

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE LA MAR,
Vocal: MARTEL CHANG Rolando Alfonso FAU 20159981216 soft
Fecha: 30/09/2020 13:36:33 Razón: RESOLUCION JUDICIAL D. Judicial: LIMA / COMERCIALES, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE LA MAR,
Vocal: PRADO CASTAÑEDA Ana Mariu FAU 20159981216 soft
Fecha: 29/09/2020 19:23:31 Razón: RESOLUCION JUDICIAL D. Judicial: LIMA / COMERCIALES, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE LA MAR,
Vocal: ESCUDERO LOPEZ José Clemente FAU 20159981216 soft
Fecha: 30/09/2020 11:54:09 Razón: RESOLUCION JUDICIAL D. Judicial: LIMA / COMERCIALES, FIRMA DIGITAL



PODER JUDICIAL
DEL PERU

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL**

EXPEDIENTE N° : 00087-2019-0-1817-SP-CO-01
DEMANDANTE : PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA
DEMANDADA : INGENIERÍA Y ESTUDIOS DE ANDALUCÍA S.L - INGESA
MATERIA : ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Es fundado el recurso de anulación por la causal b) del numeral 1 del artículo 63 del Decreto Legislativo 1070, por ausencia de explicación de las razones que determinan sus conclusiones al decidir los extremos resolutivos cuestionados.

RESOLUCIÓN NÚMERO NUEVE
Miraflores, veintinueve de setiembre
del año dos mil veinte.

I. VISTOS:

Habiéndose analizado y debatido la causa, conforme lo prescriben los Artículos 131° y 133° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, este colegiado integrado por los señores Jueces Superiores: **Martel Chang, Prado Castañeda**, quien interviene como ponente; y, **Escudero López**, emiten la siguiente decisión judicial:

II. RESULTA DE AUTOS:

Del recurso de anulación:

2.1. A fojas 152 a 180 del visor del Expediente Judicial Electrónico, obra el Recurso de Anulación Parcial contra el **Primero, Segundo, Cuarto, Quinto, Sexto, Séptimo, Octavo y Noveno Resolutivo del Laudo Arbitral de Derecho** de fecha 12 de enero de 2018, interpuesto por el Programa Nacional de Infraestructura Educativa [en adelante La

Entidad], invocando la causal contenida en el inciso b) del numeral 01 del artículo 63º del Decreto Legislativo N° 1071.

2.2. La Entidad sustenta su pretensión impugnativa:

- i) En relación al **primer y segundo resolutivo**, la Entidad en su escrito de contestación de la demanda, así como en la audiencia de informes orales de fecha 25 de setiembre de 2018, precisó que no ha incumplido con sus obligaciones contractuales en la etapa de Elaboración del Expediente Técnico, pues las observaciones al quinto entregable, no determinan un expediente técnico diferente al del Proyecto de Inversión Pública, ya que se mantiene las metas y se actualizan nombres y espacios, conforme a lo establecido en la Normatividad del Sistema Nacional de Inversión Pública y sus modificatorias, Ley Nro 27293.
- ii) Sin embargo, el árbitro único al analizar el primer punto controvertido concluye lo siguiente:

• El contrato debía contener los términos previstos en el conjunto de documentos que lo integraban; en esta medida, la Entidad -con ocasión de la suscripción- no pudo modificar unilateralmente las condiciones contempladas en la proforma de contrato de las bases integradas, bajo responsabilidad del titular de la Entidad, toda vez que estos últimos constituyen las reglas definitivas del proceso de selección y no pueden ser modificadas por la entidad administradora alguna, según lo dispuesto por el artículo 39 del anterior Reglamento.

• Solo eran exigibles las obligaciones que se ajustaban a lo señalado en el conjunto de documentos que confirmaban el contrato.

Por las razones expresadas el árbitro único considera que no existe ni en las bases, ni en el contrato un supuesto que permita a la entidad modificar unilateralmente las condiciones contractuales. En tal sentido se advierte que el PRONIED al efectuar las modificaciones incumplió con sus obligaciones contractuales, en tanto para la elaboración del Expediente Técnico requirió la ejecución de trabajos distintos a los aprobados en el Proyecto de Inversión Pública.

- iii) Asimismo, al analizar el segundo punto controvertido concluye: "... en tanto la Entidad requiere la elaboración de un Expediente Técnico diferente al Proyecto de Inversión Pública aprobado y que forma parte de las bases, el contratista no se encuentra obligado a su elaboración".
- iv) No obstante, en ninguna parte del análisis del primer punto controvertido el árbitro único señala cuáles serían estas modificaciones que habría realizado la Entidad que configurarían un incumplimiento de obligaciones contractuales, pues para establecer que la Entidad incurrió en incumplimiento de sus obligaciones al haber realizado modificaciones de las condiciones contractuales,

primero se debe establecer cuáles son esas modificaciones. El árbitro no establece a qué modificaciones se refiere o en qué medio probatorio se sustenta para arribar a esa conclusión, además el contratista en su demanda tampoco las precisa y/o específica, simplemente presenta 2 imágenes para indicar que habría un cambio en el expediente técnico en referencia al PIP.

- v) Igualmente, el árbitro único al desarrollar sus considerandos en relación al segundo punto controvertido, no identifica las modificaciones de las condiciones contractuales que habría hecho la entidad y que supongan un requerimiento de elaboración de un expediente técnico diferente al proyecto de inversión pública, solo se limita a mencionar enarraigados, "*Que las bases del Concurso Público que dieron lugar al contrato no facultaban a la entidad a modificar el contrato - expediente-*" y traer a colación opiniones del OSCE, para que sin mayor análisis, sin contraste con los hechos, concluir que la Entidad requirió la elaboración de un expediente técnico diferente al Proyecto de Inversión Pública aprobado.
- vi) No se sabe cómo el árbitro único ha llegado a establecer y por ende declarar que la Entidad incumplió con sus obligaciones contractuales al requerir la elaboración de un expediente técnico diferente al proyecto de inversión pública aprobado, si no ha identificado ni menos analizado estas supuestas modificaciones o cambios o diferencias entre el expediente técnico y el proyecto de inversión pública, a fin de sustentar debidamente su posición, ni indicado en qué medio probatorio sustenta estas conclusiones, por lo que existe una motivación aparente.
- vii) El árbitro no ha señalado tampoco porqué lo alegado por la Entidad en su escrito de contestación de fecha 14.08.2017 y en sus informes orales de fecha 25.09.2018, no es válido o no le causó convicción, en ese sentido, también hay una indebida motivación al no dar razones suficientes sobre la no valoración de la posición de la Entidad.
- viii) El laudo vulnera el derecho al debido proceso y el derecho a la debida motivación de las resoluciones, pues esta motivación es solo aparente.

ix) Respecto al cuarto resolutivo, la Entidad en su escrito de contestación de demanda, precisó que el quinto entregable presentó observaciones, las mismas que fueron comunicadas mediante los siguientes documentos:

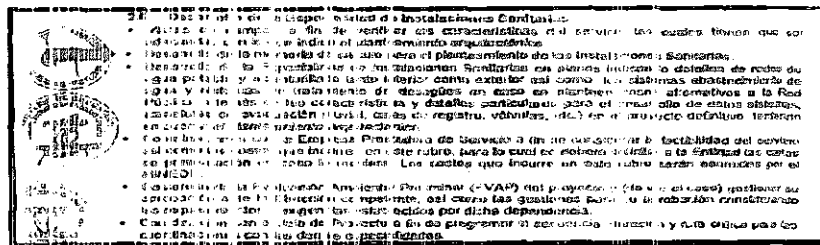
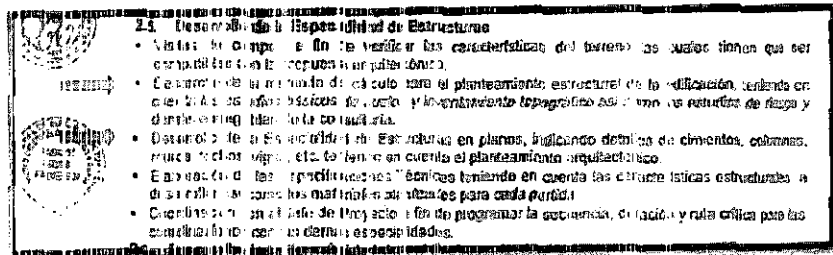
- Oficio N° 3726-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO de fecha 16.11.2016 e Informe N° 120-2016- MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-BEP-JPI-R, encontrándose como **NO CONFORME en todas las especialidades del expediente de la LE.**
- Oficio N° 4157-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO de fecha 27.12.2016 e Informe N° 178-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-BEP-FOM, se informa que el quinto entregable mantiene la condición de **NO CONFORME**, recomendándose el levantamiento definitivo de observaciones.
- Carta Notarial N° 000-2017 MINEDU/VMGI-PRONIED-OHA de fecha 27.01.2017 mediante la cual se procede a apercibir al contratista, para que cumpla con sus obligaciones contractuales.
- Oficio N° 864-2017-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO de fecha 27.03.2017 e Informe N° 119-2017-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-BEP-SHR, se solicita a su vez las observaciones por última vez.

