

SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE

Expediente N° S-078-2018/SNA-OSCE

CONSORCIO ARQUITEMPUS
vs.

PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA

LAUDO DE DERECHO

Árbitro Único

Alberto Rizo Patrón Carreño

Secretaria Arbitral

Rossmery Emperatriz Ponce Novoa

Lima, 26 de enero de 2022

ÍNDICE

I.	IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES.....	4
II.	CONVENIO ARBITRAL	4
III.	TIPO DE ARBITRAJE	5
IV.	DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO Y LA FIJACIÓN DE LAS REGLAS PROCESALES.....	5
V.	LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA	5
VI.	DE LA DEMANDA: PRETENSIONES Y FUNDAMENTOS	5
VII.	CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.....	7
VIII.	PUNTOS CONTROVERTIDOS	7
IX.	OTRAS ACTUACIONES DEL PROCESO ARBITRAL	8
X.	ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES.....	8
XI.	DECISIÓN	20

GLOSARIO DE TÉRMINOS

Demandante/Consorcio/Contratista:	CONSORCIO ARQUITEMPUS integrado por las empresas JAEC Contratistas Generales S.R.L. y Arquitempus S.A.C.
Demandada/PRONIED/Entidad:	PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA
Las partes	CONSORCIO ARQUITEMPUS y PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA
Arbitraje:	Derecho e Institucional.
Contrato:	Contrato N° 244-2016-MINEDU/VGMI-PRONIED
Ley/LE:	Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado.
Reglamento/RLCE:	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF
Ley de Arbitraje	Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje.
Centro:	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – Sistema Nacional de Arbitraje
OSCE:	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Resolución N° 17

En Lima, a los 26 días del mes de enero del año dos mil veintidós, el Árbitro Único, 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 expuestos y analizado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación, dicta el laudo siguiente:

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

1. Son partes del arbitraje:

DEMANDANTE	DEMANDADA
CONSORCIO ARQUITEMPUS Representante legal: Agustín Soncco Machaca. Abogado: Agustín Soncco Machaca.	PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA Procurador Pública: María del Carmen Márquez Ramírez. Abogada: Aracelly Soria Eguia.

II. CONVENIO ARBITRAL

2. Con fecha 27 de octubre de 2017, el Consorcio y PRONIED suscribieron el Contrato. En dicho documento según la Cláusula Décima Octava, se señaló lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS)

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

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122°, 146°, 152°, 168°, 170°, 177°, 178°, 179° y 180° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado. El arbitraje será de tipo **INSTITUCIONAL** y deberá ser organizado y administrado por la **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.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.9 del artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado.

3. De lo anterior queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre las partes e inserto en el Contrato.

III. TIPO DE ARBITRAJE

4. El arbitraje es de derecho.

IV. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO Y LA FIJACIÓN DE LAS REGLAS PROCESALES

5. El Árbitro Único declara que ha sido debidamente designados de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, manifestando que no tienen ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes.
6. En el Acta de Instalación Arbitral se fijaron las reglas del presente arbitraje.

V. LEY APPLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

7. La Cláusula Décimo Séptima del Contrato establece la ley aplicable al presente caso:

CLÁUSULA DÉCIMO SÉTIMA: MARCO LEGAL 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.

8. De acuerdo a la fecha de convocatoria del proceso de selección que deriva el Contrato, corresponde aplicar la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF.

VI. DE LA DEMANDA: PRETENSIONES Y FUNDAMENTOS

9. El Consorcio mediante escrito presentado el 10 de mayo de 2018, presentó su demanda arbitral estableciendo como Petitorio lo siguiente:

Primera Pretensión Principal: Se ordene al PRONIED pagar al Consorcio las valorizaciones retenidas indebidamente correspondientes a los meses de setiembre y octubre de 2017 por el monto total de S/ 156,246.80 Soles incluido el IGV.

Segunda Pretensión Principal: Se deje sin efecto la Carta Notarial N° 467-MINEDU-VGMI-PRONIED-DGA que resuelve el Contrato.

Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal: Se ordene la ejecución de la obra hasta su culminación.

Tercera Pretensión Principal: Se deje sin efecto el Acta de Constatación Física e inventario en el lugar de la obra.

Cuarta Pretensión Principal: Se ordene a PRONIED el pago de los costos, según los conceptos previstos en el artículo 71 del Decreto Legislativo N° 1071

