

Proceso Arbitral seguido por BARRIGA
DALL'ORTO S.A. - INGENIEROS
CONSULTORES contra la AUTORIDAD
AUTÓNOMA DEL SISTEMA ELÉCTRICO DE
TRANSPORTE MASIVO DE LIMA Y CALLAO

CARTA N° 006-2018/LDS

Lima, 19 de marzo de 2018.

**PROCURADURÍA PÚBLICA
MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**

Jr. Zorritos N° 1203
Cercado de Lima
Presente.-



De mi consideración:

Mediante la presente comunicación, cumpla con remitirle la Resolución N° 16 conformada por un (01) folio y el laudo arbitral de fecha 12.03.2018, conformado por treinta y seis (36) folios.

Sin otro particular, me despido.

ANEXOS:

- Resolución N° 16
- Laudo arbitral


LESLIE K. DÍAZ SÁNCHEZ
SECRETARIA ARBITRAL

Sede Arbitral
Calle 2 de Mayo N° 516, Oficina – Miraflores
Correo: arbitrajeadhoc@gmail.com

RESOLUCIÓN N° 16

Lima, 19 de marzo de 2018.

VISTOS:

- (i) Resolución N° 15 de fecha 12 de febrero de 2018.

CONSIDERANDO:

1. Que, con Resolución N° 15 se fijó en veinte (20) días hábiles plazo para laudar, el mismo que venció el 12 de marzo de 2018.
2. Que, con fecha 12 de marzo de 2018, la Secretaria Arbitral que suscribe recibió el laudo arbitral del presente proceso en treinta y seis (36) folios.
3. Que, siendo el estado del proceso, en amparo de la Regla N° 46 del Acta de Instalación de Árbitro Único Ad-Hoc de fecha 30 de marzo de 2017, corresponde notificar a las Partes el laudo arbitral recibido, dentro del plazo de cinco (05) días hábiles contado a partir del 13 de marzo de 2018 hasta el 19 de marzo de 2018.

En consecuencia, se **RESUELVE:**

NOTIFICAR el laudo arbitral dentro del plazo correspondiente.

Fdo. Luis Enrique Ames Peralta, Árbitro Único; Leslie Katherine Díaz Sánchez, Secretaria Arbitral.



LESLIE K. DÍAZ SÁNCHEZ
SECRETARIA ARBITRAL

Lima, 12 de marzo de 2018.

LAUDO ARBITRAL

VISTOS:

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO ARBITRAL

- 1.1. La Autoridad Autónoma del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao (en adelante, la "Entidad", y/o el "Demandado"), Proyecto Especial del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC, adscrito al Viceministerio de Transportes, es la autoridad encargada de las actividades de proyección, planificación, ejecución y administración de la Infraestructura Ferroviaria correspondiente a la Red Básica del Metro de Lima.
- 1.2. BADALSA INGENIEROS CONSULTORES SOCIEDAD ANÓNIMA – BADALSA INGENIEROS CONSULTORES S.A. (en adelante, el "Contratista" y/o el "Demandante"), es una persona jurídica de derecho privado constituida bajo el régimen de la sociedad anónima, dedicada a la prestación de servicios en el área de ingeniería en infraestructura vial y urbana.
- 1.3. Con fecha 30 de diciembre de 2014, la Entidad convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 009-2013-AATE (Segunda Convocatoria) derivada de la Adjudicación Directa Pública N° 005-2013-AATE para la contratación del servicio titulado "Elaboración del Expediente Técnico '*Construcción del Intercambio Vial en el Cruce de la Av. Villa María y Prolongación de la Av. Villa María con la Av. Pachacutec en el Distrito de Villa María del Triunfo*'", por un valor referencial ascendente a S/. 988 755.19 (Novecientos Ochenta y Ocho Mil Setecientos Cincuenta y Cinco con 19/100 Soles) incluidos los impuestos de ley.
- 1.4. Con fecha 20 de enero de 2015, el Comité Especial de la Entidad adjudicó la buena pro de la referida convocatoria al Contratista por la suma ascendente a S/. 988 755.19 (Novecientos Ochenta y Ocho Mil Setecientos Cincuenta y Cinco con 19/100 Soles) incluidos los impuestos de ley.
- 1.5. En vista del otorgamiento de la buena pro a favor del Contratista, con fecha 03 de febrero de 2015, las Partes suscribieron el Contrato N° 002-2015-MTC/33 (en adelante, el "Contrato") en virtud del cual el Contratista se obligó a realizar el servicio de "Elaboración del Expediente Técnico '*Construcción del Intercambio Vial en el Cruce de la Av. Villa María y Prolongación de la Av. Villa María con la Av. Pachacutec en el Distrito de Villa María del Triunfo*'", conforme a las condiciones y especificaciones técnicas detalladas en las Bases Integradas y Términos de Referencia (documentos que forman parte del Contrato). El monto contractual ascendía a la suma de S/. 988 755.19 (Novecientos Ochenta y Ocho Mil

Setecientos Cincuenta y Cinco con 19/100 Soles) incluidos los impuestos de ley, siendo el plazo de ejecución de ciento veinte(120) días calendario.

- 1.6. Como parte del primer entregable de la ejecución del Contrato, con Carta N° 041/2015 de fecha 05 de marzo de 2015, el Contratista presentó a la Entidad el Primer Informe de la elaboración del expediente técnico (en adelante, el "Estudio", el "Servicio", o la "Consultoría").
- 1.7. Con Carta N° 009-2015-MTC/33.4 de fecha 12 de marzo de 2015, la Entidad comunicó al Contratista el pliego de observaciones formuladas al Primer Informe, teniendo como sustento el Informe N° 005-2015-MTC/33.4/MEGR de fecha 11 de marzo de 2015.
- 1.8. En este punto, cabe resaltar que pese a que la Gerencia de Transporte Urbano (en adelante, la "GTU") de la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante, la "MML") ya había tomado conocimiento sobre el contenido del Primer informe mediante el Oficio N° 11-2015-MTC/33.7 de fecha 18 de marzo de 2015. Sin embargo, no formuló observación alguna en dicha oportunidad, de haberlo considerado pertinente.
- 1.9. Mediante Carta N° 058/2015 presentada por el Contratista con fecha 23 de marzo de 2015, este último presentó el levantamiento de las observaciones realizadas al Primer Informe.
- 1.10. Con fecha 30 de marzo de 2015, la Entidad –mediante Carta N° 011-2015-MTC/33.4– dio por subsanadas la totalidad de observaciones señaladas al Primer Informe y; en consecuencia, otorgó al Contratista su conformidad sobre el Primer Informe de la Consultoría.
- 1.11. A través de la Carta N° 100/2015 de fecha 14 de mayo de 2015, el Contratista presentó el Segundo Informe de la Consultoría; frente a lo cual, la Entidad contestó mediante la Carta N° 024-2015-MTC/33.4 de fecha 21 de mayo de 2015, conforme a la cual comunicó al Contratista el pliego de observaciones formuladas al Segundo Informe. Al respecto, el Contratista presentó el correspondiente levantamiento de observaciones, mediante la Carta N° 113/2015 de fecha 01 de junio de 2015.
- 1.12. Habiendo recibido y revisado el levantamiento de observaciones, la Entidad –a través de la Carta N° 030-2015-MTC/33.4 de fecha 04 de junio de 2015– dio por subsanadas la totalidad de observaciones señaladas al segundo entregable; otorgando de manera expresa su conformidad sobre el Segundo Informe de la Consultoría.
- 1.13. Mediante la Carta N° 136/2015 de fecha 07 de julio de 2015, el Contratista solicitó a la Entidad una Ampliación de Plazo por un período de veintinueve (29) días, contado desde el 04 de junio de 2015 hasta el 03 de julio de 2015. Sin embargo, conforme se desprende de la Carta N° 05-2015-MTC/33.7 enviada por la Entidad

al Contratista el 14 de julio de 2015, la solicitud de ampliación de plazo fue declarada improcedente, en virtud al Informe N° 001-2015-MTC/33.7-MEGR de fecha 13 de julio de 2015.

- 1.14. Sin perjuicio de la respuesta negativa sobre la Ampliación de Plazo solicitada por el Contratista, este último procedió a presentar el Tercer Informe de la Consultoría a través de la Carta N° 142/2015 de fecha 20 de julio de 2015.
- 1.15. Al respecto, la Entidad formuló una serie de observaciones sobre el Tercer Informe (sustentadas en el Informe N° 007-2015-MTC/33.7-MEGR de fecha 30 de julio de 2015), las cuales fueron debidamente comunicadas al Contratista a través de la Carta N° 07-2015-MTC/33.7 de fecha 30 de julio de 2015. Asimismo, según se desprende de la última comunicación en mención, la Entidad otorgó al Contratista un plazo de diez (10) días calendario para levantar las observaciones, en concordancia con el Artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado¹ (en adelante, el “Reglamento”).
- 1.16. Con fecha 10 de agosto de 2015, el Contratista presentó el levantamiento de las observaciones indicadas sobre el Tercer Informe, mediante la Carta N° 154/2015.
- 1.17. Cabe resaltar que pese a que la GTU tomó conocimiento sobre el contenido del Segundo Informe conforme se acredita mediante el Oficio N° 05-2015-MTC/33.7 de fecha 6 de agosto de 2015, oportunidad en la cual –al igual que con el Primer Informe– tampoco formularon observación alguna.
- 1.18. A través de la Carta N° 11-2015-MTC/33.7 de fecha 18 de agosto de 2015, la Entidad formuló nuevamente observaciones al Tercer Informe (sustentadas en el Informe N° 008-2015-MTC/33.7-MEGR), las cuales fueron levantadas por el Contratista mediante la Carta N° 158/2015 de fecha 19 de agosto de 2015.
- 1.19. Con Carta N° 17-2015-MTC/33.7 de fecha 16 de setiembre de 2015 y Carta N° 18-2015-MTC/33.7 de fecha 24 de setiembre de 2015, la Entidad comunicó al Contratista una serie de observaciones sobre la Evaluación Ambiental Preliminar y el Estudio de Impacto Vial respectivamente, los cuales fueron elaborados por el Contratista (en virtud al Informe Técnico N° 03-2015-MTC/RLRC y al Informe N° 015-2015-MTC/33.7-MASP, respectivamente) como componentes del Tercer Informe.
- 1.20. Frente a dichas comunicaciones, el Contratista presentó el levantamiento de las observaciones realizadas a los referidos componentes a través de la Carta N° 183/2015 de fecha 28 de setiembre de 2015 y la Carta N° 188/2015 del 5 de octubre de 2015, respectivamente.
- 1.21. Mediante la Carta N° 20-2015-MTC/33.7 de fecha 05 de octubre de 2015, la Entidad reiteró que las observaciones formuladas al Tercer Informe (a través de la

¹ Aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificatorias.