Asimismo, se detalla los levantamientos de observaciones efectuados al quinto entregable, siendo que con el Oficio Nro. 484 de fecha 31.03.2017 el contratista, en respuesta al Oficio Nro. 864-2017-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO, remitió el expediente -quinto entregable-, el cual luego de la revisión se concluyó que el expediente técnico mantenía las observaciones y contrastado con los Términos de Referencia por lo tanto, el contratista estaba obligado a levantar las referidas observaciones.

x) Sin embargo, el árbitro al analizar el cuarto punto controvertido, solo se limita a nombrar los documentos que debe contener el quinto entregable y así llega a la conclusión siguiente:

El criterio de este árbitro, en el presente caso, el contratista ha cumplido con las obligaciones señaladas en el contrato, considerando que ninguna de las observaciones efectuadas por la entidad, menciona el incumplimiento de las obligaciones consideradas en los términos de referencia de las bases integradas y en el contrato. Por ende, lo que no se señaló en la Opinión precedente y el desarrollo de los criterios para puntaje controlado, no resulta exigible al contratista el cumplimiento de obligaciones no estipuladas en el contrato y a no haberse observado el cumplimiento de los términos de referencia, este árbitro entiende que el contratista cumplió con la obligación señalada en este punto controvertido.

- xi) Es decir, el árbitro no hace un análisis en conjunto y concordado de los términos de referencia, sino una lectura sesgada y limitada, pues de haber analizado el capítulo IV. Tercer Producto-Expediente Técnico a nivel de Ejecución de Obra, 2. Principales actividades realizadas por el consultor, numerales 2.5, 2.6 y 2.8 verificaría que estas observaciones tienen su correlato en las obligaciones del contratista establecida en los términos de referencia.



2.3. Descripción de la Responsabilidad de los Planos

- Coordinar con el cliente de Proyecto el fin de programar la ejecución, duración y ruta crítica para las actividades de cada obra y sus dependencias.

Es decir, el árbitro único, solo considera que existe incumplimiento del quinto entregable si entre las observaciones se le solicita al contratista la presentación de alguno de los documentos detallados en el numeral 3.1. de la Descripción de los contenidos de los entregables, y no así, si la Entidad observa algunos de esos documentos porque está incompleto o no está actualizado o no compatibilizó los planos, como ha sido el caso.

Entonces, si los documentos no están de acuerdo a los términos de referencia, si no compatibilizó los planos, no configura un incumplimiento de obligaciones? ¿La Entidad debe otorgar la conformidad al quinto entregable?, ¿la Entidad debe pagar?

- xii) In caso existen observaciones que están amparadas en el numeral 3.1 -Quinto entregable, numeral considerado por el árbitro único al momento de analizar si el contratista había cumplido con entregar todos los documentos requeridos para la presentación del quinto

entregable, y pese a ello, no ha considerado esa observación como incumplimiento del contratista.

<p>3. DESCRIPCIÓN DE LOS CONTENIDOS DE LOS ENTREGABLES</p> <p>3.1 QUINTO ENTREGABLE Para el quinto entregable se presentarán los siguientes documentos en original para su revisión:</p> <p>B) Planos de especialidades</p> <p>ESTRUTURAS</p> <p>a) Planos de cimentación, columnas, vigas, losas aligeradas y/o macizas, detalle a escala 1/50 - 1/25 de todos los módulos que conforman el proyecto de acuerdo a normas vigentes.</p>

- xiii) Sobre el particular, el árbitro establece como premisa a efectos de analizar el incumplimiento en la presentación del quinto entregable, de que el contratista solo debe presentar los documentos establecidos en el numeral 3.1. de los Términos de Referencia, sin considerar lo señalado en el numeral 2. Principales Actividades realizadas por el Consultor, de los Términos de Referencia, ambos numerales pertenecientes al capítulo IV referidos al tercer producto donde el quinto entregable es parte, por lo tanto, el árbitro debió analizar un análisis concordado.
- xiv) En relación al quinto resolutivo y pretensión subordinada a la quinta pretensión, el árbitro al partir de inferencias inválidas - conclusiones del primer, segundo y cuarto punto resolutivo, es decir, al considerar que las observaciones efectuadas por el Entidad no constituyen incumplimientos de las obligaciones consideradas en los términos de referencia, y que más bien la Entidad al haber exigido al contratista el cumplimiento de obligaciones no establecidas en el contrato, ni en las bases del proceso de selección, ni en la oferta ganadora, la entidad ha convalidado la normatividad de contrataciones, determina que la resolución contractual realizada por la Entidad es nula, lo cual vulnera el derecho a la debida motivación.
- xv) El árbitro al resolver esta pretensión se ampara en el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, pero es el caso que el número correcto del artículo es el 56 de la acotada ley, y en el cual se ampara el árbitro para declarar la nulidad es aplicable para la nulidad de los actos derivados de los procesos de selección y no para la resolución de contrato. Por tanto ha aplicado una norma legal que no se ajusta a la pretensión del contratista. Siendo que en atención a estas

inferencias equivocadas ordena a la Entidad otorgar el pago correspondiente más los intereses legales.

xvi) Sin perjuicio de ello, el árbitro no ha explicado tampoco porqué lo alegado por la Entidad en su escrito de contestación e informes orales de fecha 25.09.2018, no es válido o no le causó convicción, en ese sentido, también hay una indebida motivación al no dar razones suficientes sobre la no valorización de la posición de la Entidad.

xvii) Respecto al **sétimo resolutive**: el árbitro no ha analizado ninguna de las posiciones de las partes, ni ha expuesto porque acoge una u otra posición, simplemente después de transcribir la posición de ambas partes ha pasado a concluir que el contratista ha cumplido con sus obligaciones señaladas en el contrato, lo cual no era materia de controversia, del debate era la **demora del contratista en la presentación de los entregables 2 y 3**, salvo en el entregable 4 y 5 que además existía demora por el levantamiento de observaciones. El árbitro no ha señalado los motivos por los cuales sus alegaciones de la Entidad son inválidas, por lo tanto existe una indebida motivación.

xviii) El laudo no da cuenta de las razones mínimas que sustentan su decisión de determinar que el contratista no ha incurrido en retraso alguno en la presentación de los citados entregables y que por lo tanto no le corresponde aplicación de penalidad, siendo así carece de motivación.

xix) El laudo indica de manera incongruente "que ninguna de las observaciones efectuadas por la entidad menciona el incumplimiento de las obligaciones consideradas en los Términos de Referencia", vulnerando el derecho a la debida motivación de las resoluciones, pues su sustento para declarar fundado el sexto y sétimo punto controvertido no encuentra respaldo en las alegaciones que las partes expusieron durante el desarrollo del arbitraje.

xx) Basándose en lo resuelto en los considerandos que amparan el **sétimo resolutive**, resuelve el **octavo resolutive**, concluyendo que no corresponde aplicar penalidad alguna en la entrega de los entregables segundo, tercer y cuarto entregable ni en la entrega de las subsanaciones del quinto entregable, quedando evidente así que no

sustenta objetiva y debidamente las razones por las cuales declara infundada el séptimo y octavo resolutive del laudo arbitral.

i) **De la absolución del recurso de anulación:**

- 2.3. De autos se advierte que por resolución N° Seis del 6 de enero de 2020, se tiene por no absuelto el traslado del recurso de anulación de laudo arbitral, por la demandada Ingeniería y Estudios Andalucía S.L -INGESA.