10. Refiere que fue contratado por un monto de S/ 3'308,468.18 (Tres millones trescientos ocho mil cuatrocientos sesenta y ocho con 18/100 Soles) por un plazo de ejecución de 210 días calendarios. Refiere que hubo atrasos en los pagos, así como la obra está ubicada en un sitio lluvioso.
11. Con relación a la Primera Pretensión Principal, indica que PRONIED se cobró en el mes de mayo el monto correspondiente a los materiales en cancha, sin embargo, dicho monto, por error de la PRONIED, fue depositado en la cuenta de detacciones.
12. Indica que pese haber pagado los materiales en cancha en la facturación del mes de mayo, la PRONIED les solicitó con fecha 10 de julio de 2017 y a través del oficio N° 2070-2017-MINEDUNMGI-PRONIED-UGEO la remisión de una nota de crédito por la cantidad de S/ 43,979.39 Soles para descontarla de su factura N° 001-000857, por lo que remitieron la nota de crédito solicitada.
13. El Demandante precisa que la Entidad debió solicitar a la SUNAT, la devolución del monto que había depositado en la cuenta de detacciones. Pese a ello, refiere que efectuaron el trámite ante SUNAT, pero este no solo no devolvió el dinero, sino que los instruyó que quien debía solicitarlo era la Entidad que hizo el depósito, siendo que les acotó inconsistencias en nuestras cuentas, generándonos inconvenientes con la SUNAT.
14. Indica que la Entidad les solicitó hacer efectivo el pago de los S/ 43,979.39 Soles, pretendiendo que su representada asuma el perjuicio económico de afectación a la ejecución de la obra, manifestándoles que ese monto lo podrían utilizar para el pago de deudas tributarias al estar depositado en sus cuentas de detacciones, contradiciendo la finalidad del destino de ese dinero que era para la ejecución de la obra perjudicando su avance.
15. Indica que no accedió al requerimiento, por lo que refiere que la Entidad retuvo los pagos de las valorizaciones N° 12 y 13 correspondientes a los meses de setiembre y octubre de 2017, dejando sin liquidez al Consorcio para continuar con la ejecución de la obra, por lo que se optó por paralizarla.
16. Con relación a la Segunda Pretensión, el Demandante refiere que con la Carta N° 467-2017-MINEDU-VGMI-PRONIED-OGA de fecha 18 de diciembre de 2017, se señaló que el Consorcio incurrió en demora por el máximo de la penalidad por mora, no obstante, precisa que se omitió considerar que se encuentra en curso un arbitraje por una ampliación de plazo de 40 días calendarios, la demora en los pagos de las valorizaciones impactó en el avance de la obra.
17. Precisa que la obra a octubre del 2017 tenía un saldo pendiente de 3.64%, agrega que este saldo se encontraba pendiente desde el 26 de setiembre de 2017 por disposición de la Municipalidad de Castrovirreyna que indicó que la instalación del poste para el sistema de utilización de media tensión que reducía el ancho de la vía obstaculizando el tránsito vehicular por lo que era necesario replantear la ubicación del poste del lugar donde había sido considerado en el expediente técnico elaborado por el PRONIED.

18. Asimismo, expresa que, durante los meses de agosto, setiembre y octubre, el avance de la obra fue por problemas de liquidez causado por la entidad, primero, en la cuenta de detacción y luego por la falta de pago de las valorizaciones N° 12 y 13 de los meses de setiembre y octubre.
19. Agrega que la paralización por falta de pago se ejecutó a partir del 15 de noviembre de 2017 tal y como lo señala, la supervisión en su carta N° 134-2017/BBS-SE-CV, la misma que recogida en el Informe N° 1597-2017-MINEDU/VGMI-PRONIED-OGA-UA
20. Con relación a la Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal, solicita que a fin de no perjudicar a la población estudiantil, solicita que se ordene la continuación de la obra.
21. Respecto a la Tercera Pretensión Principal, refiere que como consecuencia de dejar sin efecto la resolución del Contrato, se disponga dejar sin efecto el Acta de Constatación Física e Inventory.
22. Por último, solicita el reconocimiento de los costos y costas.
23. Concluye ofreciendo sus medios probatorios.

VII. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

24. El 3 de julio de 2018, la Entidad contestó la demanda y solicitando que se declare infundada o improcedente la misma, bajo los siguientes argumentos:
25. Respecto a la Primera Pretensión Principal, considera que el Contratista ya venía con varios meses de atraso, asimismo, acota que la valorización de setiembre de 2017 fue cancelada el 16 de octubre de 2017 y que la valorización N° 13 fue devuelta al Supervisor a fin de que cumpla con corregirla, así que mediante la Carta N° 136-2017/BBS-SE-CV de fecha 12 de diciembre de 2017 presentó las correcciones y debido a la resolución del Contrato, la valorización N° 13 deberá ser pagada en ocasión a la liquidación.
26. Con relación a la Segunda Pretensión Principal, la Entidad da cuenta de una serie de oficios mediante las cuales, refiere que la obra se encontraba atrasada así, como precisa que desde el 15 de noviembre de 2017, la obra estaba paralizada.
27. También explica el cálculo de mora y que mediante la Carta Notarial N° 467-2017-MINEDU-VGMI-PRONIED-OGA resolvió el Contrato.
28. Respecto a la Pretensión Accesoria, expresa que no corresponde ordenar la continuación de la obra y con relación a la Tercera Pretensión Principal, no corresponde dejar sin efecto el Acta de Constatación Física e Inventory.
29. Concluye ofreciendo sus medios probatorios.

VIII. PUNTOS CONTROVERTIDOS

30. En la Resolución N° 12 del 23 de julio de 2021, se fijaron los puntos controvertidos:

1. Determinar si le corresponde a la Entidad pagar al Consorcio las valorizaciones correspondientes a los meses de setiembre y octubre de 2017 por el monto total de S/ 156,246.80 (Ciento cincuenta y seis mil doscientos cuarenta y seis con 80/100 Soles) incluido IGV.
2. Determinar si corresponde dejar sin efecto la Carta Notarial N° 467-2017-MINEDU/VMGI-PRONIED-OGA que comunica la resolución del Contrato por parte de la Entidad.
3. Determinar si corresponde dejar sin efecto el Acta de Constatación Física e inventario en el lugar de la obra.
4. Determinar si corresponde que la Entidad asuma el pago de los costos que genere el presente arbitraje según los conceptos previstos en el Artículo 71º del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje.

IX. OTRAS ACTUACIONES DEL PROCESO ARBITRAL

31. El 20 y 23 de agosto de 2021, la Entidad y el Contrista presentaron sus alegatos respectivamente.
32. El 22 de octubre de 2021, la Entidad presenta escrito bajo la sumilla téngase presente.
33. Con el escrito presentado el 11 de noviembre de 2021, el Consorcio absuelve el escrito presentado por la Entidad.
34. El 1 de diciembre de 2021, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la presencia del Árbitro Único y la participación de las partes.
35. Con la Resolución N° 16 de fecha 3 de diciembre de 2021 se declaró el cierre de la instrucción del presente proceso arbitral y se fijó plazo para emitir el Laudo Arbitral dentro de veinte (20) días hábiles, los mismos que son prorrogados en este acto en quince (15) días hábiles desde el día siguiente de notificada la referida resolución, que vence el 27 de enero de 2022.
36. En la fecha, dentro del plazo, se procede a laudar.

X. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

37. Antes de analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente: (i) el Árbitro Único se constituyó de conformidad con lo pactado por las partes; (ii) no se le ha recusado, no se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en las reglas del presente proceso arbitral; (iii) CONSORCIO ARQUITEMPUS presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA fue debidamente emplazada con la demanda, cumpliendo con contestarla en el plazo acordado(v) las partes han tenido la oportunidad para ofrecer y actuar todas sus pruebas, presentar sus alegatos escritos y presentar sus correspondientes informes orales; y, (vi) el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro del plazo fijado.

38. Con relación a las pruebas aportadas, en aplicación del Principio de Comunidad de la Prueba, las pruebas presentadas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que las ofreció.
39. Asimismo, el Árbitro Único considera que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza, respecto de los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba, necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.
40. En esa línea, el Árbitro Único declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio asignado.
41. De igual manera, el Árbitro Único conforme a sus atribuciones establecidas en la Ley de Arbitraje y a los puntos controvertidos por las partes, se declara competente y en la facultad legal de laudar respecto de todos los puntos sometidos a su decisión.
42. El Árbitro Único deja constancia que se reserva el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a fin de resolver la controversia y no necesariamente en el orden establecido en el apartado VIII de este laudo.
43. A su vez, deja constancia también de que si el Árbitro Único, al resolver alguno de los puntos controvertidos, llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos.
44. Siendo este el estado de las cosas se procede a laudar dentro del plazo establecido.
45. Dicho ello, el Árbitro Único decide analizar el siguiente punto controvertido:

Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde dejar sin efecto la Carta Notarial N° 467-2017- MINEDU/VMGI-PRONIED-OGA que comunica la Resolución del Contrato por parte de la Entidad.

46. En primer término, debemos tener en cuenta que la Cláusula Segunda del Contrato dispuso el objeto del Contrato:

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO

El presente contrato tiene por objeto, la contratación de la **EJECUCIÓN DE LA OBRA: SALDO DE OBRA: RECONSTRUCCIÓN Y EQUIPAMIENTO EN LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA DE LA IE DE PRIMARIA MENORES N° 22481, CASTROVIRREYNA – CASTROVIRREYNA - HUANCAVELICA**, conforme a las Especificaciones Técnicas.

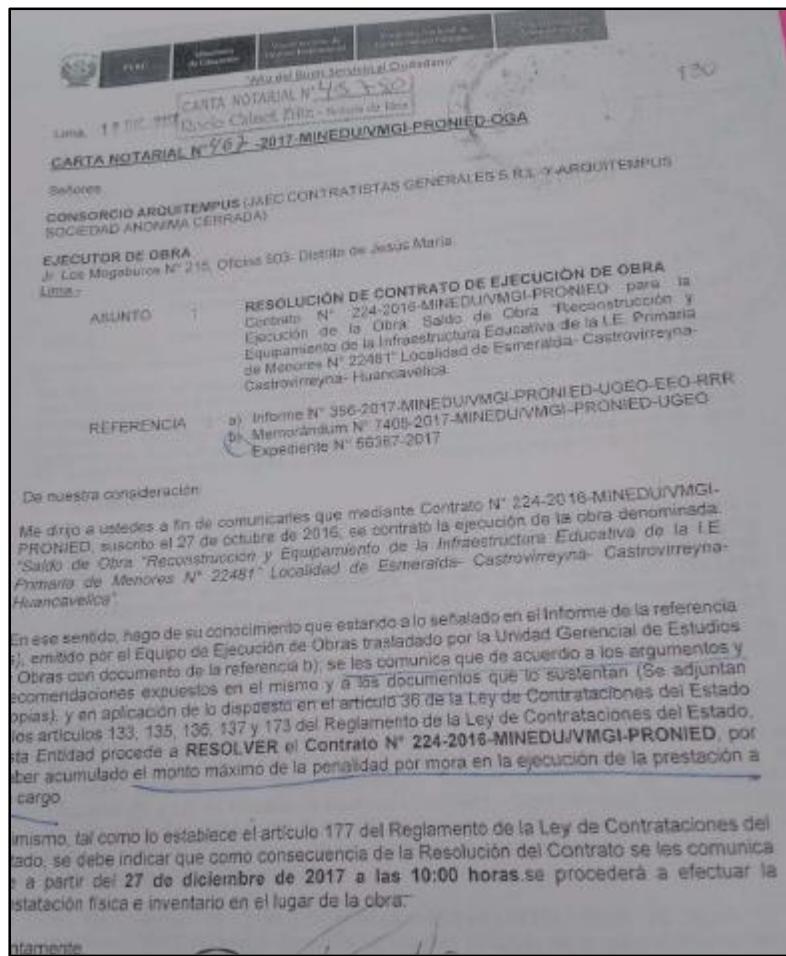
47. Dicha prestación debía ser cumplida conforme a la Cláusula Quinta del Contrato, en el siguiente plazo:

CLÁUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN

El plazo de ejecución del presente contrato es de **Doscientos Diez (210)** días calendario, el mismo que se computa desde el día siguiente de cumplidas las condiciones previstas en el Numeral 3.5 del Capítulo III de la Sección General de las Bases Integradas.

48. En el presente caso, el Demandante refiere que el inicio de la obra se produjo el 15 de noviembre de 2016 por lo que el término de la obra, era el 12 de junio de 2017.

49. Ante ello, la Entidad con la Carta N° 467-2017—MINEDU-VGMI-PRONIED-OGA de fecha 18 de noviembre de 2017, comunicó la resolución del Contrato conforme se transcribe a continuación:



50. El antepenúltimo párrafo del artículo 136 del Reglamento dispone que: “La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato”.

51. En el presente caso, la Entidad resolvió el Contrato por el máximo de la penalidad por mora, a cuyo efecto, remitió la respectiva carta notarial.