Carta N° 11-2015-MTC/33.7 y la Carta N° 07-2015-MTC/33.7) aún no habían sido levantadas. Es en esta comunicación en la cual la Entidad señala por primera vez que el Contratista ya venía incurriendo en penalidades de conformidad con el Artículo 176° del Reglamento).

- 1.22. Al respecto, el Contratista contestó la misiva (a través de la Carta N° 189/2015 de fecha 06 de octubre de 2015) señalando que ya había cumplido con presentar el levantamiento de las observaciones formuladas al Tercer Informe.
- 1.23. Con Carta N° 190/2015 de fecha 06 de octubre de 2015, el Contratista presentó a la Entidad la versión final del Tercer Informe de la Consultoría (Informe Final del Expediente Técnico), el cual habría contemplado el levantamiento de todas las observaciones indicadas por la Entidad.
- 1.24. En virtud al Informe N° 010-2015-MTC/33.7-MEGR de fecha 10 de noviembre de 2015, la Entidad dio por subsanadas la totalidad de observaciones señaladas inicialmente y; en consecuencia, otorgó al Contratista su conformidad sobre el Tercer Informe de la Consultoría, lo cual le fue comunicado mediante la Carta N° 23-2015-MTC/33.7 de fecha 13 de noviembre de 2015.
- 1.25. Con fecha 17 de noviembre de 2015, la Entidad recibió de parte del Contratista la Factura N° 001-002411 por el monto de S/. 296 626.51 (Doscientos Noventa y Seis Mil Seiscientos Veintiséis y 51/100 Soles) incluido IGV, correspondiente al tercer pago equivalente al 30% del monto contractual.
- 1.26. Por su parte, la Entidad remitió a la GTU de la MML la versión final del Tercer Informe elaborado por el Contratista (previamente aprobada por la propia Entidad) a través del Oficio N° 13-2015-MTC/33.7 de fecha 13 de noviembre de 2015, a fin de obtener su conformidad.
- 1.27. Al respecto, la GTU formuló una serie de observaciones, las cuales fueron comunicadas a la Entidad a través del Oficio N° 459-2015-MML/GTU-SETT de fecha 4 de diciembre de 2015, documento que la Entidad procedió a remitir al Contratista mediante la Carta N° 24-2015-MTC/33.7 de fecha 7 de diciembre de 2015.
- 1.28. Por otro lado, cabe señalar que mediante Carta N° 232-2015 de fecha 14 de diciembre de 2015, el Contratista solicitó a la Entidad que le informara las razones por las cuales se le realizó un descuento ascendente a S/. 98 875.50 (Noventa y Ocho Mil Ochocientos Sesenta y Cinco y 50/100 Soles) sobre la Factura N° 001-002411 emitida en relación al Tercer Pago del Contrato.
- 1.29. En respuesta a dicha comunicación, mediante Carta N° 149-2015-MTC/33.6.4 de fecha 28 de diciembre de 2015, la Entidad informó al Contratista que el descuento correspondía a la aplicación de penalidad por retraso en la entrega del Tercer

Informe, el cual había fue computado desde el 31 de julio de 2015 hasta el 06 de octubre de 2015, así como la fórmula de cálculo utilizada para aplicarla.

- 1.30. Mediante Carta N° 235/2015 de fecha 16 de diciembre de 2015, el Contratista respondió al Oficio N° 459-2015-MML/GTU-SETT, a fin de presentar el levantamiento de cada una de las observaciones formuladas con el detalle técnico correspondiente.
- 1.31. Al respecto, según ha señalado el Contratista en su escrito de Demanda Arbitral, esta última solicitó a la Entidad información sobre el estado del trámite de atención de los requerimientos formulados por la GTU (mediante Carta N° 002/2016 de fecha 8 de enero de 2016) ante la falta de respuesta de la referida autoridad edil, la cual reiteraron a través de la Carta N° 028/2016 de fecha 25 de enero de 2016.
- 1.32. Tal como se indica en el Oficio N° 019-2016-MTC/33.1 de fecha 25 de enero de 2016, la Entidad solicitó a la GTU una respuesta a su Oficio N° 16-2015-MTC/33.7 enviado anteriormente, mediante el cual la Entidad hizo llegar a la GTU la Carta N° 235/2015 del Contratista con la cual presentaron el levantamiento de las observaciones que la autoridad edil formuló y comunicó a través del Oficio N° 459-2015-MML/GTU-SETT.
- 1.33. Posteriormente, con Carta N° 02-2016-MTC/33.7 del 25 de febrero de 2016, la Entidad hizo llegar al Contratista el Oficio N° 189-2016-MML/GTU de fecha 22 de febrero de 2016, mediante el cual la GTU comunicó nuevas observaciones en materia de diseño geométrico de infraestructura vial, señalando de manera puntual que el estudio elaborado por el Contratista presentaba deficiencias en tres (03) parámetros de diseño (la velocidad del diseño, pendientes y radios de giro), en base al Informe N° 052-2016-MML/GTU-SETT de fecha 17 de febrero de 2017.
- 1.34. En respuesta a ello, el Contratista (con Carta N° 067-2016 de fecha 24 de febrero de 2016) presentó el levantamiento de las observaciones indicadas por la GTU en el Oficio N° 189-2016-MML/GTU.
- 1.35. Mediante Carta N° 16-2016-MTC/33.7 de fecha 12 de julio de 2016, la Entidad remitió al Contratista el Oficio N° 1589-2016-MML/GTU de fecha 05 de julio de 2016, el cual contenía la opinión técnica de la GTU respecto al diseño geométrico del proyecto, en base a su Informe Técnico N° 074-2016-MM1-/GTU-SETT- de fecha 22 de junio de 2016.
- 1.36. La carta antes mencionada fue respondida por el Contratista mediante la Carta N° BD-GT-CA-258-2016 y la Carta N° BD-GT-CA-260-2016, ambas de fecha 18 de julio de 2016.
- 1.37. Con fecha 25 de octubre de 2016, el Contratista remitió a la Entidad la Carta N° BD-GT-CA-386-2016, mediante la cual solicitó se deje sin efecto la penalidad aplicada a la Factura N° 001-002411.

- 1.38. Sobre el particular, la Entidad contestó a través de la Carta N° 45-2016-MTC/33.7 de fecha 8 de noviembre de 2016, señalando que el plazo legal correspondiente a cualquier reclamo relacionado a la penalidad aplicada, ya había vencido en exceso.
- 1.39. Por otro lado, conforme se desprende de la Carta N° 44-2016-MTC/33.7 de fecha 7 de noviembre de 2016, la Entidad ordenó al Contratista que realice las acciones de coordinación respectivas ante la GTU, a efectos de obtener la conformidad de esta última sobre la versión final de Tercer Informe; otorgándole un plazo de treinta (30) días para tales fines.
- 1.40. Finalmente, teniendo como última comunicación entre la Entidad y el Contratista la carta señalada en el numeral precedente, ante la demora en la aprobación del Expediente Técnico Definitivo y la falta del Cuarta Pago contractual a cargo de la Entidad, el Contratista presentó su Petición Arbitral el 22 de noviembre de 2016.

II. EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL

- 2.1. El convenio arbitral en virtud del cual las Partes acordaron someter a arbitraje la(s) controversia(s) que pudiese(n) surgir del Contrato, se encuentra contenido en la Cláusula Décimo Séptima del referido documento. Por lo tanto, en cumplimiento del Artículo 52° del Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado(en adelante, la “Ley de Contrataciones”) y el Artículo 13° del Decreto Legislativo N° 1071 – Ley que Norma el Arbitraje (en adelante, el “DLA”), el convenio arbitral dispone lo siguiente:

“CLÁUSULA DÉCIMO SÉTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170,175, 176, 177, 179 y 181del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

- 2.2. De lo expuesto, resultan aplicables los Artículos 216° y 220° del Reglamento, conforme a los cuales se establece que la controversia objeto del presente laudo sea resuelta mediante un arbitraje Ad Hoc y por un Árbitro Único, proceso que se

encontrará regulado por las Directivas sobre la materia que emita el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE para tales efectos.

- 2.3. Asimismo, según se desprende del Acta de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc (en adelante, el “Acta de Instalación”), la competencia arbitral ha quedado debidamente establecida, toda vez que se ha verificado el convenio arbitral suscrito entre el Contratista y la Entidad, que da lugar al presente proceso arbitral.

III. MARCO NORMATIVO DEL CONTRATO Y DEL PROCESO ARBITRAL

- 3.1. La Entidad y el Contratista celebraron el Contrato para realizar el servicio de “*Elaboración del Expediente Técnico ‘Construcción del Intercambio Vial en el Cruce de la Av. Villa María y Prolongación de la Av. Villa María con la Av. Pachacutec en el Distrito de Villa María del Triunfo’*” según las condiciones y especificaciones técnicas establecidas en las Bases Integradas. El monto contractual ascendía a la suma de S/. 988 755.19 (Novecientos Ochenta y Ocho Mil Setecientos Cincuenta y Cinco con 19/100 Soles) incluidos los impuestos de ley; siendo el plazo de ejecución de ciento veinte (120) días calendario.
- 3.2. Según lo señalado en la Cláusula Sexta del Contrato, el Contrato se encuentra conformado por las Bases Integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 009-2013-AATE (Segunda Convocatoria) derivada de la Adjudicación Directa Pública N° 005-2013-AATE que establezcan obligaciones para las Partes.
- 3.3. Asimismo, de conformidad con lo previsto en la Cláusula Décimo Quinta del Contrato, se pactó que la relación jurídica contractual se sujetará a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones y su Reglamento, por las Directivas que emita el OSCE, y demás normativa especial que resulte aplicable. Por otro lado, en relación a todo cuanto no esté previsto en los mencionados dispositivos legales, será regulado por el Código Civil vigente y demás normas concordantes.
- 3.4. El presente arbitraje es ad hoc, nacional y de derecho.