III. **ANÁLISIS DEL CASO:**

Del recurso de anulación de laudo arbitral:

- 3.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 62 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje: **1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación.** Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63, estableciéndose adicionalmente los casos aludidos en la Duodécima Disposición Complementaria del mismo Decreto Legislativo, resultando de la resolución de dicho recurso que se declare la validez o la nulidad del laudo, *encontrándose prohibido pronunciarse sobre el fondo de la controversia sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.*

Del reclamo previo en sede arbitral:

- 3.2. Previamente para ingresar a resolver la pretensión contenida en la demanda corresponde establecer si la Entidad cumple con los parámetros legales pre-establecidos en el Decreto Legislativo N° 1071 al haber invocado la causal de anulación de laudo arbitral contenida en el inciso b) del numeral 1 del artículo 63 del mismo Decreto Legislativo, esto es, si cumple con lo señalado expresamente en el numeral 2 del mismo artículo en el que se precisa que: "las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 01 de este artículo, **solo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueran desestimadas**". [énfasis en nuestro]
- 3.3. Debe precisarse que uno de los fundamentos que se ha atribuido al principio de **reclamo expreso** radica en el aporte que éste significa para la obtención de un procedimiento arbitral ágil y eficaz, ya que constituye un

mecanismo básico para obligar a las partes a dar a conocer sus objeciones al procedimiento en cada instante, impidiendo que éstas puedan afectar el desarrollo normal del arbitraje a través de reprochables estrategias de recursos de última hora por vicios que bien pudieron ser subsanados oportunamente; entonces para la Ley, cualquier tipo de circunstancias que pudiera implicar un perjuicio al desarrollo normal del procedimiento que dirigen los árbitros, debe ser puesta en conocimiento abierto de éstos, bajo riesgo de perderse para siempre la facultad de alegarlo con motivo de nulidad del laudo definitivo.

3.4. Así también, debe precisarse que el reclamo para ser tal debe ser oportuno, es decir, que el reclamo sea expuesto ante el Tribunal Arbitral no en cualquier momento, sino en aquel que pueda calificarse como adecuado, de acuerdo a las normas que regulan el procedimiento arbitral. Para ello será necesario prestar atención a dos factores; **primero**: la existencia de un cauce establecido por la Ley, el reglamento del Centro Arbitral (de tratarse de un arbitraje institucional), o el acuerdo de las partes, para encaminar el reclamo de la parte; y, **en segundo**, a falta de éste, la prontitud con que hubiera formulado el reclamo. Además de ser oportuno, debe ser expreso, entendiéndose por reclamo expreso, que no puede formularse en términos genéricos u omitiendo sustentarlo en base a fundamentos concretos referidos al vicio que luego será usado para pedir la nulidad del laudo. El recurrente deberá haber reclamado expresamente ante al árbitro el vicio que ahora menciona para pedir la nulidad del laudo.

3.5. En el caso en concreto, se aprecia que por escrito de fecha 26 de noviembre de 2018-fojas 143 a 144-, la Entidad solicitó aclaración de laudo; coligiendo del mismo que los fundamentos del acotado recurso alegan la falta de motivación del árbitro único en cuanto al primer, segundo, cuarto, quinto, sexto, sétimo, octavo y noveno resolutivos, precisamente, los extremos del laudo sobre lo cuales demanda la anulación; debiendo acotarse que la parte formuló reserva de ampliar o modificar sus fundamentos. *En consecuencia, el Colegiado se encuentra habilitado para pronunciarse sobre el recurso interpuesto.*

De la debida motivación del laudo arbitral:

3.6. Ahora bien, resulta conveniente determinar si la posibilidad de hacer un control de la debida motivación realizada por el árbitro no colisiona con el Principio de Irrevisabilidad del criterio arbitral consagrado en el artículo 62° inciso 2) del Decreto Legislativo N°1071¹, entendido como aquella prohibición al juzgador de pronunciarse sobre el fondo de la controversia que fue resuelta en el arbitraje², el cual aun teniendo razones para discrepar de la opinión del o los árbitros en cuanto a la valoración de los hechos y las pruebas presentadas en el expediente pertinente así como de las conclusiones expedidas en el mismo; su labor se encuentra limitada solo a decidir sobre la validez o invalidez del laudo en base a las causales estipuladas en la ley de la materia. Lo cual no implica que so pretexto de un control de la motivación que sustenta el laudo el juez de la anulación pueda ingresar a modificar el tema de fondo.

Dejando expresa constancia que al referirnos a una decisión con pronunciamiento sobre el fondo no lo mencionamos como voz sinónima de motivación o valoración probatoria. *La adecuada motivación y valoración probatoria constituyen requisitos para que una decisión sea válida para el derecho, independientemente que esta sea acertada o no, tanto una decisión acertada o una que no lo es puede encontrarse debidamente motivada y con una valoración probatoria idónea*, ya que una adecuada motivación no está relacionada con la decisión final adoptada, sino con la proscripción a la arbitrariedad, con el respeto a tener una justificación válida de por qué se decidió de una u otra forma, pudiendo sostenerse algo similar respecto a la valoración probatoria; tanto la motivación como la valoración probatoria son operaciones distintas al criterio usado para definir el fondo de la controversia, siendo el Principio de Irrevisabilidad aplicable solo a esto último.

3.7. Tal como se ha señalado en el fundamento precedente, no obstante que las determinaciones del arbitro no pueden ser cuestionadas, sí es objeto de

¹2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. **Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.**

² Someter a análisis por parte de los jueces el fondo de la controversia sometida a arbitraje, resultaría un contrasentido si fueron las mismas partes quienes a través del convenio arbitral renunciaron a la jurisdicción estatal y decidieron someterse a la competencia de los árbitros la solución del conflicto; ello sumado a la necesidad de dotar al arbitraje de cierto grado de firmeza constituyen los motivos principales por los cuales se ha establecido la imposibilidad de modificar via recurso de anulación los criterios adoptados por los árbitros al resolver el fondo de la controversia. Cfr. ALVA NAVARRO Esobar, "La Anulación del Laudo Arbitral". Primera Edición- Agosto 2011. Mario Castillo Freyre Editor. Lima Pág. 49.

revisión el cómo se ha llegado a tal o cual interpretación de la norma, o conclusión de determinados hechos, ello a fin de cumplir con uno de los supuestos que encarna el principio del debido proceso que es el de la debida motivación.

- 3.8. Bajo esa limitación normativa, debemos tener en cuenta la regla establecida por el Tribunal Constitucional en el Expediente 728-2008 PHC/TC: *"(...) el análisis de si una determinada resolución judicial se violado o no el derecho de la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para ser contrastar las razones expuestas, más no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis."*

Del análisis del Laudo Arbitral cuestionado:

- 3.9. En lo concerniente a la falta de motivación; y, motivación aparente en que habría incurrido el árbitro único, debemos precisar que conforme lo dispone el numeral 01 artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071:
"El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación, alegue y pruebe:
b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las acusaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón hacer valer sus derechos".

En tal sentido, para el presente caso, la Entidad invoca trasgresión al principio de motivación de las resoluciones y acusa *ausencia de motivación y motivación aparente*.

De las incidencias del proceso arbitral:

- 3.10. Los puntos controvertidos fijados en el proceso arbitral fueron los siguientes:

Primer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar que la Entidad incumplió con sus obligaciones contractuales, en tanto, como consecuencia del Expediente Técnico requiere la ejecución de trabajos distintos a los aprobados en el Proyecto de Inversión Pública".

Segundo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar que la Entidad determine que en tanto la Entidad requiere la ejecución de un Expediente Técnico diferente al Proyecto de Inversión Pública aprobado, muestra por tanto, la Entidad obligada a su ejecución, de acuerdo a los términos contractuales".

