

OSCE

2019-15613432-LIMA
COMPLETO

INTERESADO : SOLIS TAFUR EDUARDO ADOLFO
RUC : 10078148620 RNP:
DOCUMENTO : ESCRITO
NRO :
FECHA : 10/09/2019
TRAMITE : 240-COMUNICACIONES DIVERSAS
ASUNTO : REMITE LAUDOS
PRIORIDAD : NORMAL
N. FOLIOS : 24
EMISOR : ATEJEDA
PLAZO ATENCION: DIAS HABILES
ESTADO : COMPLETO
TRAMITE ORIGEN: 15613432
OBSERVACIONES : 03 JUEGOS DE LAUDO
NRO. EXPEDIENTE: 2019-0078766

ACCIONES

01 TRAMITE	13 PROYECTAR SOLUCION
02 OPINION	14 PARA TRAMITACION INMEDIATA
03 INFORME	15 EVALUAR Y RECOMENDAR
04 CONOCIMIENTO Y ACCIONES	16 AGREGAR ANTECEDENTES
05 COORDINAR	17 PROYECTAR BASES
06 COORD. CON EL AREA USUARIA	18 VERIFICAR STOCK Y ATENDER
07 ARCHIVO	19 PARA CONOC. Y DEVOLUC
08 SOLUCION DIRECTA X ESCRITO	20 AUTORIZADO
09 ATENC. DE ACUERDO A LO SOLIC.	21 POR CORRESPONDERLE
10 HABLAR CONMIGO	22 VISACION
11 SOLICITAR ANTECEDENTES	23 SUPERVISAR
12 PREPARAR RESPUESTA	24 CUSTODIA

DERIVADO A:	ACCIONES	FECHA	OBSERVACIONES	V.B
1.- <DAR>		10/09/2019 11:48:24		
2.-				
3.-				
4.-				
5.-				
6.-				
7.-				
8.-				

Lima, 10 de setiembre de 2019

Señores

Dirección de Arbitraje del OSCE

Atención: Secretaria Arbitral Patricia C. Dueñas Liendo

Ref. : Exp. S-176-2016/SNA/OSCE

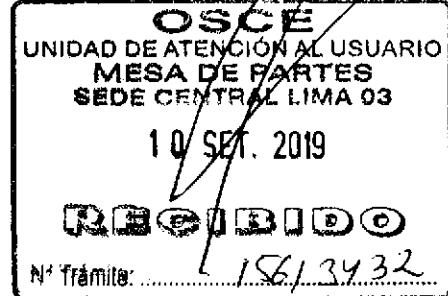
De mi consideración:

Por medio de la presente, cumplo con adjuntar en tres (3) ejemplares, el laudo arbitral de derecho seguido entre CONSORCIO TERRASUR contra el PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA, S-176-2016/SNA-OSCE, dejándose expresa constancia en autos.

Atentamente



EDUARDO SOLIS TAFUR
ÁRBITRO



Expediente N° : S-176-2016/SNA-OSCE
Demandante : Consorcio Terrasur
Demandado : Programa Nacional de Infraestructura Educativa - PRONIED

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Resolución N° 19

En Lima, a los 10 días del mes de setiembre del 2019, el Arbitro Unico, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, actuados los medios probatorios, escuchado los argumentos sometidos y deliberados en torno a las pretensiones planteadas los justiciables y, habiendo cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno que afecte la validez del presente proceso arbitral, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, se dicta el laudo siguiente:

I. CONVENIO ARBITRAL

El Convenio Arbitral está contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato N° 203-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED, contrato para la contratación de la ejecución de la obra: "Adecuación, Mejoramiento y Sustitución de la Infraestructura Educativa de la I.E. Francisco Irazola – Satipo-Satipo-Junín", suscrito el 09 de noviembre de 2015 entre CONSORCIO TERRASUR y el MINISTERIO DE EDUCACIÓN - PRONIED, la cual señala lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

18.1 Las partes acuerdan que toda controversia que surja sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del presente contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el Art. 23º de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785 y su modificatoria Ley N° 29622, publicada el 07.12.2010 y demás que por su naturaleza sean exclusivas por ley.

18.2 Sin perjuicio de lo anterior, el enriquecimiento sin causa, así como las materias que sean de fuentes de obligaciones distintas del presente Contrato no será materia arbitrable.

18.3 Si la Conciliación concluyera por inasistencia de una o ambas partes, con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes someterán a la competencia arbitral la solución definitiva de las controversias, para tales efectos, cualquier de las partes deberá, dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de concluida la conciliación, iniciar el arbitraje, El vencimiento del plazo antes indicado, sin que se haya iniciado el arbitraje, implicará la renuncia de las pretensiones fijadas en la solicitud de conciliación.

18.4 Las partes acuerdan que se someterán a un arbitraje de derecho para que se resuelvan las controversias definitivamente, de conformidad con los procedimientos establecidos en los artículos 214º, 215º, 216º, 217º, 218º y 219º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en lo que resulte aplicable y no contravenga el acuerdo contenido en la presente cláusula. Dicho arbitraje será de tipo institucional y deberá ser organizado y administrado por el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, de conformidad con sus reglamentos vigentes a la fecha de suscripción del presente Contrato, a los cuales las partes se someten libremente, sin perjuicio de lo establecido en el presente convenio arbitral.

18.5 En caso que el monto de la cuantía de la (s) controversia (s) señalada (s) en la solicitud de arbitraje sea indeterminable o de un monto superior a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha de la referida solicitud, la (s) controversia (s) será (s) resuelta (s) por un tribunal arbitral compuesto por tres (3) árbitros. Cada una de las partes designará a un árbitro y ambos árbitros designarán a su vez al tercero, y este último presidirá el tribunal arbitral.

18.6 De otro lado, si el monto de la cuantía de la (s) controversia (s) señalada (s) en la solicitud de arbitraje es menor a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha de la referida solicitud, la (s) controversia (s) será (s) resuelta (s) por un árbitro único, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 220º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

18.7 Cuando exista un proceso arbitral en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo Contrato, solo procederá la acumulación del proceso y/o pretensiones siempre que exista común acuerdo entre las partes formalizado por el escrito de manera indubitable.