IV. DESARROLLO DEL PRESENTE ARBITRAJE

4.1. Audiencia de Instalación del Árbitro Único:

- 4.1.1. Con fecha 30 de marzo de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único Ad Hoc en la sede institucional del OSCE, donde se reunieron el Dr. Luis Enrique Ames Peralta, en su calidad de Árbitro Único, las Partes y el Dr. Héctor Martín Inga Aliaga, Profesional de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales del OSCE, con

el propósito de instalar al Árbitro Único encargado de resolver la presente controversia.

- 4.1.2. El Árbitro Único declaró haber sido designado de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las Partes, manifestando que no tiene ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con éstas. Asimismo, el Árbitro Único ratificó su aceptación del encargo de árbitro, señalando que se obliga a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.
- 4.1.3. De igual modo, en la referida audiencia se estableció que, en virtud a lo pactado en la Cláusula Décimo Sétima del Contrato, el presente arbitraje sería Ad Hoc, Nacional y de Derecho.
- 4.1.4. Por otro lado, conforme a los dispositivos legales contemplados en el Contrato, se dispuso que el arbitraje se rija por la Ley de Contrataciones, su Reglamento, y las Directivas que apruebe el OSCE para tales efectos; precisando que supletoriamente serán aplicables las normas procesales estipuladas por el DLA. Sin perjuicio de ello, se estableció que en el supuesto de insuficiencia de reglas procesales, el Árbitro Único quedará facultado a establecer las reglas adicionales que considere pertinentes, respetando los principios de legalidad, debido proceso, de defensa, y velando por un proceso fundado en los principios de celeridad, equidad, intermediación, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe.

4.2. De la Interposición de la Demanda:

Con fecha 09 de mayo de 2017, el Contratista cumplió con presentar la Demanda Arbitral contra la Entidad, en relación a las controversias derivadas del Contrato celebrado por las Partes en el marco de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 009-2013-AATE (Segunda Convocatoria). Al respecto, el Contratista señaló sus pretensiones en los siguientes términos:

- “– **Primera Pretensión Principal:** *Que el Árbitro Único declare que BADALLSA ha cumplido con elaborar el Expediente Técnico Definitivo para la "Construcción del Intercambio Vial en el Cruce de la Av. Villa María y Prolongación de la Av. Villa María con la Av. Pachacútec en el Distrito de Villa María del Triunfo", conforme a la solución planteada como Alternativa N° 3 contenida en el Primer Informe señalado en el Numeral 9 de los Términos de Referencia del Contrato, y; en consecuencia, declare que BADALLSA ha cumplido con su obligación contractual establecida en el Literal b) del Numeral 3 de los Términos de Referencia.*
- **Segunda Pretensión Principal:** *Que el Arbitro Único declare que la condición para el Cuarto Pago prevista en la Cláusula Cuarta del Contrato AATE no puede ser cumplida por causa ajena a la responsabilidad de*

BADALLSA y que, por ende, la AATE no puede exigirla para la realización de dicho pago.

- **Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal:** Que, al declararse Fundada la Segunda Pretensión Principal, el Árbitro Único ordene a la AATE efectuar el Cuarto Pago establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato, ascendente a la suma de S/197,751.01 (Ciento Noventa y Siete Mil Setecientos Cincuenta y Uno con 01/100 Soles), incluido IGV, a favor de BADALLSA, más los intereses legales y todos los gastos relacionados a la ejecución del Contrato que tenga que asumir BADALLSA hasta la fecha en que se efectúe el pago.
- **Tercera Pretensión Principal:** Que el Árbitro Único deje sin efecto la penalidad aplicada por la AATE a BADALLSA, cuyo fundamento fue comunicado a BADALLSA mediante Carta N°149-2015-MTC/33.6.4 de fecha 28 de diciembre de 2015.
- **Pretensión Accesorio a la Tercera Pretensión Principal:** Que, al declararse Fundada nuestra Tercera Pretensión Principal, el Árbitro Único ordene a la AATE que restituya a favor de BADALLSA la suma de S/ 98,875.50 (Noventa y Ocho Mil Ochocientos Setenta y Cinco con 50/100 Soles), indebidamente descontada de la Factura N° 001-002411 de fecha 17 de noviembre de 2015, correspondiente al Tercer Pago del Contrato.
- **Cuarta Pretensión Principal:** Que se condene a la AATE al pago de las costas y costos del proceso”.

4.3. De la Admisión a Trámite de la Demanda, Exclusión de Terceros en el Proceso Arbitral, Contestación de la Demanda y Formulación de Excepciones:

- 4.3.1. Mediante Resolución N° 01 notificada a las Partes el 24 de mayo de 2017; entre otros, se tuvo por admitida la Demanda Arbitral presentada por el Contratista, corriéndose traslado de ello a la Entidad a efectos de que absuelva el traslado y manifieste lo conveniente a su derecho dentro del plazo de veinticinco (25) días hábiles de notificada la resolución en comentario.
- 4.3.2. Asimismo, conforme se desprende de la mencionada resolución y escritos presentados por las Partes al estado del proceso, se otorgó un plazo de cinco (05) días hábiles a la Entidad a fin de que manifieste lo convenientes a su derecho en relación a la petición realizada por el Contratista en el Primer Otrosí del escrito de Demanda Arbitral, conforme al cual este último solicitó que la GTU sea notificada con la Demanda y tome conocimiento del presente proceso arbitral, en virtud al Artículo 14° del DLA que permite extender el convenio arbitral a aquellos señalados en la norma.

- 4.3.3. Finalmente, se tuvieron por ofrecidos los medios probatorios anexados al escrito de Demanda Arbitral; y por cancelados los honorarios arbitrales (tanto los que se encontraban a cargo del Contratista como los que este último canceló en subrogación de los pagos que eran de cargo de la Entidad).
- 4.3.4. A través de la Resolución N° 03 notificada a las Partes el 21 y 26 de junio de 2017 respectivamente; entre otros, se declaró No ha Lugar la petición del Contratista contenida en el Primer Otrosí del escrito de Demanda Arbitral. En consecuencia, se resolvió no notificar la misma a la GTU.
- 4.3.5. Posteriormente, de acuerdo a lo resuelto mediante la Resolución N° 04 notificada a las Partes el 13 y 18 de julio de 2017; entre otros, se tuvo por contestada la Demanda Arbitral a cargo de la Entidad, y por ofrecidos los medios probatorios anexados al escrito de Contestación de Demanda Arbitral presentado el 28 de junio de 2017.
- 4.3.6. Se corrió traslado al Contratista acerca de la excepción planteada por la Entidad en su escrito de Contestación de Demanda, y se le otorgó un plazo de diez (10) días hábiles para que manifieste lo conveniente a su derecho.

4.4. Absolución de Excepciones Formuladas por la Entidad:

- 4.4.1. De conformidad con la Resolución N° 05 notificada a las Partes el 03 de agosto de 2017; entre otros, se tuvo por absuelto el traslado realizado al Contratista en la Resolución N° 04 respecto a la excepción formulada por la Entidad. Finalmente, se otorgó un plazo de tres (03) días hábiles contados desde la notificación de la resolución a las Partes, a fin de que presenten sus respectivas propuestas de puntos controvertidos.
- 4.4.2. Respecto a la resolución y análisis de la excepción en comentario, cabe precisar que, según sería comunicado posteriormente en la Resolución N° 07, el Árbitro Único señaló que la excepción de caducidad deducida por la Entidad sería resuelta en el laudo arbitral.

4.5 De la Propuesta y Fijación de Puntos Controvertidos:

- 4.5.1. En atención a lo solicitado por el Árbitro Único en la Resolución N° 05, el Contratista y la Entidad presentaron sus respectivas propuestas de puntos controvertidos, hechos que fueron debidamente comunicados a las Partes a través de la Resolución N° 06 notificada a éstas el 22 y 23 de agosto de 2017, teniéndose por debidamente presentadas.
- 4.5.2. En dicho sentido, según se dejó constancia en la Resolución N° 07 notificada a las Partes el 22 y 23 de agosto de 2017; entre otros, se resolvió

fijar las cuestiones materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral, se admitieron la totalidad de medios probatorios ofrecidos oportunamente por el Contratista y la Entidad; y se les concedió un plazo de diez (10) días hábiles para que presenten su acuerdo conciliatorio

- 4.5.3. Sin perjuicio de lo expuesto, igualmente se otorgó a las Partes un plazo de diez (10) días a fin de que presenten sus alegatos en el supuesto en el cual no presentaran acuerdo conciliatorio, en virtud a la Regla N° 44 del Acta de Instalación.

