

EXP. NRO. 003-2016/SAAH-ARBITRARE

Trujillo, 09 de diciembre de 2016

Carta N° 212 - 2016/ SAAH-ARBITRARE

Srs:

Carlos Enrique Moya Limo
Procurador Público del Gobierno Regional La Libertad
Av. España Nro. 1800
Ciudad.-



Referencia: Arbitraje INGECO S.A.C y GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD

De mi consideración:

Es grato dirigirme a ustedes para saludarlos cordialmente y a la vez hacerles llegar el Laudo Arbitral de Derecho recaído en la Resolución Nro. 11 de fecha 07 de diciembre de 2016, emitida por el Tribunal Arbitral.

Sin otro particular, me despido.

Atentamente,


Abog. María Alejandra Paz Hoyle
Secretaría Arbitral

Se adjunta:

- Resolución Nro. 11 de fecha 07 de diciembre de 2016, que contiene el Laudo Arbitral de Derecho original suscrito por los Árbitros y la Secretaría Arbitral en 53 folios.

LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR INGECO S.A.C CONTRA EL GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR LOS SEÑORES MARCO ANTONIO MARTÍNEZ ZAMORA, EN CALIDAD DE PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL; LUIS ALFREDO LEÓN SEGURA, ÁRBITRO; Y JUAN MANUEL FIESTAS CHUNGA, ÁRBITRO.

Resolución N° 11

Trujillo, 07 de diciembre de 2016

VISTOS:

I. LAS PARTES, EL CONTRATO Y LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

1. El día 17 de febrero de 2015, **INGECO S.A.C** (en adelante, INGECO o DEMANDANTE) y el Gobierno Regional de La Libertad (en adelante, ENTIDAD o DEMANDADO) suscribieron el Contrato N° 005-2015-GRLL-GRCO (en adelante, CONTRATO), producto de la Licitación Pública N° 008-2014-GRLL-GRCO, para la contratación de la ejecución de la obra: "MEJORAMIENTO DEL SERVICIO EDUCATIVO EN LA INSITITUCIÓN EDUCATIVA FE Y ALEGRÍA N° 36 DISTRITO LA ESPERANZA- PROVINCIA DE TRUJILLO- REGION LA LIBERTAD"
2. En la cláusula décima novena del mencionado documento, las partes decidieron que cualquier controversia que surja que se derive la a ejecución e interpretación del CONTRATO, incluido los que se refieran a su nulidad e invalidez, se resolvería mediante arbitraje.

II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

3. El día 15 de abril de 2016, en la Oficina Desconcentrada del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE), se llevó a cabo la Instalación del Tribunal Arbitral conformado por los doctores Marco Antonio Martínez Zamora, en calidad de Presidente del Tribunal Arbitral; Luis Alfredo León Segura, Árbitro y Juan Manuel Fiestas Chunga, Árbitro
4. La diligencia contó con la presencia del representante de INGECO, el señor Javier Edwin Briceño Vargas y la presencia del representante de la ENTIDAD, el Procurador Público Adjunto Mario Alberto Valdíviezo López.
5. Los miembros del Tribunal Arbitral declararon haber sido debidamente designados, de conformidad con el convenio arbitral suscrito entre las



partes, ratificando su aceptación al cargo de árbitros y señalando que no tenían ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.

- 6. Se deja constancia que ninguna de las partes impugnó o reclamó contra el contenido de la referida Acta de Instalación, en su oportunidad.

III. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR INGECO

- 7. Mediante escrito ingresado con fecha 29 de abril de 2016, INGECO presenta su escrito de demanda, el cual fue precisado mediante Escrito N° 2 "Subsanación de Demanda Arbitral" con fecha 06 de mayo de 2016, solicitando lo siguiente:

- A) **Primera Pretensión Principal:** Que se modifique el Expediente Técnico del Contrato de Ejecución bajo la modalidad de SUMA ALZADA, por la existencia de defectos sustanciales en la construcción de Veredas de Concreto en la infraestructura existente y en la Cobertura Metálica del segundo piso de los módulos existentes (A, B y C).
- B) **Primera Pretensión Subordinada a la Primera pretensión Principal:** Que se declare la Nulidad de la Resolución Gerencial N° 104-2015-GRCO de fecha 05 de octubre de 2015 por la cual se deniega la ampliación de Plazo Parcial con caudal abierta N° 01.
- C) **Segunda Pretensión Subordinada a la Primera pretensión Principal:** Que se declare la Nulidad de la Resolución Gerencial N° 114-2015-GRCO de fecha 09 de octubre de 2015 por la cual se deniega la Ampliación de Plazo N° 2.
- D) **Primera Pretensión Accesorio alternativa a la Primera pretensión principal:** Que se incorpore en el Expediente Técnico los Planos de Desarrollo de la Propuesta y el Plano de Detalles, así como las Especificaciones Técnicas; y se incorporen las partidas en el presupuesto contractual de las Veredas de Concreto y la Cobertura Metálica; así como se disponga la Ampliación del Plazo Contractual por causal abierta.
- E) **Segunda Pretensión Accesorio a la Primera pretensión principal:** Que se excluya en el Expediente Técnico las Veredas de Concreto en la infraestructura existente y la cobertura metálica del segundo piso de los módulos existentes (A, B y C), específicamente en los Planos I-01, D-06, I-02, D-08 y AG-03, concordándola con el presupuesto contractual.
- F) **Segunda pretensión principal:** Que se declare la Nulidad de la Resolución ejecutiva regional N° 1059-2015-GRLL/GOB de fecha 28 de mayo de 2015 que ha aprobado la REDUCCION DE META N° 01 ascendente a la suma de S/. 34,128.05.

- G) **Tercera pretensión principal:** Que se declare la Nulidad de la penalidad contractual contenida en la Carta N° 196-2015-GRLL-GGR-GRCO de fecha 29 de Setiembre del 2015 que deniega la justificación realizada mediante Carta N° 209-2015-GRLL-GGR-GRCO de fecha 20 de octubre de 2015.
- H) **Pretensión accesoria común:** Que se efectúe expresa condena de costos y costas procesales al Gobierno Regional de La Libertad.

III.1 Del convenio Arbitral

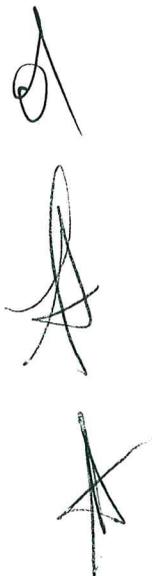
8. Como consecuencia de que las partes aceptaron el Convenio Arbitral en la Cláusula Décima Novena del Contrato y en mérito de lo dispuesto por los artículos 219,201 y 211 del Reglamento de la LCE, INGECO ha efectuado impugnaciones a los siguientes actos administrativos contenidos en:

8.1. La Absolución de la Consulta de fecha 06 de abril del 2015, efectuada por el Supervisor de la Obra, Ing. Elmer Huamán Duran, y que se encuentra contenida en el asiento 59 del Cuaderno de Obra, por el cual considera que no existen defectos sustanciales en el Expediente Técnico, y deniega la petición de Modificación del Expediente Técnico. Argumenta que la denegatoria de su petición fue sometida al proceso de conciliación extrajudicial, el 17 de abril del 2015, por ante el Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial de la Cámara de Comercio de La Libertad, concluyendo con Acta de Conciliación N°. 056-2015-CON-CCAE-CCPLL de fecha 12 de mayo del 2015. Asimismo, menciona que la petición de sometimiento a ARBITRAJE DE DERECHO fue presentada mediante Carta de fecha 20 de mayo del 2015 y se ha efectuado dentro del plazo previsto 211 del Reglamento de Contrataciones del Estado.