18.8 Las partes no le confieren al Tribunal Arbitral Colegiado o al Árbitro Único la posibilidad de Ejecutar Laudo.

18.9 En caso de que por falta de los pagos correspondientes, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral Colegiado, según corresponda determine el archivo o la determinación de las actuaciones arbitrales, según la denominación del Reglamento aplicable, ello implicará la culminación del proceso arbitral y en consecuencia, el consentimiento de los actos que fueron materia de controversias en el referido proceso.

18.10 Las partes acuerdan que para interponer recurso de anulación de Laudo Arbitral ante el Poder Judicial, no constituirá requisito de admisibilidad para el referido recurso, la presentación de recibo de pago, comprobante de depósito bancario o fianza solidaria por el monto laudado, o cualquier otro tipo de carga o derecho a favor de la parte vencedora, creado o por crearse.

18.11 La presentación de recibo de pago, comprobante de depósito bancario o fianza solicitado por el monto laudado o cualquier otro tipo de carga o derecho a favor de la parte vencedora, creado o por crearse, no será necesaria para requerir la suspensión de los efectos del laudo arbitral ante el Poder Judicial, no obstante lo indicado en el Reglamento del Centro Institucional”

En ese sentido, las partes se sometieron voluntariamente a un arbitraje institucional, Nacional y de Derecho, a fin de resolver la controversia derivada del CONTRATO.

II. DESIGNACIÓN DEL ARBITRO UNICO

Mediante comunicación de fecha 19 de enero de 2017 el OSCE designó como Árbitro Único al Dr. Eduardo Adolfo Solís Tafur, en la cual se señala que ha sido debidamente designado de acuerdo con la Ley y al Convenio Arbitral celebrado entre las partes, ratificándose en la aceptación del encargo de Arbitro Unico y señala que no tiene ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes. Asimismo, se obliga a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.

El Arbitro Unico manifiesta, bajo declaración jurada, ser abogado con especialización acreditada en Derecho Administrativo, Arbitraje y Contrataciones con el Estado.

III. EL PROCESO ARBITRAL

A) INSTALACIÓN DEL ARBITRO UNICO Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APPLICABLE

Con fecha 14 de marzo de 2017 se llevó a cabo la audiencia de instalación, con presencia y participación de la señora Patricia Carmen Dueñas Liendo, representante de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE; así como de los representantes de ambas partes. Asimismo, en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral (En adelante El Acta) se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de honorarios del Tribunal y la Secretaría Arbitral.

Cabe resaltar que las partes han aceptado plenamente la designación del Arbitro Unico al no haber recusado al mismo ni manifestado motivo alguno para dudar de su independencia e imparcialidad, dentro de los plazos y oportunidades establecidos en el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, en adelante la Ley de Arbitraje.

B) NORMATIVIDAD APPLICABLE AL PROCESO ARBITRAL . -

Conforme a lo establecido en EL ACTA, la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la peruana. Las normas aplicables al presente arbitraje es el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por D.S. 184-2008-EF.

Asimismo, por lo dispuesto en la Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE. La Directiva N° 007-2009-OSCE/CD y el Decreto Legislativo N° 1071.

C) ACTUACIONES ARBITRALES

1. Con fecha de recepción 13 de junio de 2016, y encontrándose dentro del plazo, el CONTRATISTA presenta su escrito de Demanda Arbitral, formulado las siguientes pretensiones:

- **Primera Pretensión principal:**

Se declare la invalidez e ineficacia de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 0202-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED, notificada mediante Oficio N° 3538-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED de fecha 23 de mayo del 2016, por la cual se declara

improcedente nuestra solicitud de Ampliación de Plazo parcial N° 04 por 25 días calendario.

• **Segunda Pretensión Principal:**

Se otorgue al Consorcio Terrasur la ampliación de plazo parcial N° 04 por 25 días calendario, que hemos solicitado con nuestra Carta N° 053-2016/CT-SATIPO, recibida por la supervisión el 02/05/2016, misma que fue declarada improcedente por la Entidad mediante la Resolución Directoral Ejecutiva 0202-2016-MINEDU/VMGI/PRONIED, así como el reconocimiento de los mayores gastos generales correspondiente a los días materia de ampliación.

• **Tercera Pretensión Principal:**

Se disponga el pago de S/. 176,147.30 (Ciento Setenta y Siete Mil Ciento Cuarenta y Siete con 30/100 Nuevos Soles), por Concepto de Mayores Gastos Generales derivados de la ampliación de plazo, conforme a la liquidación de gastos que adjuntamos como Anexo 1-G de la presente demanda.

• **Cuarta Pretensión Principal:**

Que, se condene a la entidad demandada PRONIED, al pago de las costos costas del proceso arbitral.

2. Mediante Cedula de Notificación N° 1951-2016, la Dirección de Arbitraje del OSCE notificó la demanda a la Entidad para que cumpla con contestarla.
3. La Entidad presentó su contestación el 07 de julio de 2016.

AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

4. En la audiencia realizada el 05 de julio de 2018, no se arribó a un acuerdo conciliatorio; no obstante, se dejó abierta la posibilidad de que las mismas logren entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del arbitraje.
5. El Tribunal Arbitral en el Apartado 3 procedió a fijar los siguientes puntos controvertidos en función a las pretensiones planteadas, en los siguientes términos:

Primera Pretensión principal:

- Determinar si corresponde o no "se declare la invalidez e ineficacia de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 0202-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED, notificada mediante

DAR/CCA/dbz

 www.osce.gob.pe

 Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n Jesús María / Lima / Perú

Página 5 de 23

 Central telefónica: 613-5555

Oficio N° 3538-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED de fecha 23 de mayo del 2016, por la cual se declara improcedente nuestra solicitud de Ampliación de Plazo parcial N° 04 por 25 días calendario”.

Segunda Pretensión Principal:

- Determinar si corresponde o no “se otorgue al Consorcio Terrasur la ampliación de plazo parcial N° 04 por 25 días calendario, que hemos solicitado con nuestra Carta N° 053-2016/CT-SATIPO, recibida por la supervisión el 02/05/2016, misma que fue declarada improcedente por la Entidad mediante la Resolución Directoral Ejecutiva 0202-2016-MINEDU/VMGI/PRONIED, así como el reconocimiento de los mayores gastos generales correspondiente a los días materia de ampliación.”