4.6 Del Cierre de la Etapa Probatoria y Evaluación de Admisión a Trámite de Informe Pericial presentado por la Parte Demandante:

- 4.6.1. Conforme se desprende de la ya referida Resolución N° 07 de fecha 22 de agosto de 2017, la etapa probatoria se declaró CERRADA.
- 4.6.2. Ahora bien, habiendo concluido la etapa probatoria, se dejó constancia a través de la Resolución N° 08 notificada a las Partes el 06 de setiembre de 2017, de la presentación de un informe pericial aportado por el Contratista el 22 de agosto de 2017. Al respecto, el Árbitro Único resolvió –a través de la Resolución N° 08– mantener en custodia el informe pericial en mención, y se corrió traslado a la Entidad del recurso de reconsideración contra el Cuarto Punto Resolutivo de la Resolución N° 07 que fuera presentado por el Contratista el 25 de agosto de 2017.
- 4.6.3. En vista de lo expuesto, el Árbitro que suscribe señaló que resolvería el recurso de reconsideración una vez que la Entidad hubiese tomado conocimiento del mismo y presentado lo conveniente a su derecho.
- 4.6.4. Mediante Resolución N° 09 notificada a las Partes el 15 de setiembre de 2017; entre otros; se tuvo por absuelto el traslado de la Entidad respecto al recurso de reconsideración presentado por el Contratista el 25 de agosto de 2017, y, teniendo en cuenta lo argumentado por la Entidad, el Árbitro que suscribe resolvió declarar INFUNDADO el referido recurso; lo cual, en consecuencia, generó que no se admita como medio probatorio el informe pericial presentado por el Contratista el 22 de agosto de 2017.
- 4.6.5. Sobre el particular, el Contratista procedió a formular recurso de reconsideración contra el extremo de la Resolución N° 09 que declaraba infundado el recurso que presentó el 25 de agosto de 2017, del cual se corrió traslado a la Entidad a fin de que manifieste lo conveniente a su derecho. Las actuaciones mencionadas fueron debidamente notificadas a las Partes el 26 de setiembre de 2017 a través de la Resolución N° 10.
- 4.6.6. Al respecto, tal como se dejó constancia en la Resolución N° 11 notificada a las Partes el 23 y 24 de octubre de 2017; se tuvo por absuelto el traslado

conferido a la Entidad en la Resolución N° 10, y se resolvió declarar INFUNDADO el recurso de reconsideración contra extremo de la Resolución N° 09 formulado por el Contratista el 21 de setiembre de 2017.

4.7 De la Reprogramación de la Audiencia de Informes Orales:

- 4.7.1. Que, según se comunicó a las Partes mediante Resolución N° 09 notificada a las Partes el 15 de setiembre de 2017; entre otros, se tuvieron por presentados los alegatos formulados tanto por la Entidad como por el Contratista, en vista de que éstas no arribaron a acuerdo conciliatorio.
- 4.7.2. En la misma resolución, se resolvió citar a las Partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 27 de setiembre de 2017. No obstante ello, en vista de reprogramación de audiencia solicitada por la Entidad (de los cual se dejó constancia mediante la Resolución N° 10), se resolvió suspender la Audiencia de Informes Orales inicialmente fijada para el día 27 de setiembre de 2017. Luego, de conformidad con lo expuesto en la Resolución N° 11, se citó nuevamente a las Partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 07 de noviembre de 2017.
- 4.7.3. Finalmente, en atención a nuevas solicitudes de reprogramación de audiencia, mediante Resolución N° 12 notificada a las Partes el 30 de octubre de 2017; se resolvió suspender nuevamente la Audiencia de Informes Orales programada para el día 07 de noviembre de 2017, reprogramándose la misma para el día 17 de noviembre de 2017.

4.8 De la Audiencia de Informes Orales:

- 4.8.1. Con fecha 17 de noviembre de 2016 se realizó la Audiencia de Informes Orales en la cual se contó con la participación de los representantes del Contratista y de la Entidad a fin de que cada uno de ellos expusiera sus argumentos de defensa.
- 4.8.2. En primer lugar, de manera previa al inicio de la audiencia, se notificó en el acto a las Partes con la Resolución N° 13, con el cual se hizo de conocimiento de las Partes que la representación de la Entidad fue delegada.
- 4.8.3. Seguidamente, las Partes expusieron sus argumentos y absolvieron las preguntas formuladas por el Árbitro Único. Asimismo, se dejó constancia de la presentación de las diapositivas de la exposición oral de cada parte, las cuales fueron incorporadas al expediente arbitral.
- 4.8.4. Finalmente, el Árbitro Único otorgó a las Partes un plazo final de siete (07) días hábiles contabilizados a partir del día siguiente de suscrita el acta de la

audiencia en comentario, a efectos de que pudiesen presentar cualquier documentación relevante para el presente caso.

V. FIJACIÓN DEL PLAZO PARA LAUDAR

- 5.1. Considerando el estado del proceso arbitral y habiéndose realizado la Audiencia de Informes Orales el 17 de noviembre de 2017, correspondía señalar el plazo para laudar, de conformidad con la Regla N° 45 del Acta de Instalación.
- 5.2. En dicho sentido, mediante Resolución N° 14 notificada a las Partes el 15 de enero de 2018, se resolvió tener por presentados los escritos de conclusiones finales presentados por ambas Partes, y se estableció el plazo para laudar por veinte (20) días hábiles, computados desde el 16 de enero de 2018 hasta el 12 de febrero de 2018, pudiendo ser extendido a discreción del Árbitro Único.
- 5.3. Finalmente, haciendo uso del derecho a prórroga, el Árbitro Único emitió la Resolución N° 15 notificada a las Partes el 12 de febrero de 2018, conforme a la cual se extendió el plazo para laudar por un período de veinte (20) días hábiles adicionales, plazo que vence el 12 de marzo de 2018.

VI. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

6.1. Cuestiones Preliminares:

- a) Antes de proceder con el desarrollo de la materia controvertida del presente proceso arbitral, resulta necesario ratificar los siguientes hechos:
- b) El Arbitro Único se ha instalado en virtud a la Ley de y su Reglamento, y a la conformidad de las Partes intervinientes en el presente caso.
- c) En ningún momento se recusó al Árbitro Único ni fueron observadas las reglas procedimentales dispuestas en el Acta de Instalación.
- d) El Demandante interpuso su escrito de Demanda Arbitral dentro del plazo previsto, ofreciendo los medios probatorios correspondientes.
- e) El Demandado fue debidamente emplazada con la Demanda Arbitral en mención, frente a la cual procedió a presentar su escrito de contestación de demanda y formulación de excepciones, dentro del plazo concedido.
- f) Las Partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como para presentar sus alegatos, tanto orales como escritos.

- g) Todas las resoluciones dictadas en el proceso, previas a la emisión del presente Laudo, fueron debidamente notificadas por las Partes.
- h) De conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación, las Partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear el/los recurso(s) de reconsideración contra cualesquiera de las resoluciones dictadas durante el proceso arbitral que pudiesen haber sido expedidas con inobservancia a alguna regla de procedimiento o a alguna disposición contenida en la Ley de Contrataciones, su Reglamento, el DLA u otra norma concordante. Por lo tanto, todas las resoluciones dictadas en el presente arbitraje, previas a la emisión del presente Laudo de Derecho, han sido consentidas por las Partes; toda vez que éstas han renunciado a su derecho a objetar, conforme a lo señalado en la Regla N° 18 del Acta de Instalación.

6.2. De la Materia Controvertida:

- Tal como se estableció en la Audiencia Única, corresponde al Árbitro Único pronunciarse sobre la controversia objeto del presente arbitraje, en atención a los puntos controvertidos previamente fijados y analizar las excepciones formuladas a lo largo del proceso arbitral.
- En ese sentido, el Árbitro Único se pronunciará por cada uno de los puntos controvertidos establecidos, teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al proceso, a fin de determinarlas consecuencias jurídicas que puedan derivarse para las Partes en función a lo que haya sido probado o no en el marco del proceso arbitral. Al respecto, corresponde hacer especial mención a la carga de la prueba, la cual, como principio general del proceso, se encuentra plenamente instituida en el Artículo 196° del Código Procesal Civil, el cual establece que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de tales hechos, en concordancia con los principios de Necesidad de la Prueba, Originalidad de la Prueba, Pertinencia y Utilidad de la Prueba, entre otros².
- Siguiendo dicho razonamiento, cabe destacar la aplicación del Principio de Comunidad o Adquisición de Prueba en el arbitraje, toda vez que, a entender del jurista Giuseppe Chiovenda, *“un derecho importante de las partes se deriva de la circunstancia que la actividad de ambas pertenece a una relación única”*³, el cual *“consiste en que los resultados de sus actividades son comunes a las dos partes en juicio”*⁴. Es así que, en virtud a la máxima en comentario, *“cada una*

² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *“Compendio de la Prueba Judicial”*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, pp. 31-47.

³ CHIOVENDA, Giuseppe, *“Instituciones de Derecho Procesal Civil”*, Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid; citado por: MIDÓN, Marcelo Sebastián, *“Derecho Probatorio – Parte General”*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Corrientes, 2007, p. 327.

⁴ Ídem.

de las partes tiene derecho a utilizar las deducciones hechas y los documentos presentados por la contraria, las peticiones que ésta presente o los actos de impulso procesal que realice⁵".

- Por lo tanto, las pruebas aportadas al presente arbitraje y en general toda la actividad probatoria, *"no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, y así debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla⁶".*
- Asimismo, el Árbitro Único deja constancia que, en virtud a la facultad que le otorga el Artículo 43° del DLA, a través de la emisión del presente laudo arbitral, ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral (dentro de las etapas y plazos otorgados), en tanto que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las Partes no significa de forma alguna que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado. En dicho sentido, el Árbitro Único deja establecido que en aquellos supuestos en los que el presente laudo haga referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, la misma es realizada atendiendo a la vinculación, utilidad y pertinencia que –a criterio del Árbitro Único– tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

VII. ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS POR EL DEMANDADO

Con el propósito de realizar un análisis ordenado en función a la totalidad de argumentos formulados por las Partes; corresponde, en primer lugar, resolver las excepciones deducidas por la Entidad; toda vez que, en el supuesto en el cual alguna ellas mereciera ser amparada, el Árbitro Único no podría emitir un correcto pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

7.1. Sobre la Excepción de Caducidad:

- 7.1.1. Conjuntamente con la presentación del Escrito de Contestación de Demanda de fecha 28 de junio de 2017, la Entidad dedujo excepción de caducidad contra la Tercera Pretensión Principal y la Pretensión Accesorio a la Tercera Pretensión Principal contempladas en el Escrito de Demanda Arbitral, conforme a las cuales el Contratista procura se deje sin efecto la penalidad que la Entidad le aplicó a través de la Carta N° 149-2015-MTC/33.6.4 de fecha 28 de diciembre de 2015, y en consecuencia, el Árbitro que suscribe ordene la restitución de la suma ascendente a S/. 98

⁵ Ídem.