52. La mora es el retraso culpable del deudor en el cumplimiento de una obligación. Basta que el Contratista incurra en mora para que se presuma culpable, siendo el deudor quien debe probar que incurrió en mora sin culpa que le sea atribuible.

53. En el ámbito que nos compete, la mora tiene la regulación prevista en el artículo 165 del Reglamento, que a continuación se transcribe:

“Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{monto}}{F \times \text{plazo en días}}$$

Donde F tiene los siguientes valores:

a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: $F = 0.40$.

b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: $F = 0.25$.

b.2) Para obras: $F = 0.15$.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considera el monto del contrato vigente.

Para los supuestos que por la naturaleza de la contratación, la fórmula indicada en el presente artículo no cumpla con su finalidad, el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial puede establecer fórmulas especiales para el cálculo de la penalidad por mora.

Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.”

54. Conforme a ello, se advierte que la mora se genera por el retraso injustificado de las prestaciones objeto del Contrato. Podemos señalar que para la procedencia de la mora debe presentarse: (i) la existencia de un plazo, que debe cumplir el Contratista; (ii) la existencia de una obligación que debía ser cumplida en dicho plazo y no lo fue, y (iii) que el incumplimiento sea imputable al Contratista.

55. Sobre los numerales (i) y (ii), podemos advertir que el plazo que el Contratista tenía hasta el 12 de junio de 2017 para cumplir con la obra, no obstante, no fue cumplida por el Demandante. Por lo que correspondería evaluar si es que el incumplimiento en el plazo es imputable al Demandante.

56. El Consorcio refiere que “la Entidad toma como base el Informe N° 1597-2017-MINEDU/VGMI-PRONIED-OGA-CEC de fecha 15 de diciembre (...) que fija un atraso de 156 días, omitiendo señalar que se encuentra en curso un arbitraje por ampliación de plazo de 40 días, solicitado como consecuencia de los efectos producidos por el fenómeno del niño costero, la demora en los pagos de las valorizaciones, que al afectar la liquidez del consorcio incidía indirectamente en el avance de obra y, en consecuencia, en atrasos en la misma, el recorte en las valorizaciones presentadas por el supervisor y el no pago de las valorizaciones de setiembre y octubre de 2017”.

57. De acuerdo a ello, se procederá a analizar, si se han producido circunstancias ajenas a su esfera de obligaciones del Contratista modo tal, que la demora se encuentra justificada y, por ende, si la resolución del Contrato corresponde dejar sin efecto.

58. Un primer elemento que sustenta el Demandante para justificar el atraso es que refiere que se encuentra en arbitraje una ampliación de plazo por 40 días. Sobre ello, la Entidad durante la Audiencia de Informes Orales ha señalado que:

Entidad: 26'28"	Dicha ampliación de plazo si bien, es cierto ha sido planteada la solicitud la solicitud arbitral y que aún no hay instalación. Es importante manifestar que en el supuesto negado que el Tribunal, le de la razón a mi contraparte y le conceda esos 40 días en nada, variaría la situación o causal de resolución del contrato porque de los 156 días (...) tendríamos 116 días (...) siendo que igual excedería el monto del 10% de la penalidad
--------------------	---

59. Sobre ello, el Árbitro Único advierte que incluso, en el supuesto que se le otorgue la ampliación de plazo de cuarenta días que refiere el Contratista como justificante para la demora, existe aún, un periodo de ciento dieciséis (116) días calendarios, que la Entidad imputa que el Consorcio incurrió en demora razón por la cual, el Árbitro Único no se forma convicción sobre el argumento del Demandante.

60. Un segundo elemento que expone el Contratista está referido a que, en el lugar de la obra, es de un clima lluvioso agravado por las intensas precipitaciones pluviales ocurridas durante los meses de diciembre 2016 a abril de 2017 que generaron desbordes y erosiones de los ríos, produciéndose derrumbes, aludes y huaycos que afectaron, además, los inmuebles, las vías de comunicación.

61. El Contratista no ha presentado medio probatorio alguno que, de cuenta, de la existencia de las lluvias, así como si éstas habrían provocado atraso no imputable a su representada y que, por tanto, que la penalidad impuesta no le es atribuible por lo que al Árbitro Único no le genera certeza la argumentación esgrimida por el Contratista.

62. Un tercer argumento está referido a la demora en los pagos de las valorizaciones, a cuyo efecto, se remite, en primer término, a la Carta N° 03-2017-CONSORCIO ARQUITEMPUS presentada a la Entidad el 11 de enero de 2017, por medio de la cual, solicitan pagos

pendientes por conceptos de adelanto de materiales y el pago de valorizaciones pendientes; no obstante, el Contratista no ha referido que se le adeude alguna valorización del mes de enero del 2017, diciembre del 2016 o de la segunda quince de noviembre del 2016, asimismo, no ha sometido controversia alguna referida a estas valorizaciones ni tampoco con relación a la valorización de adelanto por lo que el Árbitro Único no se forma certeza que la Carta Nº 03-2017-CONSORCIO ARQUITEMPUS acredite que el atraso que derivó en la mora se encuentre justificado.

63. Asimismo, refiere en la demanda, que: “durante los meses de agosto, setiembre y octubre, el avance de la obra fue lento por los problemas de liquidez suscitado por la arbitrariedad de la Entidad, primero, por el error cometido en depositar en la cuenta de detacciones la cantidad de S/ 43.979.39, que ya no se pudo utilizar en la obra como correspondía y por la falta de pago de las valorizaciones Nº 12 y 13 de los meses de setiembre y octubre”.

64. Sobre el monto de S/ 43,979.39 Soles, el Demandante afirma en su demanda que: “PRONIED deposita en nuestra cuenta de detacciones Nº 009803853 de la SUNAT, un depósito injustificado de S/ 43,979.39 que no correspondía a su representada, toda vez que mi representada no había emitido ninguna factura que justifique esa detacción, más aún, cuando en la misma fecha, la PRONIED depositó en nuestra cuenta de detacciones el monto de S/ 11,590.39 correspondiente a la factura Nº 0001-00857, es decir, en la misma fecha efectuó dos depósitos de detacción sobre la base de la misma factura, el correcto por S/ 11,590.39 y el indebido por S/ 43,979.39”.