Tercera Pretensión Principal:

- Determinar si corresponde o no “se disponga el pago de S/. 176,147.30 (Ciento Setenta y Siete Mil Ciento Cuarenta y Siete con 30/100 Nuevos Soles), por Concepto de Mayores Gastos Generales derivados de la ampliación de plazo, conforme a la liquidación de gastos que adjuntamos como Anexo 1-G de la presente demanda de fecha 13 de junio de 2016”.

Cuarta Pretensión Principal:

- Determinar si corresponde o no “que, se condene a la entidad demandada PRONIED, al pago de costas y costos”.

6. Se admitieron los siguientes medios probatorios ofrecidos por las partes:
 - **De la Demanda:** De parte de EL CONTRATISTA se admiten y actúan los documentos ofrecidos en su escrito de demanda de fecha 13 de junio de 2016, los cuales se acompañaron en calidad de anexos.
 - **De la Contestación:** De parte de la Entidad se admiten y actúan los documentos ofrecidos en su escrito de contestación de fecha 07 de julio de 2016, los cuales se acompañaron en calidad de anexos.
7. El 29 de abril de 2019 se llevó adelante la audiencia de ilustración de hechos.

ALEGATOS Y AUDIENCIA DE INFORME ORAL

8. Con fecha 17 de julio de 2019 se llevó adelante la audiencia de alegatos con la presencia de los representantes de la Entidad.

PLAZO PARA LAUDAR

9. Mediante Resolución N° 18 de fecha 17 de julio de 2019 el Arbitro Unico fijó el plazo para laudar de veinte (20) días hábiles, que empezará a computar al día siguiente de notificada la referida resolución y con una prórroga automática de quince (15) días hábiles adicionales.

IV. CONSIDERANDO:**A) CUESTIONES PRELIMINARES:**

1. Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:
- Que, este Arbitro Unico se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes.
 - Que, el Arbitro Unico no ha sido recusado. Del mismo modo, tampoco se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de fecha 14 de marzo de 2017.
 - Que, el Contratista presentó su demanda dentro del plazo dispuesto.
 - Que, la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, procediendo a contestarla dentro del plazo.
 - Que, las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas.
 - Que, las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
 - Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo previsto en el presente proceso arbitral.

B) VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA:

2. De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, de fecha 05 de julio de 2018, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo concerniente, en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

3. Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde emitir el pronunciamiento correspondiente, teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de los medios probatorios, las consecuencias jurídicas que, conforme a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Cabe tener presente que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.
4. Por otro lado, debe tenerse en cuenta, con relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de *“Comunidad o Adquisición de la Prueba”* las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento en el que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que los ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

“(...) la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó.”¹

5. Asimismo, cabe indicar que este Tribunal Arbitral ha valorado los medios probatorios ofrecidos y admitidos durante todo el proceso arbitral, aplicando los principios de legalidad, verdad material y equidad; primando los bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento jurídico y sin dejar de lado el valor justicia.
6. El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que con relación a cada uno de los puntos controvertidos que se proceden a analizar, se han tenido en cuenta las disposiciones normativas aplicables para la resolución del presente arbitraje y que han sido citadas en el Acta respectiva; los fundamentos de hecho y de derecho invocados por la parte demandante y demandada, así como la documentación ofrecida y admitida como medio de prueba en el presente proceso arbitral. En este sentido, las conclusiones que se alcanzan corresponden a la real y cabal convicción del Tribunal Arbitral sobre cada uno de los extremos establecidos como puntos controvertidos, sujetos a la competencia resolutoria del Tribunal Arbitral.

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed. Rodhas, 1994, p. 35

7. En este sentido, tratándose de un arbitraje de derecho, y siendo que la naturaleza del arbitraje es que sea de única instancia, por ende, se le debe conceder a las partes todas las oportunidades para que puedan ejercer su derecho de acción y defensa, resguardando los principios procesales del arbitraje. Por ende, se aprecia que ambas partes luego de la presentación de sus escritos postulatorios -de demanda y contestación- han presentado escritos –en los cuales además de realizar argumentaciones- presentando y/o adjuntando documentos, los cuales han sido ofrecidos como medios de prueba, por ende, en atención a lo dispuesto en la última parte del inciso 1) del Artículo 43º de la Ley de Arbitraje, donde se facultad de los árbitros para ordenar la actuación de las pruebas que estime necesarios, por ende, en este acto, se admiten como medios de pruebas los documentos acompañados por la parte demandante y demandada en sus escritos posteriores a la demanda y contestación, como pruebas de oficio de este Tribunal Arbitral, los cuales serán merituados al momento de analizar los puntos controvertidos.

C) ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

8. De manera previa a analizar las cuestiones controvertidas, el Arbitro Unico considera conveniente determinar el marco legal dentro del cual se encuadra lo concerniente al contrato celebrado entre las partes.
9. La presente controversia se genera producto de la Licitación Pública N° 012-2016-MINEDU/UE 108 que derivó en la suscripción del Contrato N° 203-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED para la ejecución de la obra: *"Adecuación, Mejoramiento y Sustitución de la Infraestructura Educativa de la I.E. FRANCISCO IRAZOLA-SATIPO-SATIPO-JUNIN"*.
10. La cláusula décimo séptima del contrato establece el Marco Legal aplicable para la interpretación del Contrato:

"Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado".

11. Constituyen principios esenciales que rigen todo arbitraje, sea este de derecho o de conciencia, los principios de audiencia, contradicción y trato igualitario a las partes, los mismos que han sido recogidos expresamente en la Ley de Arbitraje. En ejercicio del principio de contradicción, las partes han podido alegar y contradecir las argumentaciones y pruebas aportadas al proceso, lo que de hecho ha sucedido en el curso de este arbitraje.

Asimismo, los medios probatorios en general tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juzgador –léase árbitro– respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones cuando se trata de un arbitraje de derecho; siendo sin embargo, facultad de los árbitros en cualquier tipo de arbitraje decidir de manera exclusiva sobre admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas, conforme lo señala el artículo 43 del D.L. 1071 – Ley de Arbitraje, aplicable al presente caso:

“1. El tribunal arbitral tiene facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios (...).”