Tercer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar que *se determine que a lo largo de la revisión del Quinto entregable del Tercer Producto – Expediente Técnico la Entidad ha cambiado de criterio debido al constante cambio de personal revisor, observando inclusive tareas y submatrices aprobadas*

Cuarto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no *se determine que nuestra parte, aun sin estar obligada por el Contrato y Términos de Referencia cumplió con levantar las observaciones y cumplir con los requerimientos adicionales de la Entidad respecto del Quinto entregable del Tercer Producto – Expediente Técnico*

Quinto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no *se determine que no existió incumplimiento en las obligaciones de nuestra empresa por lo que la resolución contractual realizada por la Entidad a través de la Clave Informal N° 319-017-MINEDU/VMGF-PRONIED-OGA debe ser anulada o invalidada totalmente*

Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión:

Determinar si corresponde o no *que en el caso o en que por motivos externos al momento de la ejecución del contrato incitral resulte imposible la continuidad en la ejecución del Contrato se establece por que el contrato ha quedado resuelto (se) sin culpa de nuestra parte y, de ser el caso, por culpa imputable a la Entidad*

Sexto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no *declarar que nuestra parte no ha incurrido en retraso alguno en la presentación del segundo, tercer y cuarto entregable ni en la entrega de las submatrices del quinto entregable*

Séptimo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no *declarar que teniendo en cuenta las pretensiones anteriores se determina que no responde aplicación de penalidad alguna en la entrega de los entregables segundo, tercer y cuarto entregable ni en la entrega de las submatrices del quinto entregable*

Octavo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no *declarar que ten tanto se ha cumplido con la elaboración del Quinto entregable del Tercer Producto – Expediente Técnico la Entidad otorgue el pago que corresponde al mismo más los intereses legales hasta el*

momento del pago definitivo

Noveno Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no *declarar que la empresa condene de costas y costas procesales contra el PRONIED*

3.11. El árbitro único resolvió:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADO el primer punto controvertido del Contratista por las consideraciones expuestas en este laudo, en consecuencia, se **DECLARA** que la Entidad incumplió con sus obligaciones contractuales.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADO el segundo punto controvertido del contratista por las consideraciones expuestas en este laudo, en consecuencia **SE DETERMINA** que en tanto la Entidad requiere la elaboración de un Expediente Técnico diferente al Proyecto de Inversión Pública aprobado, el Contratista no se encuentra obligado a su elaboración.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADO el tercer punto controvertido del contratista por las consideraciones expuestas en este laudo, declarando que se determine que a lo largo de la revisión del Quinto entregable del Tercer Producto – Expediente Técnico la Entidad ha cambiado de criterio debido al constante cambio de personal revisor.

CUARTO: DECLARAR FUNDADO EN PARTE EL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO DEL CONTRATISTA por las consideraciones expuestas en este laudo, en consecuencia **SE DETERMINA** que el contratista cumplió con las obligaciones a su cargo

QUINTO: DECLARAR FUNDADO EL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO DEL CONTRATISTA por las consideraciones expuestas en este laudo, en consecuencia **SE DETERMINA** que no existió incumplimiento en las obligaciones del Contratista por lo que la resolución contractual realizada por la Entidad a través de la Carta Noticia N° 232-2017/MINEDU/VMGI-PRONIED-OGA se **DECLARA NULA**.

SEXTO: DECLARAR FUNDADO LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA QUINTA PRETENSIÓN DEL CONTRATISTA por las consideraciones expuestas en este laudo, en consecuencia **SE DETERMINA** que el contrato ha quedado resuelto a favor del contratista.

SETIMO: DECLARAR FUNDADO EL SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO DEL CONTRATISTA por las consideraciones expuestas en este laudo, en consecuencia **SE DETERMINA** que el contratista no ha incurrido en retraso alguno en la presentación del segundo, tercer y cuarto entregable ni en la entrega de las subsanaciones del quinto entregable.

OCTAVO DECLARAR FUNDADO EL SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO DEL CONTRATISTA por las consideraciones expuestas en este laudo, en consecuencia **SE DETERMINA** que no corresponde aplicación de penalidad alguna en la entrega de los entregables segundo, tercer y cuarto entregable ni en la entrega de las subsanaciones del quinto entregable.

NOVENO: DECLARAR FUNDADO EN PARTE EL OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO DEL CONTRATISTA por las consideraciones expuestas en este laudo, en consecuencia **SE ORDENA** a la Entidad otorgar el pago que corresponde al contratista más los intereses legales hasta el momento del pago definitivo.

DECIMO: DECLARAR FUNDADO EN PARTE EL NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO DEL CONTRATISTA por las consideraciones expuestas en este laudo en consecuencia no corresponde condenar a ninguna de las partes al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral.

Del análisis concreto del laudo:

3.12. La Entidad señala en síntesis:

- i) En ninguna parte del análisis del **primer resolutivo** el árbitro único señala cuáles serían las modificaciones que habría realizado la Entidad que configurarían un incumplimiento de obligaciones contractuales. El árbitro no establece a qué modificaciones se refiere o en qué medio probatorio se sustenta para arribar a esa conclusión, además el contratista en su demanda tampoco las precisa y/o específica, simplemente presenta 2 imágenes para indicar que habría un cambio en el expediente técnico en referencia al PIP.
- ii) En relación al **segundo resolutivo**, el árbitro no identifica las modificaciones de las condiciones contractuales que habría hecho la entidad y que supongan un requerimiento de elaboración de un expediente técnico diferente al proyecto de inversión pública, y sin mayor análisis, ni contraste con los hechos, ni indicado en qué medio probatorio sustenta estas conclusiones, concluye que la Entidad requirió la elaboración de un expediente técnico diferente al Proyecto de Inversión Pública aprobado.

El árbitro no ha señalado tampoco porqué lo alegado por la Entidad en su escrito de contestación de fecha 14.08.2017 y en sus informes orales de fecha 25.09.2018, no es válido o no le causó convicción.

- iii) Respecto al cuarto resolutivo, la Entidad en su escrito de contestación de demanda, precisó que el quinto entregable presentó observaciones, las mismas que fueron comunicadas mediante los siguientes documentos: Oficio Nro. 3726-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO, Oficio Nro. 4157-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO, Carta Notarial Nro. 060-2017-MINEDU/VMGI-PRONIED-OHA. Se hizo también referencia a que con el Oficio Nro. 484 de fecha 31.03.2017, el contratista, en respuesta al Oficio Nro. 864-2017-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO, remitió el expediente - quinto entregable-, el cual luego de la revisión se concluyó que el expediente técnico mantenía las observaciones y contrastado con los Términos de Referencia, por lo tanto, el contratista estaba obligado a levantar las referidas observaciones. Sin embargo, el árbitro no hace un análisis en conjunto y concordado de los términos de referencia, sino una lectura sesgada y limitada, pues de haber analizado el capítulo IV. Tercer Producto-Expediente Técnico a nivel de Ejecución de Obra, 2. Principales actividades realizadas por el consultor, numerales 2.5, 2.6 y 2.8 verificaría que estas observaciones tienen su correlato en las obligaciones del contratista establecidas en los términos de referencia.

Sobre el particular, el árbitro establece como premisa a efectos de analizar el incumplimiento en la presentación del quinto entregable, de que el contratista solo debe presentar los documentos establecidos en el numeral 3.1. de los Términos de Referencia, sin considerar lo señalado en el numeral 2. Principales Actividades realizadas por el Consultor, de los Términos de Referencia, ambos numerales pertenecientes al capítulo IV referidos al tercer producto donde el quinto entregable es parte, por lo tanto, el árbitro debió analizar un análisis concordado.

- iv) Al resolver el quinto resolutivo, el árbitro se ampara en el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, pero es el caso que el artículo correcto es el 56 de la acotada ley, y declara que la nulidad es aplicable para la nulidad de los actos derivados de los procesos de selección y no para la resolución de contrato, aplicando una norma

legal que no se ajusta a la pretensión del contratista. Siendo que en atención a estas inferencias equivocadas ordena a la Entidad otorgar el pago correspondiente más los intereses legales. Sin perjuicio de ello, el árbitro no ha explicado tampoco porque lo alegado por la Entidad en su escrito de contestación e informes orales de fecha 25/09/2018, no es válido o no le causó convicción, en ese sentido, también hay una indebida motivación al no dar razones suficientes sobre la no valorización de la posición de la Entidad.