65. Se advierte que, en el presente caso, la Entidad efectuó un abono por error en la cuenta de detacción del Contratista; no obstante, a consideración del Árbitro Único, este error, no implica una causal para justificar el atraso toda vez, que no es se haya producido una falta de pago sobre alguna valorización, no lo expresado el Demandante, sino más bien, el Contratista recibió en su cuenta de detacción, una suma que no le correspondía.

66. En este punto, debemos tener en cuenta que la Entidad en el Informe Nº 1597-2017-MINEDU-VGMI-PRONIED-OGA-CEC¹ de fecha 15 de diciembre de 2017 señaló:

“1.3.8 Que, el CONSORCIO ARQUITEMPUS mediante la Carta Nº 075-2017, JAEC (...) presenta a la Entidad su cronograma de cierre de obra, comprometiéndose terminar los trabajos contractuales, el 10 de octubre de 2017.

1.3.9 Que, con Carta Nº 0134-2017/BBS-SE-CV de fecha 27 de noviembre de 2017, la representante legal de supervisión de obra (...) presenta a la Entidad, el Informe Especial Nº 009-2017-AMCH del Estado Situacional de la obra, elaborado por el Jefe de Supervisión (...) señalando que la obra se encuentra paralizada desde el 15 de noviembre de 2017.

1.3.10 Que, con fecha 30 de noviembre de 2017, se efectuó una inspección física de avance de obra, participando la suscrita, la Coordinadora de la Macro Región (...) y el Supervisor (...) que no se está ejecutando partidas de avance de obra, asimismo, el supervisor se comprometió a sincerar la valorización Nº 13, sincerando los avances descontando las partidas con deficiencias técnicas.

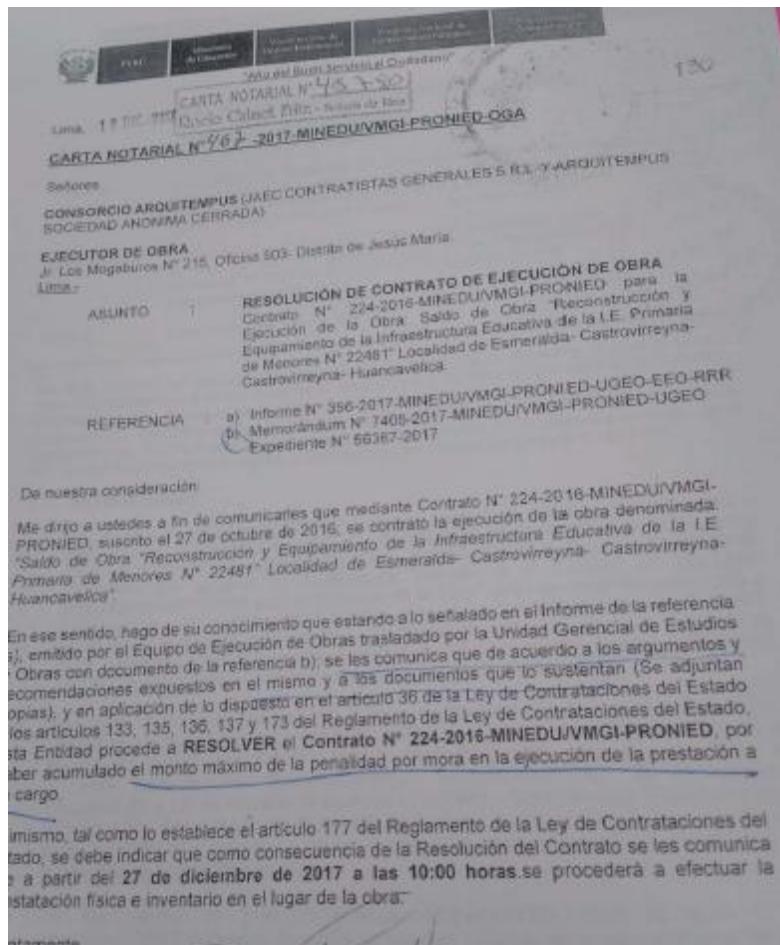
¹ Adjunto al medio probatorio 11 de la demanda.

1.3.11 Que, mediante Carta N° 135-2017/BBS-SE-CV de fecha 5 de diciembre de 2017, la Supervisión (...) comunica a la Entidad, que la valorización de obra N° 14 correspondiente al mes de noviembre de 2017 no ha existido avance de obra, al presentarse la paralización de los trabajos, por lo que se evidencia que persiste el incumplimiento”.

67. Sobre dichas afirmaciones, el Contratista no las ha negado. En esa línea, se encuentra en el numeral 27 de la demanda, que señala que: “es pertinente destacar que la paralización de la obra por falta de pago se ejecutó a partir del 15 de noviembre de 2017 tal y como señala la supervisión en su carta N° 0134-2017/BBS-SE-CV, la misma que es recogida en el literal c) del numeral 3.1 del análisis del informe N° 1597-2017-MINEDU/VGMI-PRONIED-OGA-UA-CEC”, a consecuencia de ello, el Árbitro Único se forma convicción que, a partir del 15 de noviembre de 2017, la Obra se encontraba paralizada.

68. Al respecto, el artículo 153 del Reglamento señala que el Contratista “puede suspender la ejecución de la prestación en caso la Entidad no cumpla con el pago de tres (3) valorizaciones; para tal efecto, el contratista debe requerir mediante comunicación escrita que la Entidad pague por lo menos una (1) de las valorizaciones pendientes en un plazo no mayor de diez (10) días. Si vencido el plazo el incumplimiento continúa el residente debe anotar en el cuaderno de obra la decisión de suspensión, que se produce al día siguiente de la referida anotación. La suspensión del plazo da lugar al pago de mayores gastos generales variables, directamente vinculados, debidamente acreditados”.