12. La norma antedicha faculta al Arbitro Unico para determinar el valor de los medios probatorios que según su apreciación sean pertinentes para fundar sus conclusiones. En este sentido, el principio es el de libre valoración, el cual debe ejercitarse sobre la base de una apreciación razonada y razonable de los medios probatorios aportados. Ello ha sido bien resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que “(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes (...)”²
13. Que, antes de entrar al detalle sobre los puntos controvertidos determinados y, una vez expuesto el marco normativo aplicable al presente arbitraje, se debe analizar la naturaleza del Contrato. Al respecto, se aprecia que aquel es uno de naturaleza administrativa, toda vez que una de las partes es una Entidad del Estado; razón por la cual, es menester del Colegiado, explorar la evolución y doctrinas correspondientes al “Contrato Administrativo”; lo cual coadyuvará en el desarrollo del presente laudo arbitral.
- 14.1. Los orígenes del “contrato administrativo” según la explicación de Ramón Parada proviene de la sustracción de competencia de la jurisdicción común o privada que hiciera primero Francia y posteriormente Bélgica y España en el siglo XIX respecto de los contratos celebrados por la administración, reservándolos estos a la jurisdicción administrativa, jurisdicción exclusiva y excluyente ejercidas por los Consejos de Prefectura y el Consejo de Estado Francés³.

² HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, “El Recurso de Anulación contra los Laudo Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)”. Editorial Revista de Derecho Privado/ Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid, España. 1991. Pág. 309.

³ PARADA, Ramón, Derecho Administrativo, 6º ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1994, I, p. 264.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández sostienen que la distinción entre contratos administrativos y privados comenzó siendo únicamente de carácter procesal, careciendo de trascendencia material o sustantiva, surgiendo esta diferencia como una excepción al esquema estructural del derecho administrativo de la época basada en los actos de autoridad y actos de gestión, dictados los primeros imperativamente sometiéndose al derecho privado⁴.

14.2. Que, de la evolución del contrato administrativo corresponde exponer la sustantividad y la clasificación o determinación de este. En ese sentido, según el Criterio Subjetivo establece que un contrato es administrativo si una de las partes es la administración pública. Por otro lado, el Criterio de la Jurisdicción desarrolla el concepto de que el contrato será administrativo si se encuentra en el ámbito de la jurisdicción administrativa. Asimismo, el Criterio Formal se refiere al hecho que el contrato administrativo está ligado a una formalidad específica para su celebración (sistemas o procedimientos de selección). Finalmente, tenemos el Criterio de la definición legal, el cual establece que son contratos administrativos los que así sean señalados por la ley; no obstante, ninguno de los criterios mencionados configura una definición uniforme o completa de lo que es el contrato administrativo.

Juan Carlos Cassagne expresa: "Así, la sustantividad del contrato administrativo se revela cuando el acuerdo es celebrado por un órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa⁵".

14.3. Ante la insuficiencia de los criterios antes expuestos, se opta por analizar si en el contrato se verifican de modo paralelo varios de éstos. Cuantos más criterios se hallen, más certeza se tendrá respecto de la existencia de un contrato administrativo.

14.4. En referencia a la denominación del contrato administrativo, Manuel María Diez señala que el contrato administrativo es "(...) *un acuerdo de voluntades entre un órgano del Estado y un particular que genera efectos jurídicos en materia administrativa, razón por la cual el órgano del Estado debe haber actuado en ejercicio de su función administrativa.*"⁶ Por su parte Juan Carlos Cassagne indica que "*en el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del*

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1989, p. 655.

⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, "La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas", en *Revista de Derecho Público*, N° 9, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, p. 2.

⁶ MARÍA DÍEZ, Manuel. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1979, segunda edición, Tomo III, Pág. 33.

acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (*ius variandi, interpretación, equilibrio financiero, etc.*)."

Alberto Retamozo Linares define al contrato administrativo como "*La declaración bilateral o de voluntad común productora de efectos jurídicos entre dos personas de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa ejerciendo sus prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo*"⁷.

14. Que habiendo desarrollado la naturaleza del contrato bajo análisis y, previo al análisis de la cuestión controvertida, el Tribunal Arbitral fijará el orden en que se analizarán los puntos controvertidos, a efectos de que exista mejor ilación y congruencia entre los considerandos y lo que finalmente se resuelva. En ese sentido, se ha determinado que las cuestiones controvertidas se resolverán de la siguiente manera:

Primera Pretensión principal:

- Determinar si corresponde o no "se declare la invalidez e ineficacia de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 0202-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED, notificada mediante Oficio N° 3538-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED de fecha 23 de mayo del 2016, por la cual se declara improcedente nuestra solicitud de Ampliación de Plazo parcial N° 04 por 25 días calendario".

Segunda Pretensión Principal:

- Determinar si corresponde o no "se otorgue al Consorcio Terrasur la ampliación de plazo parcial N° 04 por 25 días calendario, que hemos solicitado con nuestra Carta N° 053-2016/CT-SATIPO, recibida por la supervisión el 02/05/2016, misma que fue declarada improcedente por la Entidad mediante la Resolución Directoral Ejecutiva 0202-2016-MINEDU/VMGI/PRONIED, así como el reconocimiento de los mayores gastos generales correspondiente a los días materia de ampliación."

Tercera Pretensión Principal:

- Determinar si corresponde o no "se disponga el pago de S/. 176,147.30 (Ciento Setenta y Siete Mil Ciento Cuarenta y Siete con 30/100 Nuevos Soles), por Concepto de Mayores Gastos Generales derivados de la ampliación de plazo, conforme a la liquidación de gastos que adjuntamos como Anexo 1-G de la presente demanda de fecha 13 de junio de 2016".

⁷ Alberto Retamozo Linares, Contrataciones adquisiciones del Estado y normas de control 9º edición T. I EDIT Gaceta Jurídica pág. 826.

Cuarta Pretensión Principal:

- Determinar si corresponde o no “que, se condene a la entidad demandada PRONIED, al pago de costas y costos”.

D) PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no “se declare la invalidez e ineficacia de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 0202-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED, notificada mediante Oficio N° 3538-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED de fecha 23 de mayo del 2016, por la cual se declara improcedente nuestra solicitud de Ampliación de Plazo parcial N° 04 por 25 días calendario”.

E) PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no “se otorgue al Consorcio Terrasur la ampliación de plazo parcial N° 04 por 25 días calendario, que hemos solicitado con nuestra Carta N° 053-2016/CT-SATIPO, recibida por la supervisión el 02/05/2016, misma que fue declarada improcedente por la Entidad mediante la Resolución Directoral Ejecutiva 0202-2016-MINEDU/VMGI/PRONIED, así como el reconocimiento de los mayores gastos generales correspondiente a los días materia de ampliación.”

F) PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no “se disponga el pago de S/. 176,147.30 (Ciento Setenta y Siete Mil Ciento Cuarenta y Siete con 30/100 Nuevos Soles), por Concepto de Mayores Gastos Generales derivados de la ampliación de plazo, conforme a la liquidación de gastos que adjuntamos como Anexo 1-G de la presente demanda de fecha 13 de junio de 2016”.

24. De la revisión del expediente arbitral y de la naturaleza de las pretensiones de este proceso arbitral, se aprecia que, las 3 primeras pretensiones de la demanda, que a su vez, son los 3 puntos controvertidos, versan sobre un único tema: SI PROCEDE O NO AMPARAR LA PROCEDENCIA O NO DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO PARCIAL N° 04, motivo por el cual, se realizará el análisis de forma conjunta.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE:

25. EL CONSORCIO DEMANDANTE sustenta su pedido de reconocimiento de ampliación de plazo parcial N° 04 y por ende que se declare la ineficacia y/o invalidez de la Resolución Directoral que declaró la improcedencia de la misma,

por efecto de las lluvias, lo cual produjo la saturación de los suelos y la inestabilidad de los mismos, produciéndose atrasos a las partidas programadas, los cuales afectaron el cronograma de obra.

26. El DEMANDANTE realiza una serie de alegaciones para sustentar su pedido, entre ellas, distintas anotaciones del cuaderno de obra que afectaron el cronograma de obra y además en dichas anotaciones se dejó constancia de las consecuencias de ello, como: (i) daño de la superficie, tornándola intransitable, (ii) saturación de suelo y, en consecuencia un atraso de impacto considerable en el avance de obra.
27. En el numeral 1.15 de su escrito de alegatos, el CONSORCIO DEMANDANTE señala la relación de las partidas afectadas con ocasión de las lluvias acaecidas en el periodo en el cual solicita la ampliación de plazo parcial N° 04, luego en su numeral 1.16 del mismo escrito extrae la ruta crítica de las partidas afectadas y que forman parte de su solicitud de ampliación de plazo solicitada.
28. Finalmente, realiza el descargo de los 4 puntos –según el CONSORCIO- principales que sustentan la denegatoria de la ampliación de plazo parcial N° 04, plasmadas en la Resolución Directoral que declaró la improcedencia de la misma, haciendo referencia a la argumentación jurídica, concluyendo que le debe corresponder que sus pretensiones sean declaradas fundadas.

POSICIÓN DEL DEMANDADO:

29. La ENTIDAD DEMANDADA sustenta su posición básicamente en la parte considerativa de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 202-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED, la cual a su vez se sustenta en el informe del Supervisor.
30. En el numeral 3 de su escrito de alegatos, la ENTIDAD DEMANDADA alega que no se cumplieron con los supuestos establecidos en la norma para otorgar la ampliación, tales como: (i) si el hecho invocado es ajeno a la voluntad del contratista, (ii) si el hecho invocado modifica el cronograma contractual y (iii) si el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra.
31. Agrega que, el CONSORCIO DEMANDANTE no ha acreditado la causal de nulidad de la resolución directoral que declaró la improcedencia de su pedido de ampliación de plazo, de conformidad con el Art. 10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General y a su vez, señala que su resolución directoral SI cumple con los requisitos de validez establecidos en el Art. 3º de la Ley N° 27444, como es competencia, objeto, finalidad pública, motivación y procedimiento regular.
32. Asimismo, desarrolla lo transcrita en el documento de la Supervisión, Informe N° 007-2016-ME/SUP-OBRA-PRONIED-JRA, en el cual se llega a la conclusión de declarar la improcedencia de la solicitud de ampliación de plazo parcial N° 04.

33. Continúa con su defensa alegando que la intensidad de las lluvias correspondiente a los meses de marzo y abril de 2016 fue moderada a fuerte, pero que ello de ningún modo podría ser considerado como lluvias torrenciales.
34. Otro argumento que resalta la ENTIDAD DEMANDADA, es el hecho que el Consorcio Demandante tenía conocimiento pleno y contractual de la Memoria Descriptiva en la cual se indicaba el factor climatológico de la zona de trabajo, es decir, tenía conocimiento que en dichos meses existía lluvias moderadas a fuerte, lo que debió prever.
35. Agrega que, del Gráfico de Traslapes –incorporado como nuevo medio de prueba mediante su escrito del 28.09.208 se puede apreciar que los días solicitados para la ampliación de plazo N° 04 se encuentran subsumidos por la Ampliación de Plazo N° 03, como consecuencia de todo ello, no le debe corresponder los gastos generales.

ANALISIS DEL ÁRBITRO ÚNICO:

36. Habiendo realizado una breve reseña de las posiciones de las partes, corresponde que el Árbitro Único proceda a realizar su análisis para ver la procedencia o no de las pretensiones de las partes.
37. A estos efectos, de manera primigenia, se transcribirá los artículos pertinentes del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que norman el presente arbitraje:

"Art. 200.- Causales de ampliación de plazo

De conformidad con el artículo 41º de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a la voluntad del contratista, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación:

1. *Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.*
2. *Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.*
3. *Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobada.*
4. *Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.*

Art. 201.- Procedimiento de ampliación de plazo.- (...)

Art. 202.- Efectos de la modificación del plazo contractual

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la

ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra.

Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso. (...).