- v) Respecto al **sétimo resolutive**: el árbitro no ha analizado ninguna de las posiciones de las partes, ni ha expuesto porque acoge una u otra posición, y concluye que el contratista ha cumplido con sus obligaciones señaladas en el contrato, lo cual no era materia de controversia, el debate era la demora del contratista en la presentación de los entregables 2 y 3, salvo en el entregable 4 y 5 que demás existía demora por el levantamiento de observaciones. El árbitro no ha señalado los motivos por los cuales las alegaciones de la Entidad son inválidas. El laudo no da cuenta de las razones mínimas que sustentan su decisión de determinar que el contratista no ha incurrido en retraso alguno en la presentación de los citados entregables y que por lo tanto no le corresponde aplicación de penalidad.
- vi) Basándose en lo resuelto en los considerandos que amparan el **sétimo resolutive**, resuelve el **octavo resolutive**, concluyendo que no corresponde aplicar penalidad alguna en la entrega de los entregables segundo, tercer y cuarto entregable ni en la entrega de las subsanaciones del quinto entregable, quedando evidente así que no sustenta objetiva y debidamente las razones por las cuales declara infundada el **sétimo y octavo resolutive** del ludo arbitral.

3.13. De la lectura del laudo, el Colegiado verifica que el árbitro único ha dejado establecido a fojas 107 que se admitieron los medios probatorios documentales ofrecidos por el Contratista y la Entidad en sus escritos de demanda y contestación de demanda, respectivamente.

3.14. Respecto a los puntos controvertidos, el árbitro único también deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas

por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

Respecto a la alegada falta de motivación al resolver el primer punto controvertido primer externo resolutivo.

3.15. El primer punto controvertido tenía por objeto: *“Determinar si corresponde o no declarar que la Entidad incumplió con sus obligaciones contractuales, en tanto para la elaboración del Expediente Técnico requiere la ejecución de trabajos distintos a los aprobados en el Proyecto de Inversión Pública”.*

3.16. En los acápites del mencionado punto controvertido el Laudo recoge las posiciones de las partes. Así consigna el árbitro, que el Contratista sostiene que: *“[...] la Entidad ha cambiado los términos contractuales al requerir un expediente técnico distinto al PIP, añadido a lo anterior, la entidad ha cambiado de criterio de revisión a lo largo del desarrollo del contrato conforme se puede verificar de las actas de evaluación. En ese sentido queda demostrado que la Entidad no ha cumplido con los términos contractuales y ha exigido a nuestra parte la ejecución de tareas distintas e inclusive adicionales a las realizadas en la fase de Preinversión las cuales se realizaron de buena fe, aún cuando las mismas no son obligatorias a nuestra parte”.*

3.17. Por su parte, la Entidad sostiene que: *“[...] las observaciones que la Entidad realizó respecto de la entrega del quinto entregable no determina un expediente técnico diferente al del PIP ya que se mantienen las metas y se actualizan los nombres y espacios de acuerdo a la normatividad vigente del Sistema Nacional de Inversión Pública y sus modificatorias, por otro lado, los expedientes técnicos a partir de un proyecto de inversión pública viable pueden sufrir variaciones en la fase de inversión los mismos que son registrados en el sistema a través del registro de variaciones con fichas, los mismos pueden ir de modificaciones no sustanciales a modificaciones sustanciales que requiere de una verificación de viabilidad, es así que en el expediente técnico de la institución educativa éste no se trataba de modificaciones no sustanciales debido a que no se están agregando o quitando metas. Además ni en el contrato ni en los términos de referencia se indicó que en la fase de inversión -expediente técnico- no se puede realizar Variaciones ya que de lo contrario no estaría en concordancia con lo que indica la normatividad del Sistema Nacional de Inversión Pública, norma que debe ser cumplida por las partes de acuerdo a lo términos de referencia. Estando a ello la Entidad no ha incumplido con sus obligaciones contractuales en la etapa de elaboración de expediente técnico [...]”*

-El árbitro, al analizar y emitir su opinión inserta: Las Bases, el Objetivo de la Consultoría, objetivos específicos, productos de la consultoría, plazos de ejecución-levantamiento o de observaciones y opinión Nro.132-2018-OSCE:

Que las bases del CP 001-20 SEMSEDES aplican.

ITEM	DESCRIPCIÓN	Valor Referencial (VR)	Límite Inferior (incluye IGV)
5	Elaboración de Estudio de Pre Inversión a Nivel de Perfil y Expediente Técnico a Nivel de Ejecución de Obra del PIP "Mejoramiento de la Prestación del Servicio Educativo de la IE Felipe Santiago Estenos - Chaclacayo - Lima"	S/. 676,061.33 (Seiscientos setenta y seis mil sesenta y uno con 33/100 nuevos soles)	S/. 608,455.20 (Seiscientos ocho mil cuatrocientos cincuenta y cinco con 20/100 nuevos soles)

ITEM	DESCRIPCIÓN	PLAZO DE EJECUCIÓN EN DÍAS CALENDARIOS
5	Elaboración de Estudio de Pre inversión a Nivel de Perfil y Expediente Técnico a Nivel de Ejecución de Obra del PIP "Mejoramiento de la Prestación del Servicio Educativo de la IE Felipe Santiago Estenos - Chaclacayo - Lima"	182

Se ha de prestar estos contratos los servicios (a) de una consultoría, persona natural o jurídica que cumpla con un equipo multidisciplinario de profesionales, que se encargue(n) del diseño y entrega de los productos que corresponden a la fase de Pre-Inversión e Inversión, a elaborarse según el contenido del Anexo SNIP 05: "Contenido Mínimo General del Estudio de Pre-Inversión a nivel de Perfil de un Proyecto de Inversión Pública", de acuerdo a las normas del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), y los Expedientes Técnicos para la ejecución de obras, elaborados de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento Nacional de Edificaciones y normativas vigentes con las precisiones alcanzadas en el presente.

Objetivos específicos

Los objetivos específicos para la fase de pre-inversión son: Elaboración de los estudios de pre-inversión a nivel de Perfil según el Anexo SNIP 5, identificar, formular y evaluar desde el punto de vista técnico, económico, socio ambiental, las posibles alternativas de solución que contribuyan a mejorar la infraestructura educativa.

- a) Identificar y/o confirmar las principales causas del problema central.
- b) Establecer las necesidades de infraestructura con criterios de seguridad en el cumplimiento de la normativa sectorial y de reglamento nacional.
- c) Identificar las necesidades de equipamiento para que se brinden adecuadamente los servicios educativos.
- d) Identificar los problemas que se presentan en la gestión educativa y administrativa de la institución educativa.

Los objetivos específicos para la fase de inversión son:

- Elaborar el Expediente Técnico que defina la alternativa seleccionada en el estudio de Pre-Inversión y el perfil de inversión como viable, mejorando y/o ampliando las condiciones técnicas de infraestructura y equipamiento.
- Realizar los trámites de permisos y autorizaciones respectivas para la ejecución de la inversión, en los casos que amerite:
 - 1. Certificado de inexistencia de Recursos Arqueológicos (CIRA).
 - 2. Certificación ambiental de ser el caso.
 - 3. Factibilidad de terrenos públicos.
 - 4. Certificado de Parámetros Urbanos y Edificatorios.

PRODUCTOS DE LA CONSULTORÍA

La primera entrega que realiza la Consultoría, al momento de la firma del contrato será el Plan de Trabajo, el cual debe incluir: Objetivos, Metodología, fechas estimadas de trabajo de campo, fecha de recepción de los entregables y cronograma de actividades para la elaboración de estudio y fechas de coordinación para las evaluaciones e levantamiento de observaciones, precisando la participación de los profesionales especialistas.

El Cronograma de Actividades presentado debe ser coherente y complementario al presentado en la propuesta técnica, deberá tener mayor nivel de precisión y detalle, deberá ser legible a fin de hacer posible un adecuado seguimiento y control.