69. Para la procedencia de la suspensión de la prestación conforme al artículo 153 del Reglamento, la Entidad no debe haber pagado tres valorizaciones, siendo que, en el presente caso, al 15 de noviembre de 2017, se advierte, de la lectura del expediente arbitral que:



70. La Valorización N° 12 del mes de setiembre; La Entidad mediante el escrito presentado el 22 de octubre de 2021, afirmó que efectuó el pago de la valorización N° 12 a cuyo efecto, señala el siguiente cuadro:

COMPROBANTES DE PAGOS CANCELADOS AL CONTRATISTA				
N°	COMPROBANTE N°	CONCEPTO	FECHA DE COMPROB	FECHA DE PAGO
1	9146	Adelanto Directo	08.11.2016	10.11.2016
2	9147	Detracción	08.11.2016	09.11.2016
3	9691	Adelanto Materiales 1	29.11.2016	01.12.2016
4	9692	Detracción	29.11.2016	06.12.2016
5	737	Adelanto Materiales 2	08.02.2017	13.02.2017
6	738	Detracción	08.02.2017	13.02.2017
7	7936	Valorización N° 11	15.09.2017	18.09.2017
8	7937	Detracción	15.09.2017	20.09.2017
9	9287	Valorización N° 12 Detracción	16.10.2017	17.10.2017

71. Se observa, que la Valorización N° 12 se encuentra vinculada con el comprobante N° 92872 que a continuación se consigna:

SIAF - Módulo Administrativo
Release 17.02.01

COMPROBANTE DE PAGO

REGISTRO SIAF 0000007700

NOMBRE: PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA

SON: TREINTIDOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTINUEVE Y 44/100 NUEVOS SOLES

RUC: 20506123501

Folio N°: 000166

Fecha: 17/10/2017

Hora: 17:52:57

Pag.: 1 de 1

Nº DIA MES AÑO

9287 16 10 2017

CONCEPTO

GIRO AL PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA EL TOTAL DE LA FACTURA POR RECUPERACION DE DEPOSITO EN CUENTA DE DETRACCION N° 00-098-038523 EL 05.06.2017 EFECTUADO A LA EMPRESA JAEC CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. REPRESENTADA DEL CONSORCIO ARQUITEMPUS S.A.C., CORRESPONDE AL CONTRATISTA ASUMIR EL PAGO DE LA DETRACCION, CONTRATO N° 224-2016-MINEDU/VGII-PRONIED OBRA RECONSTRUCCION Y EQUIPAMIENTO EN LA IE PRIMARIA DE MENORES 22481-CASTROVIRREYNA-CASTROVIRREYNA-HUANCAYA C477-S VAL.824-825 (V)

CODIFICACION PROGRAMATICA

RB	SEC F	CP	PRG	PRODIPRY	ACTI/N	OBR FN	DIVF	GRPF	META_FINAL
00	0202	3	9002	2113989	4000026	22	047	0010	00001 0006305

ESTADISTICA OBJETO DEL GASTO

CLASIFICADOR DE GASTO	IMPORTE	
	PARCIAL	TOTAL
2.6.2.2.2	32,899.44	
TOTAL		32,899.44
DEDUCCIONES		0.00
LIQUIDO A PAGAR		32,899.44
RETENCIONES Y/O DEDUCCIONES		

CONTABILIDAD PATRIMONIAL

DEBE		HABER	
CUENTA	IMPORTE	CUENTA	IMPORTE
2103.0201	32,899.44	1206.01	32,899.44

MINISTERIO DE EDUCACION

72. El concepto de este comprobante de pago señala lo siguiente:

CONCEPTO

GIRO AL PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA EL TOTAL DE LA FACTURA POR RECUPERACION DE DEPOSITO EN CUENTA DE DETRACCION N° 00-098-038523 EL 05.06.2017 EFECTUADO A LA EMPRESA JAEC CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. REPRESENTADA DEL CONSORCIO ARQUITEMPUS S.A.C., CORRESPONDE AL CONTRATISTA ASUMIR EL PAGO DE LA DETRACCION, CONTRATO N° 224-2016-MINEDU/VGII-PRONIED OBRA RECONSTRUCCION Y EQUIPAMIENTO EN LA IE PRIMARIA DE MENORES 22481-CASTROVIRREYNA-CASTROVIRREYNA-HUANCAYA C477-S VAL.824-825 (V)

73. De la lectura del concepto, se advierte que la Entidad dispuso que el monto de S/ 32,899.44 (Treinta y dos mil ochocientos noventa y nueve mil con 44/100 Soles) correspondiente a la valorización N° 12 del mes de setiembre de 2017, sea girada a PRONIED por el recupero de depósito en cuenta de la detención N° 00-098-08523.

² Página 18 del escrito presentado el 22 de octubre de 2021.