Según el Anexo Único del Reglamento, se establece:

“18. Cuaderno de Obra:

El documento que, debidamente foliado, se abre al inicio de toda obra y en el que el inspector o supervisor y el residente anotan las ocurrencias, órdenes, consultas y las respuestas a las consultas.

29. Gastos Generales Variables:

Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista.”

38. Habiendo trascrito la parte pertinente normativa, corresponde analizar si la ampliación de plazo fue válidamente declarada improcedente.
39. Al respecto, se aprecia que ninguna de las partes ha cuestionado el plazo para la presentación de la solicitud de ampliación de plazo, es decir, no es necesario revisar ello. Tampoco es necesario revisar los plazos para someter a arbitraje estas controversias, por cuanto se habría realizado en sus plazos.
40. Ahora bien, la controversia consiste en analizar *prima facie* la parte considerativa de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 202-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED de fecha 23/05/2016, siendo que:
 - a. En el cuarto considerando, hace referencia al asiento 167 del cuaderno de obra de fecha 19 de marzo de 2016, donde el contratista anotó que en la zona de obra ha existido precipitaciones pluviales interdiarias,
 - b. En el quinto considerando, hace referencia al asiento 175 de fecha 27 de marzo de 2016, donde el contratista señala que ha existido lluvias,
 - c. En el sexto considerando, hace referencia al asiento 183 de fecha 27 de abril de 2016 señalando que hubo precipitaciones pluviales,
 - d. En el séptimo considerando, se hace referencia a la Solicitud de Ampliación de Plazo, mediante la Carta N° 053-2016/CT-SATIPO recibida por el Supervisor el 02 de mayo de 2016, sustentando la causal en el numeral 1 del artículo 200 del

reglamento, señalando que las lluvias a que dieron lugar afectaron el terreno de la institución educativa que es de material arcilloso, así como la saturación del suelo, por lo que se han presentado atrasos en la ejecución de las partidas programadas, afectando la ruta crítica, señalando como fecha de inicio de la causal el 18 de marzo y como fecha final parcial el 21 de abril de 2016,

- e. En el octavo considerando, se menciona el Informe N° 007-2016.ME/SUP.OBRA-PRONIED-JRA recibido por la entidad el 09 de mayo de 2016, en el cual el Supervisor recomienda declarar la improcedencia de la ampliación de plazo parcial N° 04, por lo siguiente: (i) del informe elaborado por el SENAMHI se señala que el mes de marzo presentó lluvias regulares y el mes de abril en la primera quincena mantuvo su regularidad, (ii) el contratista adolece de un plan de trabajo y un plan de contingencia a efectos de disipar o mitigar las secuelas de las lluvias, teniendo en cuenta que el contratista tenía conocimiento de las condiciones climatológicas de la zona y por ende debió preverlo, (iii) señala que el contratista no ha adjuntado los resultados de determinación del contenido de la humedad del terreno en la zona de trabajo y que las fotografías que acompaña como sustento se observa que las partidas de corte y eliminación de materiales ya se encuentran ejecutadas al día indicado como afectado por la presencia de lluvias y (iv) tampoco ha acreditado la afectación a la ruta crítica.
 - f. En el noveno considerando, se cita al Informe N° 057-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EEO-JORSA de fecha 19 de mayo de 2016 –que cuenta con la conformidad del Jefe de Equipo de Ejecución de Obra-, el Coordinador de Obra recomendó la improcedencia de la ampliación de plazo por: (i) el tipo de suelo está definido por el Estudio de Mecánica de Suelos del proyecto, donde está definido que el suelo del área de la construcción es predominantemente arcilloso, (ii) asimismo, en la Memoria Descriptiva se indicó que en la zona de trabajo se iba a presentar lluvias en el periodo de octubre a mayo, por lo que el contratista tenía que prever tales condiciones y (iii) el contratista no ha acreditado con documento el grado de saturación del terreno, como consecuencias de las lluvias.
 - g. Luego en los considerandos 10, 11, 12, 13 y 14 y siguientes hace referencia al análisis legal, el cual tiene como basamento los informes técnicos, debiendo destacar que se hace mención a que las partidas supuestamente afectadas en el periodo donde se solicita la ampliación de plazo, ya habrían sido ejecutadas, por lo que no hay afectación a la ruta crítica y porque no ha acreditado la saturación del terreno.
41. Habiendo realizado una reseña y/o resumen de la parte considerativa de la Resolución Directoral que declaró la improcedencia de la ampliación de plazo parcial N° 04, este Árbitro tiene plena convicción y certeza que la misma tiene su basamento en el Informe emitido por la Supervisión.

42. Ahora bien, revisando el Informe de la Supervisión, en su Numeral 3. ANALISIS DEL ASPECTO FORMAL, indica que no habría cumplido con el aspecto formal en algunos términos, es decir, no habría adjuntado los documentos que respaldarían la causal de ampliación de plazo.
43. Luego en su numeral 4. ANALISIS DEL ASPECTO DE FONDO, respecto de las Anotaciones del Cuaderno de Obra, indica que se ha producido lluvias pero que de ninguna manera ha ocasionado que se paralice las trabajos de ejecución, asimismo, no ha diseñado ni implementado un plan de contingencia y los documentos que adjunta como el Informe del SENAMHI no acredita la posibilidad de paralización de los trabajos, siendo que no acompaña un informe de contenido de humedad y que el panel de fotos no se identifica las fechas, no habiéndose presentado reportes de periódico ni el calendario de avance de obra vigente.
44. Ahora bien, el CONSORCIO DEMANDANTE en su escrito de alegatos en el numeral 1.22) hacia adelante, procede a desvirtuar lo indicado en la parte considerativa de la Resolución Directoral que denegó su ampliación de plazo, que se basa en el análisis del Informe de la Supervisión.
45. Al respecto, de la revisión de las pruebas aportadas al expediente arbitral, se aprecia lo siguiente:

DE LA SUPERVISIÓN:

Anotación 168 de fecha 26/03/2016 de la Supervisión: "(...) 2.- En la fecha se verifica la imposibilidad técnica de no poder trabajar debido a la lluvia moderada a intensa por la mañana (...) paralizando las labores".

