante escrito presentado el 20 de noviembre de 2019, ha absuelto la solicitud de interpretación y exclusión de laudo, señalando lo siguiente:

“En virtud a lo expuesto el Árbitro Único debe tener en cuenta que, cualquier solicitud de “Interpretación de laudo” referida a los fundamentos, a la evaluación de las pruebas o al razonamiento del árbitro para emitir el laudo, en la medida que encubra en realidad un cuestionamiento al fondo de lo resuelto, debe ser declarada improcedente, lo que corresponde declarar en el presente caso.

Del contenido de la solicitud, se puede advertir que la argumentación formulada por el Gobierno Regional Moquegua, tal y como se desprende del escrito presentado, pretende cuestionar los criterios asumidos por el Árbitro Único para llegar a la decisión final contenida en el laudo, sobre todo cuando se realiza argumentaciones destinadas a la decisión de la cuestión de fondo, cuando esta se ha sustentado ampliamente en su parte considerativa, cuestionando la Entidad la existencia, valoración y compulsación de los medios probatorios, sobre la conformidad de la prestación.

(...)

En el caso sub materia, el Árbitro Único en ninguna forma ha resuelto sobre un hecho no sometido a controversia, en tanto, se ha emitido el laudo, resolviendo

en todos los extremos materia de controversia y según las pretensiones, sin haber laudado sobre algún punto no controvertido, no habiendo ningún pronunciamiento extra petita que dé lugar a una hipótesis de exclusión del laudo, pues, los argumentos sobre el equilibrio económico financiero no hacen sino definir la obligación de contraprestación que corresponde realizar a la Entidad por el trabajo realizado por nuestra parte, lo que está contemplado en la propia Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aplicables al caso”.

- 6.7 De la verificación del extremo referido a la solicitud de interpretación de laudo, se aprecia que “**EL DEMANDADO**” busca que se reevalúen los fundamentos del laudo y los medios probatorios a fin de verificar la conformidad de las prestaciones de los servicios prestados por “**EL DEMANDANTE**” en el Contrato N° 263-2013-DLSG-DRA/GR.MOQ, previo a declarar el derecho o su reconocimiento de pago, lo cual implica que dicha solicitud tenga una naturaleza impugnativa, lo cual es evidentemente ajena a la naturaleza de la solicitud de interpretación de laudo.

Por lo que siendo ello así, al solicitarse en la presente solicitud la reevaluación de los fundamentos del laudo y los medios probatorios presentados en el proceso arbitral, corresponde declarar improcedente el extremo de la solicitud de interpretación de laudo planteado por “**EL DEMANDADO**”.

Cabe agregar, además que el propio “**DEMANDADO**” en ninguna parte de su contestación de demanda, ha alegado alguna supuesta falta de conformidad de las prestaciones efectuadas por el contratista en el Contrato, a fin de cuestionar el pago reclamado por “**EL DEMANDANTE**” en su escrito de demanda, lo cual ha sido señalado claramente en el numeral 9.2.7. del laudo.

- 6.8 Con respecto al extremo referido a la solicitud de exclusión de laudo, se aprecia que con la misma “**EL DEMANDADO**” solicita se retire los fundamentos referidos al equilibrio económico financiero del contrato debido a que los mismos no han sido alegado por ninguna de las partes.

Tal como se ha expuesto anteriormente con la solicitud de exclusión del laudo, se busca que el árbitro retire aquellas decisiones que no hayan sido materia de pretensión de las partes, situación que no se ha presentado en el presente caso puesto que el árbitro único ha resulto conforme a las pretensiones establecidas en la demanda y contestación de la misma.

Cabe indicar, que los fundamentos referidos al equilibrio económico financiero del contrato, que han servido para sustentar la primera pretensión de la demanda, hace referencia al balance o equivalencia de las prestaciones que tiene que existir entre las Entidades y su contraparte, y por ende al derecho al pago que tiene “**EL DEMANDANTE**”, como consecuencia de las prestaciones ejecutadas por aquél, de conformidad al artículo 177 del Reglamento de la Ley

de Contrataciones del Estado, el cual ha sido expuesto en los numerales 9.2.5 y 9.2.9 del laudo.

Por lo que al haberse resuelto conforme a las pretensiones establecidas en la demanda y contestación de la misma, el extremo referido a la solicitud de exclusión de laudo planteado por "**EL DEMANDADO**", también resulta ser improcedente.

- 6.9 Cabe mencionar, que el Arbitro Único al momento de resolver ha fundamentado su pronunciamiento motivadamente, arribando a conclusiones sobre la base del análisis del contrato, adenda, principios y normas pertinentes, así como del estudio de los medios probatorios aportados por las partes.
- 6.10 Por lo que en virtud a ello, y siendo que el sustento de la decisión del Árbitro Único se encuentra detallada y motivada en el laudo arbitral, corresponde declarar improcedente la solicitud de interpretación y exclusión del laudo, deducida por "**EL DEMANDADO**".

Por las razones expuestas;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- DECLÁRESE IMPROCEDENTE la solicitud de interpretación y exclusión de laudo, deducida por "**EL DEMANDADO**".

SEGUNDO.- REGÍSTRESE la presente resolución en el SEACE conforme a lo dispuesto en el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Notifíquese y regístrese.



ROY ALEX PARIASCA VALERIO

ARBITRO ÚNICO