⁶ SILVA MELERO, Valentín, *"La Prueba Procesal"*, Tomo I (Teoría General), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p.27, y DEVID ECHANDÍA, Hernando, *"Tratado de Derecho Procesal Civil"*, Tomo IV, Ed. Temis, Bogotá, 1967, pp. 66-67; citados por OVALLE FAVELA, José, artículo *"La Teoría General de la Prueba"* de la Revista de la Facultad de Derecho de México, Ed. N° 93-94, p. 286.

875.50 (Noventa y Ocho Mil Ochocientos Setenta y Cinco y 50/100 Soles) a su favor.

- 7.1.2. La función práctica de la caducidad, en palabras del tratadista italiano Francesco Messineo, “es procurar que ciertos derechos sean ejecutados dentro de un término breve, porque fuera del interés general en el pronto ejercicio de esos derechos, hay otro particular⁷”; “la caducidad implica, pues, la carga de ejercitar el derecho en el tiempo señalado por la ley”.
- 7.1.3. Conforme se desprende del referido Escrito de Contestación de Demanda y Formulación de Excepciones, la Entidad ha formulado la presente excepción de caducidad al amparo del Artículo 181° del Reglamento, en virtud del cual –sostiene– el Contratista debería haber solicitado la restitución del dinero descontado de la Factura N° 001-002411 (correspondiente al Tercer Pago estipulado en el Contrato y correspondientes TDR) dentro del plazo perentorio de quince (15) días hábiles que establece el referido artículo, cuyo texto cito a continuación:

“Artículo 181°.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del Contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser estos recibidos, a fin que la Entidad cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

(...)

Las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al Contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago”.

- 7.1.4. Tal como se señala en el artículo citado, éste desarrolla el procedimiento que debe seguir la entidad contratante a fin de pagar la(s) contraprestación(es) previamente pactadas a favor del Contratista; y establece un plazo especial de caducidad para iniciar un proceso conciliatorio o arbitral ante el surgimiento de una controversia relacionada única y exclusivamente a los pagos que la entidad contratante debe efectuar al Contratista. En ese sentido, resulta evidente que **el plazo especial de**

⁷ MESSINEO, Francesco, “Manuel de Derecho Civil y Comercial”, traducción del italiano, T. II, Buenos Aires, 1954, p. 75, N° 13; citado por: “Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas” “Código Civil y Leyes Complementarias - Tomo I”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, p. 212.

caducidad estipulado por el Artículo 181° del Reglamento no aplica a lo descrito en la Tercera Pretensión Principal y la Pretensión Accesorio a la Tercera Pretensión Principal del Escrito de Demanda Arbitral.

7.1.5. En este punto es importante recordar que –tal como se señala en la Opinión N° 174-2015/DTN de fecha 06 de noviembre de 2015– “la normativa de contrataciones del Estado establece diversos plazos de caducidades especiales para someter a conciliación y/o arbitraje las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato, de conformidad con los artículos 52 de la Ley y 214 y 215 del Reglamento”. (El resaltado y subrayado es nuestro).

7.1.6. Adicionalmente a los plazos especiales de caducidad que el Reglamento fija de forma expresa⁸, **el numeral 52.2° del Artículo 52° de la Ley de Contrataciones establece un plazo de caducidad general** en tanto estipula que “Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato.” (El subrayado es nuestro).

7.1.7. De conformidad con la norma legal citada, es correcto afirmar que el plazo de caducidad general solo podrá operar en la medida en que se cumplan las siguientes dos (02) condiciones:

- Que el Reglamento no haya fijado un plazo especial para el caso en concreto
- Que la petición arbitral sea presentada antes de que el contrato culmine.

7.1.8. Al respecto, si bien el Reglamento no contempla un plazo especial de caducidad para las controversias relacionadas a la aplicación de penalidades; también es correcto afirmar que el Contrato aún no ha culminado, ello debido a que, conforme se desprende de los medios probatorios ofrecidos por las Partes, las condiciones que establece el Artículo 42° para la culminación de contratos de bienes y servicios, no se han cumplido, cuyo texto cito a continuación:

“Artículo 42°.- Culminación del Contrato

Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente.

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

⁸ En concordancia con el Artículo 2004° del Código Civil, el cual establece que *“Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario”*.

requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquella pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el Contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

El expediente de contratación se cerrará con la culminación del contrato
(el subrayado es nuestro).

- 7.1.9. Del artículo citado (concordante con el Artículo 177° del Reglamento), los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de la recepción de la última prestación y el pago correspondiente, cerrándose así el expediente de contratación⁹. En el presente caso, tomando en cuenta que aún no se ha producido el Cuarto (y último) Pago por parte de la Entidad, es válido señalar que el Contrato aún no ha culminado; y por tanto, el expediente de contratación aún no ha cerrado.
- 7.1.10. Por los argumentos expuestos y normas invocadas, se ha logrado demostrar que el plazo de caducidad aplicable a la Tercera Pretensión Principal y la Pretensión Accesorio a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda Arbitral, es el de tipo "general" que se encuentra regulado por el numeral 52.2° del Artículo 52° de la Ley de Contrataciones, y no el "especial" que refiere la Entidad.
- 7.1.11. Es así pues, que el Contratista, al momento de presentar su Solicitud de Arbitraje, se encontraba dentro del plazo general de caducidad que fija la Ley de Contrataciones y el Reglamento, dado que las condiciones necesarias para ello (señaladas en el numeral 7.1.7 del presente) se han cumplido.
- 7.1.12. En vista de los fundamentos expuestos, el Árbitro Único considera que la excepción de caducidad propuesta por la Entidad sobre la Tercera Pretensión Principal y la Pretensión Accesorio a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda Arbitral debe ser declarada INFUNDADA.

VIII. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

⁹ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

"Artículo 10.- Expediente de Contratación

El Expediente de Contratación se inicia con el requerimiento del área usuaria. Dicho Expediente debe contener la información referida a las características técnicas de lo que se va a contratar, el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, el valor referencial, la disponibilidad presupuestal, el tipo de proceso de selección, la modalidad de selección, el sistema de contratación, la modalidad de contratación a utilizarse y la fórmula de reajuste de ser el caso".

8.1. **SOBRE EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:**

“Determinar si corresponde o no el Árbitro Único declare que LA DEMANDANTE ha cumplido con elaborar el Expediente Técnico Definitivo para la "Construcción del Intercambio Vial en el Cruce de la Av. Villa María y Prolongación de la Av. Villa María con la Av. Pachacútec en el Distrito de Villa María del Triunfo", conforme a la solución planteada como alternativa N° 3 contenida en el primer informe señalado en el numeral 9 de los términos de referencia del contrato, y que como consecuencia de ello, determinar si corresponde o no declarar que LA DEMANDANTE cumplió con su obligación principal”.

- Conforme se desprende del primer punto controvertido, éste tiene por objeto resolver si el Contratista cumplió a cabalidad con la elaboración del Expediente Técnico Definitivo para la obra "Construcción del Intercambio Vial en el Cruce de la Av. Villa María y Prolongación de la Av. Villa María con la Av. Pachacútec en el Distrito de Villa María del Triunfo". Es decir, determinar si el Contratista realizó, en su integridad y a satisfacción de la Entidad, la prestación por la cual se obligó frente a esta última mediante el Contrato celebrado por las Partes; esto es, su obligación esencial.
- Adicionalmente a lo expuesto, el punto controvertido en comentario condiciona la respuesta a que la ejecución de la referida prestación haya sido realizada conforme a la Alternativa Técnica de Solución N° 03 propuesta en el Primer Informe por el Contratista.
- En ese sentido, considero pertinente desarrollar brevemente algunos conceptos y principios que permitirán comprender mejor la dirección en la cual será resuelta la materia en controversia:

8.1.1. **De las Obligaciones Esenciales**

- i. En relación a las prestaciones pactadas a favor de la Entidad a las cuales el Contratista se ha obligado de conformidad con las disposiciones contractuales, es correcto afirmar que la elaboración del Expediente Técnico Definitivo y el levantamiento de observaciones sobre sus respectivos entregables, son obligaciones de carácter esencial del Contratista.
- ii. De conformidad con la Opinión N° 027-2014/DTN, una obligación esencial *“es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la*

finalidad del contrato¹⁰ (el subrayado es nuestro). Es así pues, que tanto el Contratista como la Entidad deben cumplir con obligaciones esenciales la una con la otra, a fin de que el contrato alcance su finalidad y satisfaga los intereses de las partes.

8.1.2. Del Contrato de Servicios y el Acto Administrativo

- i. El contrato de servicios que vincula a la Entidad y al Contratista es un contrato regulado por normas especiales en materia de Contrataciones del Estado y, de manera supletoria, por las demás normas de Derecho Público y, en última instancia, por las del derecho común (Código Civil).
- ii. Bajo dicha premisa, el Árbitro Único se adscribe a la posición conforme a la cual cuando una entidad pública interviene en un contrato de dicha naturaleza, como el que es materia de controversia, lo hace investido como Administración Pública; esto es, desarrollando sus actuaciones bajo las formalidades, capacidades y prerrogativas que le son impuestas o de las que goza en virtud al Derecho Público.
- iii. En ese sentido, en relación a la ejecución de un contrato celebrado entre un contratista privado y una entidad pública, se tiene como un hito fundamental el de la conformidad de las prestaciones ejecutadas por el contratista, la cual es otorgada por la entidad pública contratante en la medida que de ello se desprenden una serie de efectos jurídicos relevantes en el referido proceso; sobre lo cual versan los Artículos 176° y 177° del Reglamento.
- iv. Tal como se puede apreciar de los artículos en mención, la conformidad de la entidad pública contratante supone una serie de formalidades y genera, entre otros, una serie de efectos; siendo ellos relevantes en tanto que evidencian los elementos de todo acto administrativo.
- v. De acuerdo a la definición otorgada por el Artículo 1° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 y diversa doctrina internacional¹¹, el acto administrativo es aquella declaración realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos directos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.
- vi. En consecuencia, queda evidenciado que la conformidad que brinde la Entidad, luego de cumplida la prestación del contratista y cumplidos los

¹⁰ Opinión N° 027-2014/DTN emitida el 13 de febrero de 2014 por la Dirección Técnico Normativa del OSCE.