Anotación 173 de fecha 29/03/2016 de la Supervisión: "(...) 5.- Las lluvias y sus secuelas continúan restringiendo los avances programados al paralizar las labores este hecho es verificado por la Supervisión".

Asiento 174 de fecha 30/03/2016 de la Supervisión: "(...) 2.- Efectivamente debe implementarse un plan de contingencia respecto de las secuelas de las lluvias.

Asiento 188 de fecha 12/04/2016 de la Supervisión: "(...) 1.- En la fecha se verifica la imposibilidad técnica de no poder trabajar debido a la intensa lluvia ocurrida en la madrugada (...) afectando las partidas de corte masivo con maquinaria, eliminación de material excedente de corte con maquinaria; este hecho genera la paralización de las labores, siendo un caso de fuerza mayor impredecible (lluvias propias de la zona tropical), deberá sustentarse afectación de ruta crítica y se debe adjuntar reporte del SENAMHI.

Asiento 197 de fecha 21/04/2016 de la Supervisión: "(...) 1.- En horas de la noche de ayer se registró una intensa lluvia torrencial por espacio de (2) horas, por la mañana se ha verificado que el terreno natural se encuentra sobresaturado paralizándose los trabajos referidos a corte de material masivo c/maquinaria y eliminación de material excedente de corte.

DEL RESIDENTE:

Anotaciones 166 del 18/03/2016, 167 del 19/03/2016 donde aparecen fotos, 168 del 20/03/2016 donde aparecen fotos, 171 del 23/03/2016 donde aparecen fotos, 165 del 23/03/2016 de la supervisión donde aparecen fotos donde indica que hay sobresaturación en la zapata lo que imposibilita los vaceados, 175 del 27/03/2016 donde aparecen fotos y se comunica o informa de la existencia de lluvias.

46. Con las anotaciones destacadas en el numeral anterior, se acredita que la propia Supervisión aceptó en su oportunidad que debido a las lluvias se paralizaron las obras, además se acredita que las fotos que se acompañaron son de ese momento, por cuanto las anotaciones se realizan en el día en que se ejecuta la obra, debido a que las anotaciones son la bitácora del día a día, imposibilitando con ello una adulteración de las fotos.
47. Respecto de las demás observaciones realizadas por la Supervisión en el Informe que sustenta la improcedencia, a criterio de este Árbitro y debido a la ponderación de los medios de prueba, no generan convicción ni certeza jurídica para amparar la improcedencia de la ampliación de plazo parcial N° 04, ya que la Supervisión ha aceptado que la obra estuvo paralizada en el periodo en el cual se solicita la referida ampliación.
48. En la misma línea, el CONSORCIO mediante su escrito 10 adjunta la programación de obra vigente a la fecha de presentación de la ampliación de plazo 04 y revisado por este Árbitro, se aprecia que las partidas afectadas son las mismas señaladas en los asientos del cuaderno de obra del periodo donde se solicita la ampliación de plazo 04, es decir, del 18 de marzo al 21 de abril de 2016, siendo que este documento NO HA SIDO CUESTIONADO de manera fehaciente por la ENTIDAD DEMANDADA, es decir, no ha presentado prueba de descargo que cause convicción a este Árbitro respecto de ratificar la resolución directoral ejecutiva de la Entidad.
49. Asimismo, respecto a la afectación a la ruta crítica, este Árbitro ha realizado una comparación de las partidas indicadas en la Solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 04 con el Calendario vigente adjuntado en su escrito N° 10, verificándose que del grupo de partidas indicadas en el último tramo se encuentran partidas críticas, tales como 01.03.03.04 AFIRMADO DE 8 PULGADAS PARA PISOS PATIOS Y VEREDAS COMPACTADO con programación del 13/03/2016 al 13/04/2016 y partida 01.03.03.05 RELLENO CON MATERIAL GRANULAR SELCCIONADO CON EQUIPO LIVIANO, con programación del 15/03/2016 al 13/04/2016 y partida 01.04.02.01 SUBZAPATA MEZCLA 1:12 + 30% PG del 30/03/2016 al 28/04/2016, con lo cual se corrobora la afectación a la RUTA CRITICA.
50. Por las consideraciones y análisis desarrollado, la Resolución Directoral Ejecutiva que deniega la ampliación de plazo parcial N° 04 por improcedencia, debe ser revertida porque está acreditado por el propio dicho de la Supervisión que la obra

estuvo paralizada en los días que dicho supervisor anotó, no siendo, en consecuencia del todo veraz el contenido de su informe donde analizo la solicitud de ampliación de plazo parcial N° 04, por ende, resulta ser un informe sesgado que no debe causar convicción al Arbitro Unico y siendo que dicho informe es la columna vertebral de la Resolución Directoral Ejecutiva, la misma debe ser declarada invalida y/o ineficaz, en consecuencia debe proceder amparar la solicitud de ampliación de plazo parcial N° 04 con sus respectivos gastos generales.

G) PRONUNCIAMIENTO RESPECTO AL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no “que, se condene a la entidad demandada PRONIED, al pago de costas y costos”.

El Artículo 66 del Reglamento del sistema Nacional de Arbitraje, establece que los gastos arbitrales comprenden los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos del SNCA/CONSUCODE.

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

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

En tal sentido, no obstante el resultado del arbitraje, ambas partes tenían razones para someter a conocimiento de este arbitro sus controversias, corresponde disponer que los costos del presente arbitraje entiéndase los honorarios del Arbitro Unico y los gastos administrativos sean asumidos por ambas partes en proporciones iguales; precisándose que los gastos de representación y defensa jurídica deben ser asumidos por cada parte independientemente.

En tal sentido, DISPÓNGASE que ambas partes asuman los gastos arbitrales, generados por la tramitación del presente proceso entiéndase los honorarios del Arbitro Unico y los gastos administrativos; precisándose que los gastos de representación y defensa jurídica deben ser asumidos por cada parte independientemente.

H) DE LA MEDIDA CAUTELAR:

En atención a lo dispuesto en el Artículo 40º de la Ley de Arbitraje, se establece la Competencia del tribunal arbitral, el cual indica: "El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas".