74. No obstante, de la normativa de compra pública, así como las disposiciones contractuales, no se encuentra figura alguna referida a la posibilidad que la Entidad disponga un “recupero” del abono realizado en la cuenta de detacción de modo tal, que no le pague al Contratista la Valorización N° 12 por lo que podemos concluir que la Entidad no pagó al Consorcio dicha valorización.
75. No obstante, la falta de pago de la Valorización N° 12 no es suficiente para justificar la paralización porque conforme al artículo 153 del Reglamento debe encontrarse ante un impago de tres valorizaciones.
76. Con relación a la valorización N° 13 del mes de octubre de 2017, de acuerdo al artículo 166 del Reglamento, podía ser cancelada hasta el último día del mes siguiente de valorización con lo cual, la Entidad tenía plazo para cancelar la Valorización N° 13 hasta el 30 de noviembre de 2017.
77. Es importante tener en cuenta que el plazo máximo del pago para la Valorización N° 13 era el 30 de noviembre de 2017, porque previo al vencimiento de esta valorización, ya el Contratista había paralizado la obra desde el 15 de noviembre de 2017 cuando únicamente, había vencido el plazo para el pago de la Valorización N° 12; por lo que se constata que no se produjo el supuesto previsto en el artículo 153 del Reglamento que justifique la paralización de la obra.
78. Encontrándose que la paralización de la obra dispuesta por el Contrato desde el 15 de noviembre de 2017 hasta la resolución del Contrato de fecha 18 de diciembre de 2017 no cumplió con las condiciones legales para su procedencia, puede concluirse, entonces, que este periodo de atraso ciertamente, le es imputable al Contratista.
79. No obstante, no debe perderse de vista que, el Contratista refiere que existía un saldo pendiente de 3.64%, “esta saldo por ejecutar se encontraba pendiente desde el 26 de setiembre de 2017 por disposición de la Municipalidad Provincial de Castrovirreyna, referido a la instalación de poste que serviría para el sistema de utilización de media tensión que reducía el ancho de la vía, obstaculizando el tránsito vehicular, por lo que era necesario replantear la ubicación del poste del lugar donde había sido considerado en el expediente técnico elaborado por el PRONIED”.

80. Sobre ello, en la Audiencia, la Entidad ha afirmado lo siguiente:

Entidad: 51'27	La Concesionario es quien aprueba el expediente de media tensión
-------------------	--

81. Asimismo, mediante el escrito presentado el 22 de octubre de 2022, la Entidad indicó que la “Resolución Directoral N° 018-2002-EM/DGE, Directiva de Media Tensión, (...) aprueba la “Norma de procedimientos para la elaboración de proyectos y ejecución de obras en sistemas de utilización en media tensión en zonas de concesión de distribución”, en cuyo numeral 11 “ELABORACIÓN DE PROYECTOS”, inciso 11.4 “Aprobación del Proyecto”, señala los requisitos para aprobación de sistemas de Utilización en Media Tensión, literal “b) El proyecto revisado por el Concesionario”.

82. Es pertinente indicar que el expediente técnico de obra, es el documento sobre el cual, las partes disponen el cumplimiento de sus prestaciones, de modo tal, que en el supuesto de plantearse una modificación, corresponde seguir los mecanismos planteados en la

normativa pública; sin embargo, la Entidad sostiene la tesis que tratándose de la especialidad de media tensión, que forma parte del expediente técnico aprobado por su representada, dicha modificación debiera ser aprobada por el Concesionario; esto es, implícitamente PRONIED no debiera aprobar modificación alguna; sin embargo, esta lectura no resulta adecuada a la normativa de compra pública donde “la información que obra en el expediente técnico debe ser "técnicamente correcta" en virtud a que contiene un conjunto de documentos de ingeniería que tienen por finalidad brindar información sobre los requerimientos de la Entidad para la ejecución de la obra y sobre las condiciones del terreno³”.

83. Asumir una tesis en contrario, implicaría que el Contratista ejecute más allá de lo previsto del Expediente Técnico, supuesto que no se encuentra recogido en la normativa de compra pública. En esa línea, el hecho que el proyecto sea revisado por el Concesionario no implica que la Entidad no deba aprobar una modificación del expediente técnico correspondiente a la especialidad de instalaciones eléctricas, toda vez, que es finalmente la Entidad quien aprobó dicho expediente técnico.
84. Ante ello, se advierte, que la Entidad no brindó colaboración a su contraparte respecto al expediente técnico bajo la especialidad de media tensión, extremo que resultaba, a consideración del Árbitro Único, vital más, aún porque según han referido las partes se encontraba pendiente de ejecución, un porcentaje reducido para el término de la ejecución razón por la cual, el Árbitro Único advierte que la Entidad contribuyó con la demora en la ejecución y por ende, considera que el atraso no resulta únicamente imputable al Consorcio.
85. Lo descrito, conlleva a que no pueda ampararse la resolución contractual efectuada por la Entidad por el máximo de penalidad por mora imputable al Contratista sino que han existido conductas de las partes poco diligentes, de suyo ajenas a la normativa. Una decisión en contrario significaría privilegiar una actuación frente a otra, cuando se aprecia que ambas partes han tenido cierto grado de responsabilidad en la ejecución de la obra y, a la postre, en su no cumplimiento cabal.
86. En esa línea, las partes han tenido conductas que conllevan a que el Tribunal Arbitral Unipersonal declare el contrato resuelto por las partes, extremo que asume en aplicación la necesidad de dar una solución a la controversia surgida entre las partes por ese concepto, y constituir ésta una materia implícita sometida a decisión del árbitro; y en razón de que las circunstancia anotadas impiden atribuir responsabilidad específica a una sola de ellas, ya que en el comportamiento de ambas se aprecia que han generado situaciones que han imposibilitado que la obra se ejecute en el modo y plazo propio del contrato y de sus términos.
87. En este orden de ideas, la resolución efectuada por la Entidad por la causal invocada deviene en no amparable, sin perjuicio del criterio expresado en el párrafo anterior, que dispone que la resolución del contrato permanezca.
88. A continuación, el Árbitro Único decide analizar la siguiente pretensión:

³ Opinión N° 184-2016/DTN de fecha 30 de noviembre de 2016

Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal: Se ordene la ejecución de la obra hasta su culminación.

89. Dado que la resolución del Contrato se mantiene no corresponde ordenar la ejecución de la obra hasta su culminación.

Tercera Pretensión Principal: Determinar si corresponde dejar sin efecto el Acta de Constatación Física e Inventario en el lugar de la obra

90. Dado que la resolución del Contrato permanece no corresponde en consecuencia, dejar sin efecto el Acta de Constatación Física e Inventario en el lugar de la obra y, en consecuencia, infundada la Tercera Pretensión Principal.