ANEXO 05 EXEDIENTE TECNICO	Plan de Trabajo Informe Situacional y Estudios Básicos, Informe de Evaluación Estructural, Cuadro de los Principales Indicadores del Mercado Informe Técnico Integrado
MODULO 1 PRODUCTO	Estudio de Pre Inversión a nivel de Perfil Aprobado y Definido Viable, (utilizando el Informe Técnico Integrado)
MODULO 2 PRODUCTO	Expediente Técnico aprobado Expediente Técnico a nivel de ejecución de obra

PLAN DE EJECUCIÓN - LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES

El Plan de Trabajo para el levantamiento de observaciones de Cliente Orientado Dos (R2) debe ser el siguiente:

La Consultoría, al iniciar sus actividades el día siguiente de la firma del contrato, los plazos de ejecución desde la fecha de inicio de actividades y no están considerados los días feriados, feriados de parte de la Entidad y levantamiento de observaciones por parte de la Entidad.

Adicionalmente, deben considerarse que la Copión N° 132-2018-OSCE establece: **El contrato debe comprender los términos previstos en el conjunto de documentos que lo integran; en esa medida, la Entidad con ocasión de la suscripción, no podrá modificar unilateralmente las condiciones contempladas en la proforma de contrato de obra, si son integradas, bajo la responsabilidad del titular de la Entidad, toda vez que estas últimas constituyen las reglas del juego del proceso de selección y no pueden ser modificadas por autoridad administrativa alguna, según lo dispuesto por el artículo 59 del anterior Reglamento.**

Lo cual lleva a concluir al árbitro: "(...) Por las razones expuestas este árbitro considera que no existe ni en las bases, ni en el contrato un supuesto que permita a la Entidad modificar unilateralmente las condiciones contractuales, y en tal sentido se advierte que el PRONIED al

efectuar las modificaciones incumplió con sus obligaciones contractuales, en tanto para la elaboración del Expediente Técnico requirió la ejecución de trabajos distintos a los aprobados en el Proyecto de Inversión Pública"

- 3.18.** En ese contexto, de la lectura de lo expresado por el Árbitro Único, se colige que ha dejado incontestados los argumentos de las partes, toda vez que no se aprecia que exponga una explicación de las razones en que las que sustenta su conclusión en función al debate propuesto por las partes. Lo que se evidencia, en tanto no ha emitido pronunciamiento en relación a las alegaciones hechas por la Entidad, por cuanto no solo no identifica cuáles habrían sido las modificaciones realizadas en el expediente técnico; y que a partir de ello deban o no ser calificadas como incumplimiento de las obligaciones, sino que tampoco analiza éstas en función a los Términos de Referencia, para verificar si lo señalado por la Entidad tenía o no el sustento fáctico jurídico que avale su posición. Así como la sola remisión al Informe del Osce sin expresar un razonamiento propio al caso concreto no repara el deber de explicar el razonamiento de su conclusión.

En ese sentido, este primer vicio invocado por la Entidad debe ser estimado.

Respecto a la alegada falta de motivación al resolver el segundo punto controvertido y segundo resolutorio

- 3.19.** El segundo punto controvertido, tenía como finalidad: *"Determinar si corresponde o no aclarar que se determine que en tanto la Entidad requiere la elaboración de un Expediente Técnico diferente al Proyecto de Inversión Pública aprobado, nuestra parte no se encuentra obligada a su elaboración, de acuerdo a los términos contractuales"*.

- 3.20.** De igual manera, no obstante mencionar en extenso las posiciones de ambas partes, señala que el Contratista manifiesta que: la Entidad ha incumplido con los términos contractuales y le ha exigido la ejecución de tareas distintas e inclusive adicionales a las realizadas en la fase de Preinversión, que no se encontraba obligada a ejecutar los cambios requeridos en las diversas y evaluaciones de PRONIED, que de conformidad con los artículos 168 y 69 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado al no existir incumplimiento alguno en la ejecución del contrato, la resolución contractual es inválida, que cumplió

con presentar los entregables inclusive antes del plazo establecido contractualmente.

3.21. Por su parte, que la Entidad sustentó su posición en: el expediente técnico se realiza sobre la base del anteproyecto desarrollado en la fase de Preinversión y éste puede sufrir variaciones debido al detalle que se hace en elaboración de un expediente técnico, sobre todo teniendo en cuenta que el contratista no hizo un análisis y un detalle adecuado en la fase previa hecho que conllevó a que presente el expediente con las deficiencias que fueron observadas, las observaciones en el quinto entregable no determinan un expediente técnico diferente al del PIP puesto que se mantienen las metas, los expedientes técnicos a partir de un PIP viable pueden sufrir variaciones en la fase de inversión, en el caso del expediente técnico de la Phillips se trataba de modificaciones no sustanciales debido a que no se estaban agregando ni quitando metas, ni el contrato ni los TDR indican que la elaboración del expediente técnico deben ser igual al presentado en el anteproyecto en la etapa de Preinversión por lo que las observaciones hechas en el quinto entregable obedecen a llegar a un correcto desarrollo del expediente técnico que cumple la normatividad vigente.

3.22. En su análisis el Árbitro señala considerar: *"las bases del Concurso Público que dieron lugar al contrato no facultaban a la entidad a modificar el contrato -el expediente-".* Luego se remite a las Opiniones siguientes:

Que sobre el particular la Opinión N° 143-2011-01CE concluye:

"Constatando que el contrato debía ajustarse, entre otros documentos, derivados del proceso de licitación, sus condiciones obligaciones para las partes, a las Bases Integrales que éstas últimas conforman las reglas definitivas del proceso de licitación, el expediente se no modificó por autoridad administrativa alguna, según lo previsto en el artículo 54 de nuestro Reglamento, la Entidad no podía modificar unilateralmente las condiciones contractuales con ocasión de la suscripción del contrato, en perjuicio de la estabilidad del contrato suscrita."

Que la Opinión N° 153-2011-01CE concluye:

"Solo eran exigibles las obligaciones que se ajustaban a lo señalado en el conjunto de documentos que conformaban el contrato."

Por las razones expuestas este árbitro único considera que no existe ni en las bases, ni en el contrato un supuesto que permita a la entidad modificar unilateralmente las condiciones contractuales que el PIP. En reiteradas opiniones ha señalado que las entidades no pueden únicamente modificar las condiciones contractuales y que solo son exigibles al contratista las obligaciones establecidas en el contrato, en tanto la Entidad, al igual que el contratista, debe cumplir con las condiciones del Proyecto de Inversión Pública aprobado y que forma parte de las bases. El Contratista no se encuentra obligado a su relación con:

Para finalmente concluir: *"Por las razones expuestas este árbitro único considera que no existe ni en las bases, ni en el contrato un supuesto que*

permita a la entidad modificar unilateralmente las condiciones contractuales; y sobre el particular agrega que, el OSCE en reiteradas opiniones ha señalado que las entidades no pueden unilateralmente modificar las condiciones contractuales y que solo son exigibles al contratista las obligaciones establecidas en el contrato, en tanto la Entidad requiere la elaboración de un Expediente Técnico diferente al Proyecto de Inversión aprobado y que forma parte de las bases, el Contratista no se encuentra obligada a su elaboración"

3.23. En ese contexto, de la lectura de lo expresado por el Árbitro Único se advierte que deja incuestionados los fundamentos de las partes y el argumento central de contestación Entidad; es decir, no analiza ni expresa las razones que permitan entender cuales son las modificaciones y porque éstas suponen modificaciones de las condiciones contractuales, lo que podría ser reforzado con las opiniones que hace mención pero lo que hace es una remisión a ellas sin expresar su razonamiento propio en relación a los argumentos, lo cual de ninguna manera implica que al hacerlo tenga que amparar los mismos, sino a partir de ellos y con el desarrollo de las razones que considere, arribar a la conclusión emitida.

3.24. Razones por las que este segundo vicio debe ser también estimado.

Respecto a la alegada falta de motivación al resolver el cuarto punto controvertido- cuarto resolutivo.

3.25. El cuarto punto controvertido es el siguiente: *"Determinar si corresponde o no se determine que nuestra parte, aún sin estar obligado por el Contrato y Términos de Referencia cumplió con levantar las observaciones y cumplir con los requerimientos adicionales de la Entidad respecto del Quinto entregable del Tercer Productos - Expediente Técnico"*.