¹¹ GORDILLO, Agustín, “*Tratado de derecho administrativo y obras selectas*”, Tomo 9 Primeros Manuales, Libro I – Derecho administrativo de la economía (1967), P. 197, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2014.

requisitos y condiciones fijados por Ley, Reglamento y por el Contrato (según se señalará más adelante), consistente en la ejecución del Servicio, constituye claramente un acto administrativo en la medida que supone i) una declaración o manifestación de voluntad de la Entidad, consistente en la conformidad de la prestación del contratista, ii) se efectúa bajo el marco de normas de Derecho Público, en este caso, de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, iii) produce efectos jurídicos en el administrado, lo cual se traduce en el derecho al pago de la contraprestación a favor del contratista.

8.1.3. Aplicación del Principio Pacta Sunt Servanda

- i. El principio de Pacta Sunt Servanda, recogido en el Artículo 1361° del Código Civil, es el fundamento de la obligatoriedad de todo contrato, en tanto que establece la presunción de que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las Partes y quien llegase a negar tal coincidencia, debe probarla.
- ii. Como se puede apreciar, la característica principal de este principio es que los contratos son obligatorios respecto a aquello que haya sido acordado libremente por las Partes. Es así pues, que al referirse a la obligatoriedad de los contratos, permite enfatizar —en el presente arbitraje— que la voluntad de las Partes (plasmada en un acuerdo escrito) debe ser cumplida obligatoriamente.
- iii. De esa manera, el principio en comentario adquiere sentido bajo la lógica de la autonomía de la voluntad de las Partes, la que sustenta a su vez, en gran medida la razón de la normativa civil en materia de contratos. En efecto, la lógica de la regulación en materia civil consiste en permitir que los individuos desarrollen relaciones de cooperación que les permitan intercambiar bienes y servicios en el mercado, logrando así satisfacer sus necesidades. Para tales efectos, el ordenamiento peruano ha dotado a los individuos de la facultad amplia de autorregular tales relaciones de intercambio, en la medida que entiende que son los propios individuos quienes se encuentran en mejor posición para determinar aquello que resulte más conveniente a sus intereses.
- iv. Siguiendo esa misma línea de comprensión, aquella facultad de “autodeterminación” de las relaciones contractuales”, es en realidad la “autonomía de la voluntad” o “autonomía privada”, sobre lo cual, el profesor De la Puente señala que es el “*poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas entre sí*”¹²

¹² DE LA PUENTE, Manuel, “*El Contrato En General*”. Tomo I. Lima: Palestra Editores. 2001. P. 199.

- v. De lo anterior concluyo que, siendo la base de los acuerdos la autonomía privada de los individuos, todo aquello que expresamente se haya pactado como contenido del acuerdo, deberá respetarse necesariamente por sobre todo, pues las Partes del mismo se encuentran obligadas a respetar los pactos arribados.
- vi. Finalmente, considero oportuno reiterar que la obligatoriedad como tal, significa que los acuerdos son –valga la redundancia– obligatorios en lo que expresan. Si se diera el caso que una de las Partes alegara la contradicción entre su voluntad y lo expresado en el contrato (y los documentos que lo compongan), es dicha parte la que se encontraría obligada a probar tal alegación, en concordancia con el Artículo 1361° del Código Civil referido a la obligatoriedad de los contratos.
- vii. Habiendo delimitado el marco conceptual de las doctrinas y principios pertinentes, a continuación procederemos a sustentar la decisión que resolverá el presente punto controvertido, conforme a lo siguiente:

8.1.4. Del Expediente Técnico Definitivo

- i. Tal como se encuentra plenamente expresado en el Numeral 8° “*Desarrollo y Producto del Servicio*” del Capítulo III de las Bases titulado “*Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos*” (en adelante, los “TDR”), el desarrollo del Servicio objeto del presente arbitraje debía ser presentado de conformidad con la información allí señalada, para cuyos efectos se estableció que el Servicio fuese dividido en tres (03) entregables, siendo éstos: el Primer Informe, Segundo Informe y Tercer Informe.
- ii. Teniendo en consideración lo anterior, cabe hacer mención al Numeral 8.3° de los TDR, en el cual se señala que el “Expediente Técnico Definitivo” es el producto del Tercer Informe que se describe en el referido numeral, sobre el cual, además, se precisa que debe ser elaborado a un nivel constructivo, pues corresponde a la ejecución de la Obra “*Construcción del Intercambio Vial en el Cruce de la Av. Villa María y Prolongación de la Av. Villa María con la Av. Pachacútec en el Distrito de Villa María del Triunfo*”; lo cual es reiterado en el Numeral 9° de los TDR “*Presentación de Informes*”.
- iii. De ese modo, resulta claro que el resultado final de la elaboración del Tercer Informe al que se hace referencia en los TDR no es más que el mismo Expediente Técnico Definitivo; ello sin perjuicio de las condiciones que han sido pactadas respecto a los pagos y posteriores aprobaciones, toda vez que el producto final como tal, se encuentra

sujeto a una serie de gestiones y autorizaciones detalladas en los TDR y en el Contrato.

8.1.5. Del Objetivo del Servicio y la Alternativa de Solución a Nivel Anteproyecto N° 3

- i. El Numeral 3° de los TDR estipula que el Servicio materia del Contrato, debe cumplir con dos (02) objetivos esenciales, siendo los siguientes:

“3. OBJETIVO

Resolver el problema de accesibilidad vehicular entre la Av. Villa María y la Prolongación de la Av. Villa María, las cuales se encuentran incomunicadas producto de la presencia de la infraestructura de la Línea 1 del Metro de Lima ubicado a lo largo de la Av. Pachacútec en el Distrito de Villa María del Triunfo. Este proyecto tendrá la finalidad de restituir el tránsito vehicular afectado por la presencia de la Infraestructura de la Línea 1 del Metro de Lima, así como propiciar un tráfico fluido, en beneficio del distrito”.
Elaborar el respectivo Expediente Técnico Definitivo de la Obra, que debe incluir todos los detalles a nivel constructivo para la creación del intercambio Vial” (el resaltado es nuestro)

- ii. En función a los objetivos citados, la Descripción del Servicio expuesta en el Numeral 7° de los TDR, señala en su primer numeral que una de las actividades que comprenden el Servicio, es la de **“Elaborar un diagnóstico de la situación actual de las vías a intervenir, y plantear la propuesta de solución más adecuada para el intercambio vial”** (el resaltado es nuestro).
- iii. Al respecto, los TDR evidencian la intención de hallar una solución técnica al intercambio vial entre la Av. Villa María y la Prolongación de la Av. Villa María del Distrito de Villa María del Triunfo; motivo por el cual es natural que en el último inciso del Numeral 8.1.2 **“Diagnóstico de situación actual y planteamiento de alternativa de solución”** de los TDR (correspondiente al contenido del Primer Informe) se establezca que **el Contratista se encuentra en la obligación de plantear en dicho informe, una propuesta de la alternativa de solución más adecuada para el intercambio vial,** concordando así con los objetivos del Servicio.
- iv. En ese sentido, **si la propuesta de una solución técnica para el referido intercambio vial representa el eje de la ejecución del Servicio,** y precisamente dicha prestación forma parte del primero de los entregables del Servicio, **resulta evidente que los entregables que sigan al primero (Segundo y Tercer Informe) deberán ser elaborados en función a dicha propuesta de solución técnica,** toda vez que **cualquier**

trabajo que lo contradijera sería contrario a los objetivos del Servicio (conforme han sido planteados por los TDR del Servicio).

- v. Aquella propuesta de solución técnica se vio traducida en la Alternativa de Solución N° 03, la cual formó parte del Primer Informe del Contratista, y sobre el cual fueron elaborados los siguientes informes.
- vi. Aunque la Entidad había comunicado su conformidad sobre los tres (03) informes presentados por el Contratista, cabe precisar que éstos aún no habían sido revisados ni aprobados por la MML.
- vii. Por lo expuesto, la Alternativa de Solución N° 03 propuesta por el Contratista a través del Primer Informe, deberepresentar el eje de la ejecución del Servicio. En ese orden de ideas, si la alternativa propuesta por el Contratista presentase errores, ello influiría negativamente en el Expediente Técnico Definitivo y en su posterior aprobación (a cargo de la Entidad y la MML); por lo que su viabilidad era de suma importancia para la elaboración de los siguientes entregables y del producto final.

8.1.6. De la Aprobación del Expediente Técnico Definitivo

- i. Como se recuerda, la Entidad (a través de las Cartas N° 011-2015-MTC/33.4; N° 030-2015-MTC/33.4 y Carta N° 23-2015-MTC/33.7) comunicó su conformidad sobre el Primer, Segundo y Tercer Informe respectivamente; hechos que han sido corroborados tanto por el Contratista como por la propia Entidad a lo largo del presente proceso arbitral.
- ii. Al respecto, la Entidad ha argumentado que, sin perjuicio de haber otorgado su conformidad sobre el Tercer Informe del Servicio, no podía tener por culminado el Servicio si la MML no aprobaba expresamente el mismo.
- iii. En efecto, según se desprende del Numeral 13° de los TDR, el Expediente Técnico se tendrá por formalmente aprobado en la medida en que dicha aprobación sea realizada mediante una Resolución Directoral emitida por la Entidad, otorgándole así carácter de acto administrativo. Adicional a ello, la Entidad solo podrá realizar la aprobación formal del Expediente Técnico una vez que la MML lo haya aprobado antes.
- iv. Es así pues, que la aprobación de la MML sobre el Expediente Técnico es una condición determinante para su aprobación formal; y en

consecuencia, es una condición determinante para el Cuarto Pago del Servicio.