91. A continuación, se decide analizar el siguiente punto controvertido:

Primera Pretensión Principal: Se ordene al PRONIED pagar al Consorcio las valorizaciones retenidas indebidamente correspondientes a los meses de setiembre y octubre de 2017 por el monto total de S/ 156,246.80 Soles incluido el IGV.

92. De acuerdo a los considerandos anteriores, se ha determinado que la Valorización N° 12 del mes de setiembre de 2017 por la suma de S/ 32,899.44 (Treinta y dos mil ochocientos noventa y nueve con 44/100 Soles) debió ser pagada al Contratista, sin embargo, la Entidad no efectuó dicho pago, en razón a ello, corresponde ordenar a la Entidad que se efectúe el pago por la Valorización N° del mes de setiembre de 2017 por la suma de S/ 32,899.44 (Treinta y dos mil ochocientos noventa y nueve con 44/100 Soles), concepto que podrá ser incluido dentro de la liquidación de obra.

93. Respecto a la Valorización N° 13 del mes de octubre de 2017 por la suma de S/ 123,347.36 (Ciento veintitrés mil trescientos cuarenta y siete con 36/100 Soles), la Entidad ha señalado en la contestación de la demanda que “la valorización N° 13 correspondiente al mes de octubre de 2017, fue devuelta al Supervisor a fin de que cumpla con corregirla, es así que, mediante la Carta N° 136-2017/BBS-SE-CV de fecha 12 de diciembre de 2017”.

94. Atendiendo a ello, si bien, el Contratista tiene derecho al pago de la Valorización N° 13, no obstante, no se encuentra certeza respecto al quantum por lo cual, debe concepto deberá ser recogido en la liquidación de obra.

95. En consecuencia, corresponde ordenar a PRONIED pagar al Consorcio la valorización N° 12 del mes de setiembre de 2017 por la suma de S/ 32,899.44 (Treinta y dos mil ochocientos noventa y nueve con 44/100 Soles) concepto que debe ser incluido en la liquidación y, la valorización N° 13 por el mes de octubre de 2017 deberá ser pagada por la Entidad, en la liquidación de obra, por el monto señalado en la Carta N° 136-2017/BBS-SE-CV de fecha 12 de diciembre de 2017.

96. En este punto, se decide analizar el siguiente punto controvertido:

Cuarta Pretensión Principal: Se ordene a PRONIED el pago de los costos, según los conceptos previstos en el artículo 71 del Decreto Legislativo N° 1071

97. El Árbitro Único, sobre la base de lo actuado en este arbitraje, considera que ambas partes han procedido basadas en la existencia de razones para litigar y que a su criterio

resultaban atendibles. Por ello, concluye que han litigado de buena fe convencidas de sus posiciones ante la controversia. Al no existir acuerdo entre ellas sobre la asunción de las costas y costos del arbitraje, Árbitro dispone que cada parte deberá asumir las costas y costos en que cada una ha incurrido en el presente proceso arbitral. En consecuencia, corresponde ordenar al PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED que cumpla con restituir al CONSORCIO ARQUITEMPUS los honorarios en subrogación del Árbitro Único por la suma de S/ 3,610.28 (Tres mil seiscientos diez y 28/100 Soles) incluido impuestos y los honorarios en subrogación de la Secretaría Arbitral por la S/ 2,430.68 (Dos mil cuatrocientos treinta con 68/100 Soles) incluido IGV.

98. Por las consideraciones que preceden, de conformidad con las disposiciones legales que han sido citadas y de acuerdo con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, **EL ÁRBITRO ÚNICO LAUDA EN DERECHO:**

XI. DECISIÓN

Por las consideraciones que proceden, de acuerdo con lo establecido por el Reglamento y la Ley de Arbitraje, el **ÁRBITRO ÚNICO LAUDA** en derecho de la siguiente manera

PRIMERO: FUNDADA EN PARTE la Primera Pretensión Principal de la demanda y en consecuencia, ordenar al PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA que pague al CONSORCIO ARQUITEMPUS la valorización Nº 12 del mes de setiembre de 2017 por la suma de S/ 32,899.44 (Treinta y dos mil ochocientos noventa y nueve con 44/100 Soles), asimismo, ordenar al PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA pague al CONSORCIO ARQUITEMPUS la valorización Nº 13 por el mes de octubre de 2017 por el monto señalado en la Carta Nº 136-2017/BBS-SE-CV de fecha 12 de diciembre de 2017.

SEGUNDO: FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la demanda, y en consecuencia, dejar sin efecto, la resolución del Contrato dispuesta mediante la Carta Notarial N° 467-MINEDU-VGMI-PRONIED-DGA por la causal de máxima penalidad por mora; sin perjuicio de declarar el mantenimiento de la resolución del contrato por los argumentos expuestos en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

TERCERO: INFUNDADA la Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal por los considerandos expuestos en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

CUARTO: INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la demanda y, en consecuencia, no corresponde dejar sin efecto el Acta de Constatación Física e inventario en el lugar de la obra por los considerandos expuestos en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

QUINTO: INFUNDADA la Cuarta Pretensión Principal de la demanda y, en consecuencia, **FIJAR** los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral, en los montos previamente cancelados debiendo cada parte asumir el 50% de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral, así como los propios costos en los que haya incurrido y en consecuencia, corresponde ordenar al PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED que cumpla con restituir al CONSORCIO ARQUITEMPUS los honorarios en subrogación del Árbitro Único por la suma de S/ 3,610.28 (Tres mil seiscientos diez y 28/100 Soles) incluido impuestos y los honorarios en subrogación de la Secretaría Arbitral por la suma de S/ 2,430.68 (Dos mil cuatrocientos treinta con 68/100 Soles) incluido IGV.

SEXTO: REGISTRAR el presente Laudo Arbitral en el SEACE conforme el Reglamento.

El presente Laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento a las partes.



ALBERTO RIZO PATRÓN CARREÑO
ÁRBITRO ÚNICO