3.26. De la lectura de la parte pertinente del laudo, se aprecia que si bien inicia su análisis plasmando en extenso la posición de las partes. En cuanto a su posición, el árbitro recurre a la descripción de los contenidos de los entregables, previstos en el bases del concurso público:

1. DESCRIPCIÓN DE LOS CONTENIDOS DE LOS ENTREGABLES

En cada entregable se adjuntará la etapa o entregable anterior con el respectivo informe de conformidad. Al final se entregará el estudio con todos los documentos y Capítulos que conforman el estudio de Pre Inversión a nivel de Perfil

QUINTO ENTREGABLE: En el Quinto Entregable se presentarán los siguientes documentos en original para su revisión:

A) - Memorias de Cálculo, Memorias Descriptivas y Especificaciones Técnicas

a. Memoria Descriptiva de Arquitectura que contendrá el área del terreno, tipo de obra, cuadro de áreas, metas, tipo de acabados, obras exteriores entre otros y Especificaciones Técnicas, las mismas que deben elaborarse por cada partida, que conforman el presupuesto de obra, definiendo la naturaleza de los trabajos, procedimiento constructivo y formas de pago.

b. Memoria Descriptiva de Estructuras y Memoria de cálculo de Estructuras, de las áreas intervenir y Especificaciones Técnicas, las mismas que deben elaborarse por cada partida, que conforman el presupuesto de obra, definiendo la naturaleza de los trabajos, procedimiento constructivo y formas de pago.

c. Memoria Descriptiva de Instalaciones Eléctricas, incluyendo Memoria de Cálculo y Especificaciones Técnicas, las mismas que deben elaborarse por cada partida, que conforman el presupuesto de obra, definiendo la naturaleza de los trabajos, procedimiento constructivo y formas de pago.

d. Memoria Descriptiva de Instalaciones Sanitarias, incluyendo Memoria de Cálculo y Especificaciones Técnicas, las mismas que deben elaborarse por cada partida que conforman el presupuesto de obra, definiendo la naturaleza de los trabajos, procedimiento constructivo y formas de pago.

E) - Planos de Especialidades

La Relación de Ítemos del PLANOS se entregará en AUTOCAD 2006 de acuerdo a los siguientes detalles:

Arquitectura

a. Plano de Localización y Ubicación de acuerdo a la norma vigente en escala 1:500, 1:1000, según corresponda, incluyendo el Cuadro de Áreas.

b. Plano de Distribución General a escala 1/200, indicando inicio de trazado, BM, cotas niveles, planos de referencia, expresando donde existen las zonas a demoler, zonas a rehabilitar indicando la altura en una leyenda, deberá contener ejes, cotas y niveles orientados, corte y elevaciones, espacios exteriores identificados con una nomenclatura y detallamiento de milímetros, especificación de detalles constructivos, indicando su ubicación la meta del proyecto.

c. Plano de Ejes y Trazado a escala 1/200, indicando el inicio del trazado, el BM y los ejes de planta y/o columnas, puntos de contención, áreas, relleno de terreno, ejes y cotas, etc.

d. Plano de módulos, Cosección de planos de desarrollo y detalles de planos de obra (escale 1/50, 1/20, etc.) de módulos que agrupan ambientes pedagógicos de 120 m² o más, que deberán contener nombre de los ambientes diferenciándolos, ejes, cotas, niveles, muros, techos, pisos, acabados, leyenda en las plantas, cortes y elevaciones.

e. En el caso de Rehabilitación o renovación se debe presentar planta a escala 1/75 según sea el caso indicando claramente en un cuadro el tipo de obra a realizar por ambientes incluyendo las partidas a ejecutar de cada especialidad (estructuras, arquitectura, acabados y sanitarias), así como el cuadro de materiales.

f. Plano de Demoliciones a escala 1/200, indicando claramente las edificaciones, de los patios, varedas y todo lo a demoler.

g. Plano de Seguridad en base a la normativa de INDEFI, al mismo que debe incorporar el mobiliario de cada ambiente (previa coordinación con el Equipo de Movilización de PRC NIEI).

h. Plano de contingencia de partidas, cuando se garantice el desarrollo de las labores educativas, durante la ejecución de obra.

Estructuras:

a. Planos de cimentación, columnas, vigas, losas aligeradas y/o manzanas, detalles a escala 1/50, 1/20, de todos los detalles que conforman el proyecto de acuerdo a normas vigentes.

b. Planos de obras exteriores a escala 1/200 donde se ubiquen los cercos perimetrales, muros de contención, rampas, gradas, etc., y su detalle a escalas 1/50, 1/25.

Instalaciones Eléctricas:

a. Plano de Red Eléctrica entre otros escala 1/200 con el trazo de la red eléctrica y alimentadores a los ejes y postes exteriores de alumbrado y Plano a escala 1/50.

- a. Para las redes interiores, diagrama un filar de tableros, estructura del tablero general (T.G.), cálculo definitivo de la máxima demanda, cables eléctricos, cables de paso, pozos a tierra, costeo de alumbrado exterior, ductos y otros, de ser el caso el consultor deberá desarrollar el proyecto de ampliación de carga.
 - b. Asimismo, el diseño de la instalación de redes informáticas deberá ser desarrollado de acuerdo a los criterios técnicos establecidos por DIGETE.
 - c. De ser necesario el consultor elaborará el proyecto de media tensión que deberá ser aprobado por la Comisión Ejecutiva que significaría una prestación adicional, los trabajos que correspondan a este expediente no forman parte de los alcances del contrato principal.
- Instalaciones Sanitarias:**
- a. Plano de la Red Sanitaria exterior a escala 1/200, con indicación de la red de agua fría, red de colectores de desague, red de colectores de aguas pluviales, buzones, conexión a red pública, grado de ubicación de Cisterna y Tanque Alto, etc., y planos a escala 1/50, 1/25 para redes interiores. Detalles típicos, Cisterna y Tanque Levada y otros sistemas no convencionales (planos de detalle constructivos)
- Quinto Entregable**
- Plazo para la Elaboración del Quinto entregable = hasta el día 140 de la aprobación del Cuarto entregable
 - Evaluación Concurrente = 05 días calendario (en el quinto día se entregan las observaciones). Participa: Estudios y Proyectos, (Arquitecto, Ingeniero Civil especialista en Estructuras, Ingeniero Sanitario, Ingeniero Electricista o Mecánico - Eléctrico)
 - Plazo para el levantamiento de las Observaciones = 07 días calendario (entrega al octavo día)

Agregando que: *“Estos son los requisitos establecidos en las bases integradas y por ende en el contrato y que debían ser cumplidos por el contratista para obtener la conformidad. En ese orden de ideas debemos precisar que el artículo 176 del Reglamento establece: “La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias”. Sobre el particular la Opinión Nro. 132-2018-DTN establece: En ese sentido, el procedimiento para efectuar la recepción y conformidad se encontraba a cargo del área usuaria de la Entidad, la cual, a efectos de otorgar la conformidad correspondiente, debía realizar –a través del funcionario responsable- la verificación del cumplimiento de las condiciones contractuales, de acuerdo a la naturaleza de la prestación.*

Como se puede apreciar el área usuaria o quien se haya señalado en el contrato es responsable de la verificación del cumplimiento de las condiciones contractuales”.

Para concluir:

A criterio de este árbitro, en el presente caso, el contratista ha cumplido con las obligaciones señaladas en el contrato, considerando que ninguna de las observaciones efectuadas por el Entidad, menciona el incumplimiento de las obligaciones consideradas en los términos de referencia de las bases integradas y en el contrato. Por ende y tal como lo señala la Opinión precedente y el desarrollo de los anteriores puntos controvertidos, no resulta exigible al contratista el cumplimiento de obligaciones no establecidas en el contrato, y al no haberse observado incumplimiento de los términos de referencia, este árbitro entiende que el contratista cumplió con la obligación señalada en este punto controvertido”.

3.27. Así, de la lectura de los Fundamentos del árbitro único, podemos apreciar que éste deja incontestadas los argumentos de las partes, puesto que está

exenta del análisis que tendría que haber desarrollado en base a la propia norma invocada, artículo 176 del Reglamento o de los TDR, pues no explica porqué el argumento de las observaciones de acuerdo a su razonamiento debe considerarse o no, menos cuales habrían sido los que formuló la entidad y que fueron levantadas por el Contratista. Asimismo, si bien el Árbitro único ha señalado antes del análisis de los puntos controvertidos que ha tenido en cuenta todos los medios probatorios presentados por el Contratista y la Entidad; sin embargo, conforme denuncia la Entidad, no hay mención alguna a los medios probatorios ofrecidos por las partes que permitan verificar su conclusión, o que nos permita afirmar que ésta tiene o no respaldo probatorio. Razón por la cual se verifica la ausencia de motivación y por lo tanto este extremo también debe ser estimado.