- v. Sin embargo, tal como se demuestra de los medios probatorios ofrecidos por ambas Partes, la MML (a través de la GTU) ha observado el Tercer Informe a través del Informe Técnico N° 52-2016-MML/GTU-SETT-EIV de fecha 17 de febrero de 2017 y del Informe Técnico N° 074-2016-MML/GTU-SETT- de fecha 22 de junio de 2016, señalando de manera puntual que el estudio elaborado por el Contratista presentaba deficiencias en tres (03) parámetros de diseño: la velocidad del diseño, pendientes y radios de giro.
- vi. Es decir, la MML había realizado observaciones respecto al diseño geométrico de la infraestructura vial, lo que denotaba la complejidad de las mismas. En consecuencia, el levantamiento de éstas era de vital importancia no solo para la entrega del producto final, sino para la realización del Cuarto Pago; sobre lo cual el Contratista es responsable, dado que sus obligaciones contractuales no terminan en la entrega del Tercer Informe (pues, luego de presentado, aún debe levantar todas y cada una de las observaciones que planteen tanto la Entidad como la MML en caso las hayan, de acuerdo a Literal VIII del Numeral 7° de los TDR).
- Atendiendo al marco conceptual expuesto en la parte introductoria del análisis de presente Primer Punto Controvertido, cabe señalar que el Contratista, al no haber subsanado las observaciones efectuadas sobre el Tercer Informe, habría incumplido con sus obligaciones esenciales.
- De igual modo, cabe destacar que el Contratista pretende tomar las conformidades de la Entidad como aprobaciones propiamente dichas de la prestación principal (elaboración del expediente técnico). Al respecto, es importante distinguir entre el acto administrativo mediante el cual una Entidad se pronunciará sobre la conformidad del Servicio, y el medio a través del cual se notifica tal resolución. Así, el primero está constituido por la resolución o documento correspondiente emitido por el funcionario u órgano competente para pronunciarse sobre un acto tal como la conformidad del Servicio (en este caso, la aprobación formal del Expediente Técnico), mientras que el segundo puede estar constituido por un oficio, carta notarial u medio otro análogo utilizado para notificar los actos administrativos. En relación a la emisión del acto administrativo por la conformidad del Servicio, esto, a la fecha, no ha sucedido, en tanto que no se han cumplido las condiciones establecidas por el Contrato.
- En ese mismo orden de ideas, el Árbitro que suscribe considera necesario tener en cuenta el principio del *Pacta Sunt Servanda*, antes referido. Como vimos anteriormente, dicho principio nos lleva a concluir que los pactos acordados por

las Partes deben ser cumplidos obligatoriamente por las mismas, y por tanto, no pueden ser dejados de lado por el Árbitro Único.

- En tal sentido, el Contratista no puede pretender desconocer una obligación de carácter esencial, dado que se encuentra obligado a respetar los pactos arribados con la Entidad a través del Contrato; siendo, en el caso en particular, la obligación de cumplir con todas las acciones conducentes a lograr la aprobación del Expediente Técnico Definitivo (como es el levantamiento de observaciones) de parte de la MML y la Entidad.
- Por lo tanto, conforme se extrae de los argumentos y medios probatorios ofrecidos, el Contratista no ha cumplido con elaborar el Expediente Técnico Definitivo para la "Construcción del Intercambio Vial en el Cruce de la Av. Villa María y Prolongación de la Av. Villa María con la Av. Pachacútec en el Distrito de Villa María del Triunfo". Como consecuencia de ello, corresponde declarar **INFUNDADO** el Primer Punto Controvertido.

8.2. SOBRE EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no que el Arbitro Único declare que la condición para el cuarto pago prevista en la cláusula cuarta del contrato no puede ser cumplida por causa ajena a la responsabilidad de LA DEMANDANTE, y que por ende, EL DEMANDADO no puede exigirla para la realización de dicho pago"

- 8.2.1. De conformidad con el Numeral 13° de los TDR y la Cláusula Cuarta del Contrato, la forma de pago del monto contractual ha sido dividida en cuatro (04) hitos de pago, estando cada uno de ellos condicionado a determinados requisitos y autorizaciones, según se detalla a continuación:

Primer Pago	20% del monto del contrato	A la conformidad del Primer Informe
Segundo Pago	30% del monto del contrato	A la conformidad del Segundo Informe
Tercer Pago	30% del monto del contrato	A la conformidad del Tercer Informe
Cuarto Pago	20% del monto del contrato	A la aprobación del Expediente Técnico con Resolución Directoral por parte de la Entidad, una vez obtenida la aprobación del Expediente Técnico por parte de la Municipalidades respectivas.

- 8.2.2. Del cuadro expuesto, se entiende que cada uno de los pagos se encuentra supeditado a la conformidad expresa de la Entidad, con posterior observancia del procedimiento que establece el Artículo 176° del Reglamento.

- 8.2.3. Sin embargo, las condiciones para realizar Cuarto Pago son especiales, en tanto que requieren que la aprobación de la Entidad sea efectuada mediante documento resolutivo (Resolución Directoral), el cual –a su vez– debe contar con la previa aprobación de la MML (toda vez que, según ha sido explicado por la Entidad, no era necesaria la intervención de la Municipalidad Distrital de Villa María del Triunfo).
- 8.2.4. Es decir, la procedencia del Cuarto Pago ya no dependía únicamente de la anuencia de la Entidad, sino que requería obtener la opinión técnica favorable de la MML, para posteriormente verse reflejada en la aprobación formal a cargo de la Entidad.
- 8.2.5. Ahora bien, en relación a las aprobaciones requeridas según los TDR y el Contrato, cabe resaltar que tanto la Entidad como el Contratista mantenían determinadas obligaciones respecto a la aprobación del Expediente Técnico Final, en tanto que la primera en mención debía gestionar la aprobación del Expediente Técnico Definitivo ante la MML, y la segunda se encontraba en la obligación de levantar las observaciones que la Entidad y/o la MML pudieran señalar.
- 8.2.6. Es así pues, que, conforme el Contratista presentó los entregables del Expediente Técnico a cargo del Contratista, la Entidad remitió cada uno de ellos a la MML a fin de obtener su respectiva aprobación, lo cual se desprende de los Oficios N° 11-2015-MTC/33.7 de fecha 18 de marzo de 2015, N° 05-2015-MTC/33.7 de fecha 6 de agosto de 2015 y N° 13-2015-MTC/33.7 de fecha 13 de noviembre de 2015.
- 8.2.7. Al respecto, y tal como se ha señalado en los numerales 1.33° y 1.35° del presente, la MML realizó reiteradas observaciones al precitado Tercer Informe correspondiente al Expediente Técnico Definitivo, las cuales fueron debidamente comunicadas al Contratista (teniendo como intermediario a la Entidad); frente a las cuales el Contratista presentó los respectivos levantamientos de observaciones.
- 8.2.8. Sin embargo, conforme se desprende de los dos (02) de los últimos oficios enviados por la GTU a la Entidad (Oficio N° 189-2016-MML/GTU de fecha 22 de febrero de 2016 y Oficio N° 1589-2016-MML/GTU de fecha 05 de julio de 2016), los cuales fueron inmediatamente remitidos al Contratista, se pudo advertir que las observaciones realizadas al Tercer Informe no solo involucraban deficiencias sobre el diseño geométrico de la infraestructura vial, sino que éstas ya tenían un carácter reiterativo.
- 8.2.9. Esto último debido a que el Contratista no cumplió con levantar las referidas observaciones en ningún momento ni a adecuarse a las recomendaciones y opiniones de orden técnico formuladas por la MML, pues a la fecha mantienen su posición respecto a la solución técnica

propuesta por ellos, la cual consideran es la más adecuada para la infraestructura vial objeto del Servicio.

8.2.10. En virtud a los hechos expuestos, es claro que las condiciones fijadas en la Cláusula Cuarta del Contrato y en los TDR para hacer efectivo el Cuarto Pago no se han cumplido, toda vez que el Contratista no ha levantado las observaciones realizadas sobre el Tercer Informe; y si este último no cuenta con sendas aprobaciones de la MML y la Entidad, el Expediente Técnico Definitivo por formalmente aprobado.

8.2.11. Por lo expuesto, en vista que las condiciones contractualmente previstas para la realización del Cuarto Pago no se han cumplido a causa del Contratista, corresponde declarar **INFUNDADO** el Segundo Punto Controvertido.

8.3. SOBRE EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar si corresponde o no que el Arbitro Único ordene a EL DEMANDADO efectuar el cuarto pago establecido en la cláusula cuarta del contrato ascendente a la suma de S/ 197,751.01 incluido IGV a favor de LA DEMANDANTE más los intereses legales y todos los gastos relacionados a la ejecución del contrato que tenga que asumir LA DEMANDANTE hasta la fecha en que se efectúe el pago”.

8.3.1. De conformidad con el análisis realizado respecto al Segundo Punto Controvertido, se ha determinado que las condiciones establecidas por los TDR y el Contrato para efectuar el Cuarto Pago a favor del Contratista, no se han cumplido.

8.3.2. Por lo expuesto, corresponde declarar **INFUNDADO** el presente punto controvertido.

8.4. SOBRE EL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar si corresponde o no que el Arbitro Único deje sin efecto la penalidad aplicada por EL DEMANDADO a LA DEMANDANTE, que fue comunicada mediante la Carta N°149-2015-MTC/33.6.4 de fecha 28 de diciembre de 2015”.

8.4.1. En primer lugar, es importante precisar que el Árbitro Único ya ha resuelto –en el presente laudo arbitral– la Excepción de Caducidad deducida por la Entidad respecto a la penalidad aplicada al Contratista objeto del presente punto controvertido, habiéndola declarado como **INFUNDADA** por las razones ya expuestas; lo cual permite proseguir con el análisis.