Así pues, de lo citado en dicho artículo, se desprende que el Árbitro es competente para conocer y decidir cuestiones conexas y accesorias que se promuevan durante el desarrollo del proceso, siendo este el caso de la medida cautelar dictada en sede arbitral, por ende, estando a la etapa procesal de emisión de laudo arbitral, corresponde emitir pronunciamiento sobre el destino de la medida cautelar dictada.

En tal sentido, respecto de la medida cautelar tenemos las Resoluciones N° 06 y 08 dictadas por este Arbitro Unico, siendo la primera de ellas que declaro OTORGAR en parte las medidas cautelares solicitadas por el CONSORCIO TERRASUR en los términos allí expuestos –a los cuales nos remitimos- y la Resolución N° 08 que declaro infundado el recurso de reconsideración interpuesto por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN-PRONIED a cuyos términos nos remitimos. Entonces siendo ello así, corresponde analizar si continúa o no la vigencia de la medida cautelar.

Por ende, en este extremo que, las medidas cautelares tienen entre sus características la de la provisionalidad, ello quiere decir que su duración es limitada, es decir no se otorgan con la finalidad de ser definitivas, pero si con la finalidad que logren que el aseguramiento del derecho que se discute en el proceso principal sea útil.

Al respecto, SILVIA BARONA⁸ señala que, *"deben alzarse cuando en el proceso principal se haya llegado a una situación que haga inútil el aseguramiento, bien por el cumplimiento de una sentencia, bien por actuaciones en el proceso de ejecución que despojan de motivación el mantenimiento de las medidas."*

Por su parte, MARCELA RODRIGUEZ⁹, señala que la provisionalidad no ata la subsistencia de la medida cautelar a un evento procesal como lo es la emisión de la sentencia –léase laudo-, sino que lo vinculan a que el derecho subjetivo llegue

⁸ BARONA VILAR, Silvia. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzadi. S.A. Primera Edición. 2006, p. 113.

⁹ RODRIGUEZ MEJIA, Marcela. *Medidas cautelares en el proceso arbitral*. Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. 2013, p. 68.

a su plenitud o de que desaparezca el derecho incompatible con la efectividad del primero.

El Artículo del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, establece normas supletorias en caso de deficiencia o vacío de las disposiciones del Título 2 del Reglamento, indicando que serán de aplicación sólo el convenio arbitral suscrito entre las partes, las normas pertinentes sobre contrataciones y adquisiciones del Estado, la Ley General de Arbitraje y, en última instancia, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado

En tal sentido, si bien la Décima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, D.L N° 1071, señala que sus disposiciones procesales prevalecen respecto a cualquier actuación judicial normada en el Código Procesal Civil, ello no implica que la mencionada norma prohíba que se recurra a sus principios y demás normas contenidas en dicho Código, ya que la ley de arbitraje sólo habla de jerarquía y de preferencia normativa en caso exista un conflicto de leyes. En ese sentido, se ha comentado además que muchas instituciones propias de los procesos ordinarios servirán enormemente al desarrollo del arbitraje¹⁰.

Bajo tal término, el Artículo 615º del Código Procesal Civil ha regulado que resulta procedente el pedido de una medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada.

Es decir, nuestra legislación contempla las herramientas procesales para resguardar el derecho reconocido en una sentencia favorable, lo que equivaldría a un laudo favorable, el cual debe también otorgar fórmulas que permitan garantizar tal derecho, como es el de mantener los efectos de la medida cautelar hasta que el laudo pueda ser ejecutado, ello de acuerdo a la materia discutida hasta que se dé cumplimiento a los términos del laudo.

Además de lo mencionado, se debe tener presente que la Ley de Arbitraje en sus artículos 47º y 48º que regulan las medidas cautelares no legisla respecto de los pasos a seguir con ocasión de la emisión del laudo arbitral, razón por la cual es perfectamente legal jurídico y de una aplicación a la lógica jurídica que se recurra a los principios procesales que finalmente rigen de manera supletoria a todo ordenamiento de carácter procesal.

En consecuencia, atendiendo a que la naturaleza provisoria de las medidas cautelares está orientada a mantenerlas vigentes hasta que logren asegurar el cumplimiento del laudo, es que se ordena que la medida cautelar que forma parte de este proceso se mantenga vigente hasta que se dé cumplimiento a los términos decisarios del laudo arbitral.

¹⁰ MARIO CASTILLO FREYRE, RITA SABROSO MINAYA, JHOEL CHIPANA CATALAN, LAURA CASTRO ZAPATA, La Ley de Arbitraje, análisis y comentarios a diez años de su vigencia. Lima: Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición. 2018, p. 906.

DAR/CCA/dbz

 www.osce.gob.pe  Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n Jesús María / Lima / Perú

Por las consideraciones expuestas, **SE RESUELVE:**

PRIMERO. – DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda arbitral y; en consecuencia, se declara la ineficacia y/o invalidez de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 202-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED.

SEGUNDO. – DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda y; en consecuencia, se declara procedente la Ampliación de Plazo Parcial N° 04 ingresada a través de la Carta N° 053-2016/CT-SATIPO a la Supervisión por 25 días calendarios.

TERCERO. – DECLARAR FUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda arbitral y; en consecuencia, reconocer y pagar el monto de S/. 176,147.30 soles por concepto de mayores gastos generales variable, conforme al Anexo 1-G de la demanda, a favor del CONSORCIO TERRASUR por el Ministerio de Educación- PRONIED.

CUARTO.- DECLÁRESE que el Contratista y la Entidad asuman cada una de ellas y directamente, los gastos arbitrales que les correspondía sufragar (50% a cargo de cada una de ellas); así mismo, establezcase que cada una de las partes deberá asumir los gastos de asesoría legal en que hubieran incurrido a raíz del presente arbitraje.

QUINTO. – DECLARAR que se mantenga la vigencia de la medida cautelar hasta que el presente laudo arbitral sea ejecutado en su integridad.

SEXTO. - DISPÓNGASE la notificación a las partes del presente laudo arbitral, así como la publicación de este en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE, de conformidad con el Artículo 231 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.



EDUARDO SOLIS TAFUR
Árbitro Único

Patricia C. Dueñas Liendo
Secretaria Arbitral
Dirección de Arbitraje