Respecto a la alegada falta de motivación al resolver el quinto punto controvertido-quinto resolutivo y pretensión subordinada a la quinta pretensión.

3.28. Quinto punto controvertido: *"Determinar si corresponde o no "se determine que no existió incumplimiento en las obligaciones de nuestra empresa por lo que la resolución contractual realizada por la Entidad a través de la Carta Notarial Nro. 232-2017-MINEDU/VMCI-PRONIED-OGA debe ser declarada inválida, nula o ineficaz".*

3.29. El árbitro señala que de lo expuesto al analizar el primer y segundo punto controvertido y considerando lo señalado en las conclusiones de las opiniones Nro. 243-2017-OSCE y Nro. 133-2018-OSCE, según las cuales la Entidad no podía modificar unilateralmente las condiciones contractuales con ocasión de la suscripción del contrato, el árbitro único invoca el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, artículo que como correctamente observa la Entidad, si bien su texto es el correcto, es el artículo 56: "El tribunal de contrataciones, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescincan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable [...]".

3.30. Lo expresado en el Fundamento precedente lleva al árbitro a considerar que al haber exigido al contratista el cumplimiento de obligaciones no establecidas en el Contrato, ni en las bases del proceso de selección que le

dio origen, ni en la oferta ganadora, la entidad ha contravenido la normatividad de contrataciones, por lo que la resolución contractual realizada por la Entidad, deviene en nula.

3.31. Sobre el particular, este Colegiado ha señalado en la presente resolución, que al resolver el primer y segundo punto controvertido, el árbitro único ha incurrido en ausencia de motivación, y que los agravios formulados respecto a éstos deben ser estimados, en tal sentido, la consecuencia lógica, toda vez que el análisis del quinto punto controvertido tiene como sustento la remisión a los acotados puntos controvertidos, es que el agravio indicado en cuanto al quinto punto controvertido, debe ser estimado.

Respecto a la alegada falta de motivación al resolver el sexto punto controvertido-séptimo resolutivo.

3.32. De igual manera, el árbitro se remite a lo previsto en el artículo 176 del Reglamento, opinión 132-2018- DTN y de acuerdo a lo desarrollado anteriormente es que entiende que el contratista no incumplió con los términos de referencia, y que el Contratista cumplió con su obligación. En ese sentido, estando a las remisiones anteriores, de las cuales se ha señalado que el árbitro no ha explicado las razones que justifique su decisión, éste extremo también debe ampararse.

Respecto a la alegada falta de motivación al resolver el séptimo punto controvertido-octavo resolutivo.

3.33. Séptimo Punto Controvertido: *"Determinar si corresponde o no ordenar que teniendo en cuenta las pretensiones anteriores, se determine que no corresponde aplicación de penalidad alguna en la entrega de los entregables segundo, tercer y cuarto entregable ni en la entrega de las subsanaciones del quinto entregable".*

Estando a que, el Fundamento del Arbitro Único es la remisión a los supuestos de análisis de los puntos controvertidos anteriormente desarrollados, el árbitro considera que no corresponde aplicación de penalidad.

En ese orden de ideas, no sólo se infringe el deber de motivación porque la remisión a lo decidido en los puntos controvertidos y extremos resolutivos antes mencionados por sí implica ya que incurre en vicios de motivación conforme anteriormente se ha advertido, sino porque el

árbitro deja incontestadas los argumentos de las partes si tenemos en cuenta que la aplicación de la penalidad sometida a su conocimiento es por la entrega de los entregables segundo, tercero, cuarto y quinto respecto de los cuales las partes tiene distintos argumentos, esto es, en cuanto a unos entregables por demora en la entrega propiamente plazo y otra por observaciones que antes se han mencionado. Debiendo consecuentemente estimar el mismo.

Respecto a la alegada falta de motivación al resolver el octavo punto controvertido-noveno resolutivo.

3.34. Octavo punto controvertido: *“Determinar si corresponde o no ordenar que “en tanto se ha cumplido con la elaboración del Quinto entregable del Tercer Producto – Expediente Técnico la Entidad otorgue el pago que corresponde al mismo más los intereses legales hasta el momento del pago definitivo”.*

El árbitro expresa que: “Al revisar los puntos controvertidos precedentes se ha concluido que el Contratista cumplió con su obligación contractual respecto a todos los entregables al haberse producido una modificación unilateral del contrato por parte de la entidad y haber incluido obligaciones no establecidas en los términos de referencia. Debemos señalar que el Reglamento de la Ley de Contrataciones establece en su artículo 176: “La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o e, su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en la normas de organización interna de la Entidad. La conformidad requiere del informe del funcionario responsables del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias”. [...] De lo señalado se advierte que al no haber efectuado el área usuaria una observación de las obligaciones contractuales –términos de referencia- sino solo respecto a los aspectos vinculados con la modificación irregular del contrato, se entiende que el contratista cumplió con sus obligaciones y en tal sentido corresponde a la entidad el pago correspondiente más los intereses que se generen hasta la realización del mismo”.

Al respecto, el árbitro sustenta su decisión en mérito a lo resuelto respecto a los puntos controvertidos, siendo que sobre los mismos este Colegiado ha estimado que deben ser amparados por su conexidad y dado que en

éstos hay evidente falta de motivación, por tanto carece de objeto emitir pronunciamiento sobre el presente punto controvertido, el que debe seguir el sentido de los anteriores, es decir se debe amparar el agravio denunciado sobre el mismo.

3.35. De lo señalado, se colige que la decisión arbitral incurre en ausencia de motivación al dejar incontestadas las alegaciones de la Entidad, puesto que todo su análisis responde a una remisión genérica con la que intenta dar cumplimiento formal al deber de expresar y justificar de manera lógica, razonada y jurídicamente las razones de su decisión en relación a los argumentos de las partes.

3.36. En este orden de ideas, el Árbitro debe velar por la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, pues, con ellos *"se procura garantizar que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos, la solución de un conflicto jurídico o la aclaración de una incertidumbre jurídica, ésta sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas"*³ que garanticen el otorgamiento adecuado a la tutela jurídica, como lo son acceder al derecho al Juez natural, derecho de defensa, derecho a la impugnación, derecho a probar, **derecho de motivación de la decisión**. Garantías que necesariamente también deberán ser respetadas al interior de un proceso arbitral.

IV. DECISIÓN:

Por los fundamentos expuestos, este Colegiado, con la autoridad que le confiere el artículo 138° de la Constitución Política del Perú y la Ley, impartiendo justicia en nombre de la Nación, resuelve:

4.1. Declarar **FUNDADO** el recurso de Anulación de Laudo interpuesto por el **PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA** contra el Laudo Arbitral de fojas 81 a 139, basado en la causal b) del numeral 01 del Artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1071, en consecuencia, **INVÁLIDO** el Laudo Arbitral contenido en la Resolución N° 07 del 16 de noviembre de 2018, respecto del Primero, Segundo, Cuarto, Quinto, Sexto, Séptimo, Octavo y Noveno Resolutivos del Laudo emitido por el Árbitro único Óscar Herrera Giurfa.

³ En la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente número 1733-2005-PA/TC-Lima <http://www.tc.gob.pe/jur-sp/precedencia/2005/01733-2005-AA.html>

4.2. REMITIR LA CAUSA AL CITADO ÁRBITRO a efectos emita nuevo Laudo Arbitral, teniendo en cuenta las consideraciones antes expresadas por este Superior Tribunal.

4.3. Con costas y costos.

4.4. Notificándose.

En los seguidos por el **PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA** contra **INGENIERÍA Y ESTUDIOS DE ANDALUCÍA SL - INGESA**, sobre **ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.**

APC/KGG

MARTEL CHANG

PRADO CASTAÑEDA

ESCUDERC LÓPEZ