- 8.4.2. En relación a la naturaleza normativa de las penalidades en el marco de las Contrataciones con el Estado, cabe recordar que el Reglamento otorga a las entidades públicas contratantes la potestad de aplicar a los Contratistas las penalidades reguladas en los Artículos 165° y 166° del Reglamento en mención, siendo éstas: i) “*Penalidad por mora en la ejecución de la prestación*” y, “*Otras penalidades*” (debiendo ser, en este último caso, no solo distintas a las penalidades por mora, sino también objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria que originó el contrato). En ambos supuestos, las penalidades tienen por finalidad desincentivar el incumplimiento del Contratista y resarcir a la entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado.
- 8.4.3. Teniendo claro el marco conceptual de la aplicación de penalidades en las Contrataciones con el Estado, a continuación realizaré un breve recuento de los hechos que, según los medios probatorios ofrecidos, habrían conducido a la aplicación de la penalidad sobre el Tercer Pago del Servicio.
- 8.4.4. Considerando que, con Carta N° 030-2015-MTC/33.4 de fecha 04 de junio de 2015, la Entidad dio por subsanadas la totalidad de observaciones señaladas sobre el Segundo Informe, es desde esa fecha que debía ser computado el plazo de cuarenta y cinco (45) días en el cual el Contratista debía entregar el Tercer Informe. Es decir, el plazo de presentación del Tercer Informe vencía el domingo 19 de julio de 2015.
- 8.4.5. Frente a ello, el Contratista cumplió con presentar la primera versión del Tercer Informe el 20 de julio de 2015 a través de la Carta N° 142/2015. Sobre el particular es oportuno mencionar que, si bien el plazo otorgado había venció el 19 de julio de 2015, al tratarse de un día inhábil (domingo), es razonable referirnos al Artículo 183¹³ del Código Civil, el cual establece que si se presenta un plazo cuyo último día sea inhábil, entonces “*vence el primer día hábil siguiente*”. En consecuencia, la primera versión del Tercer Informe habría sido presentado dentro del plazo otorgado por la Entidad, en caso no se hubiesen advertido observaciones sobre el mismo, según explicaré más adelante.
- 8.4.6. En atención al Tercer Informe recibido por la Entidad, esta última formuló observaciones sobre el mismo, comunicándolas a través de la Carta N° 07-2015-MTC/33.7 de fecha 30 de julio de 2015 y con la cual otorgó al Contratista un plazo de diez (10) días calendario para levantar las

¹³ “Artículo 183.- El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:

(...)

5.- El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente”.

observaciones, en concordancia con el Artículo 176° del Reglamento. Siendo ello así, el plazo concedido vencía el domingo 09 de agosto de 2015.

- 8.4.7. Sobre el particular, es importante precisar lo siguiente respecto a la conformidad de las prestaciones. El Artículo 176° del Reglamento establece que, en el supuesto en el cual existan observaciones en los servicios recibidos, la Entidad podrá otorgar al Contratista un plazo prudencial para su subsanación en función a la complejidad del servicio, el cual no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Sin embargo, precisan que, *“pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan”* (el resaltado es nuestro”).
- 8.4.8. Es decir, la normativa ha estipulado expresamente que, aunque la Entidad tiene la facultad de otorgar al Contratista un plazo para subsanar las observaciones que se pudiesen identificar en los entregables del Servicio, dicha facultad opera de manera independiente a la aplicación de penalidades que correspondan al incumplimiento contractual en el que haya incurrido el Contratista.
- 8.4.9. Asimismo, respecto a la aplicación de penalidades, cabe recordar que el Reglamento ha previsto la aplicación de una penalidad por mora al contratista que, injustificadamente, se retrase en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato. En ese sentido, y bajo el razonamiento de la Opinión N° 064-2012-DTN, *“El retraso en la ejecución de las prestaciones será injustificado cuando no se haya solicitado y/o aprobado la ampliación del plazo contractual, al no verificarse ninguna de las causales previstas en el artículo 175 del Reglamento”*.
- 8.4.10. Por lo tanto, al amparo de los Artículos 165° y 166° del Reglamento, es correcto señalar que el Contratista ha incurrido en la “Penalidad por Mora en la Ejecución de la Prestación”; dado que, luego de culminado el plazo contractual (20 de julio de 2015), el Tercer Informe presentaba observaciones; las cuales, aunque hubiesen sido subsanadas posteriormente (habiendo la Entidad ejercido la facultad que establece el Reglamento para otorgar al Contratista un plazo determinado para subsanar observaciones), igualmente habrían generado que el Contratista incurra en la penalidad por hallarse fuera del plazo contractual.
- 8.4.11. Asimismo, cabe resaltar que la Entidad se encontraba en la obligación de aplicar la penalidad en comentario una vez finalizado el plazo contractual; toda vez que, considerando que la Entidad otorgó al Contratista un plazo de subsanación de observaciones, la no aplicación de penalidades podría haberse interpretado como una ampliación de plazo tácita; supuesto

jurídicamente incorrecto dado que el Reglamento establece un procedimiento especial para el otorgamiento de ampliaciones de plazo.

- 8.4.12. Por los considerandos expuestos, el Cuarto Punto Controvertido planteado por el Contratista en el extremo de que éste Árbitro Único determine si corresponde o no dejar sin efecto la penalidad aplicada al Tercer Pago, no es amparable; y por ende, el presente punto controvertido debe ser declarado **INFUNDADO**.

8.5. **SOBRE EL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:**

“Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a EL DEMANDADO que restituya a favor de LA DEMANDANTE la suma de S/ 98,875.50 que fue descontada de la Factura N° 001-002411 de fecha 17 de noviembre de 2015, correspondiente al tercer pago del contrato”.

- 8.5.1. Habida cuenta que el Árbitro Único decidió no amparar el Cuarto Punto Controvertido, el cual se encuentra directamente vinculado con el presente Quinto Punto Controvertido, es lógico que siga su mismo criterio.
- 8.5.2. Por ello, toda vez que el Cuarto Punto Controvertido fue declarado **INFUNDADO**, corresponde que el Quinto Punto Controvertido también sea declarado como **INFUNDADO**; y en consecuencia, no corresponde ordenar restitución dineraria a favor del Contratista por concepto de penalidades aplicadas durante la ejecución del Contrato.

8.6. **SOBRE EL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:**

“Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a EL DEMANDADO que asuma el pago de las costas y costos del proceso”.

- 8.6.1. Al respecto, corresponde pronunciarse sobre la forma de distribución de estos, conforme se encuentra regulado de manera imperativa en los artículos 70° y 73° del DLA, que disponen que el Árbitro Único tenga en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las Partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las Partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
- 8.6.2. Que, además de lo antes expuesto, los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del árbitro único; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el árbitro único; (iv) los gastos razonables incurridos por las Partes

para su defensa en el arbitraje; (v) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

8.6.3. Que, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las Partes y al resultado de los puntos controvertidos analizados en el presente laudo, resulta razonable disponer que cada parte asuma el cincuenta por ciento de las costas y costos del presente proceso arbitral, conforme a lo siguiente:

8.6.4. En primer lugar, cada parte deberá asumir el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral. Al respecto, teniendo en cuenta que el Contratista canceló el total de los honorariosarbitrales, habiéndose subrogado en la parte que debía asumir la Entidad debido a la falta de pago de esta última¹⁴, corresponde ordenar que la Entidad REEMBOLSE al Contratista el cincuentapor ciento (50%) de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral, de acuerdoal siguiente detalle:

Honorarios del Árbitro Único: S/. 4 006.00 (Cuatro Mil y 00/100 Soles)

Honorarios de la Secretaria Arbitral: S/. 2 617.00 (Dos Mil Seiscientos Diecisiete y 00/100 Soles)

Monto total a reembolsar al Contratista: S/. 6 623.00 (Seis Mil Seiscientos Veintitrés y 00/100 Soles)

8.6.5. En relación a los gastos de defensa legal, el Árbitro Único que suscribe considera que cada una de la partes debe asumir los gastos en los que hayan incurrido en ese sentido. Asimismo, dicho razonamiento aplica de igual forma para los gastos de peritos o expertos en los que cualesquiera de las Partes hayan incurrido en el presente arbitraje.

8.6.6. Por estas consideraciones, corresponde declarar **FUNDADO EN PARTE** el Sexto Punto Controvertido.

IX. SE RESUELVE

9.1. **PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA** la Excepción de Caducidad deducida por la Entidad contenida en su escrito de contestación de demanda de fecha 28 de junio de 2017.

9.2. **SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADO** el Primer Punto Controvertido, en vista de que el Contratista no ha cumplido con elaborar el Expediente Técnico Definitivo para la "*Construcción del Intercambio Vial en el Cruce de la Av. Villa María y Prolongación de la Av. Villa María con la Av. Pachacútec en el Distrito de Villa María del Triunfo*".

¹⁴Conforme se desprende de las Resoluciones N° 01 y N° 02 notificadas a las Partes el 28 de abril de 2017 y 24 de mayo de 2017, respectivamente.

- 9.3. **TERCERO: DECLARAR INFUNDADO** el Segundo Punto Controvertido, toda vez que las condiciones para el Cuarto Pago previstas en la Cláusula Cuarta del Contrato no pueden ser cumplidas a causa del accionar del Contratista.
- 9.4. **CUARTO: DECLARAR INFUNDADO** el Tercer Punto Controvertido; razón por la cual no corresponde que la Entidad pague a el Contratista la suma correspondiente al Cuarto Pago establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato.
- 9.5. **QUINTO: DECLARAR INFUNDADO** el Cuarto Punto Controvertido, por los argumentos expuestos en el numeral 8.4 del presente.
- 9.6. **SEXTO: DECLARAR INFUNDADO** el Quinto Punto Controvertido; en consecuencia, no corresponde ordenar restitución dineraria a favor del Contratista por concepto de penalidades aplicadas durante la ejecución del Contrato.
- 9.7. **SÉTIMO: DECLARAR FUNDADO EN PARTE** el Sexto Punto Controvertido; en consecuencia, **ORDÉNESE** a la Entidad restituir al Contratista la suma ascendente a S/. 6 623.00 (Seis Mil Seiscientos Veintitrés y 00/100 Soles) correspondiente al cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral.



LUIS ENRIQUE AMES PERALTA
ÁRBITRO ÚNICO



LESLIE K. DÍAZ SÁNCHEZ
SECRETARIA ARBITRAL