8.2. La Nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional N°. 1059-2015-GRLL/GOB de fecha 28 de mayo del 2015, notificada con fecha 16 de junio del 2015, se ha aprobado la REDUCCION de META N. 01 ascendente a la suma de S/. 34,128.05 nuevos soles.

8.3. Argumenta que la Resolución impugnada fue sometida al proceso de conciliación extrajudicial, el 22 de junio del 2015, por ante el Centro de Conciliación "Cultura Pacis", concluyendo con Acta de Conciliación por Falta de Acuerdo de las partes, N°. 530-2015-FAP-CENCUP de fecha 16 de julio del 2015.

8.4. Finalmente, en relación a la petición de sometimiento a ACUMULACION DE ARBITRAJE DE DERECHO, fue presentada mediante Carta de fecha 31 de julio del 2015 y se ha efectuado



dentro del plazo previsto 211 del Reglamento de Contrataciones del Estado.

8.5. Con respecto a la Nulidad de la Penalidad Contractual contenida en la Carta N°. 196-2015-GRLL-GGR-GRCO de fecha 29 de setiembre del 2015, la cual fue denegada la justificación mediante Carta N°. 209-2015-GRLL-GGR-GRCO de fecha 20 de octubre del 2015, menciona que la Resolución impugnada fue sometida directamente a Arbitraje de derecho presentada mediante Carta de fecha 04 de noviembre del 2015, y se ha efectuado dentro del plazo previsto 211 del Reglamento de Contrataciones del Estado.

8.6. En relación a la Nulidad de la Resolución Gerencial N°. 104-2015-GRCO de fecha 05 de octubre del 2015 por la cual se deniega la Ampliación de Plazo Parcial con causal abierta N°. 01, y La Nulidad de la Resolución Gerencial N°. 114-2015-GRCO de fecha 09 de octubre del 2015 por la cual se deniega la Ampliación de Plazo Parcial N°. 02, argumenta que la Resolución impugnada fue sometida directamente a Arbitraje de Derecho mediante Carta de fecha 04 de noviembre del 2015, y se ha efectuado dentro del plazo previsto 211 del Reglamento de Contrataciones del Estado.

III.2 Fundamentos de Hecho

De los defectos sustanciales en el Expediente Técnico

- 9. En Cláusula Octava del Contrato N° 005-2015-GRLOL-GRCO para la ejecución de la obra "Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. Fe y Alegría N°36 distrito de La Esperanza, provincia de Trujillo- Región La Libertad", bajo la modalidad de Suma Alzada, que fue suscrito por INGECO y la ENTIDAD con fecha 17 de febrero de 2015, se estableció que INGECO se obligaba a realizar todas las actividades descritas en el Expediente Técnico de la obra, en los Términos de Referencia (Anexo I del Contrato) y Bases integradas contenidas en el respectivo expediente de contratación.
- 10. El numeral 24 del Anexo Único "Anexo de Definiciones" del Reglamento de la LCE, aprobado mediante Decreto Supremo N°184-2008-EF, establece la definición, contenido y alcances de un Expediente Técnico de Obra y destaca que forman parte del mismo expediente las especificaciones técnicas, los planos de ejecución y el presupuesto de obra.
- 11. El artículo 152 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece la obligación del Contratista de comunicar a la ENTIDAD sobre el defecto en cualquier especificación o características de los bienes a proveer; es decir, de comunicar la existencia de defectos sustanciales en el Expediente Técnico que impidan la ejecución de la prestación.
- 12. En ese sentido, INGECO afirma que en plena ejecución de la obra y al empezar las planificaciones de los frentes detectó deficiencias que

afectan sustancialmente el Expediente Técnico (respecto de los planos de ejecución de obra, especificaciones técnicas y presupuesto de obra), según lo siguiente:

a) Discrepancia entre los planos I-01 (plano de intervenciones: Primer piso) y D-06 (detalle de pisos) respecto a las Veredas de Concreto:

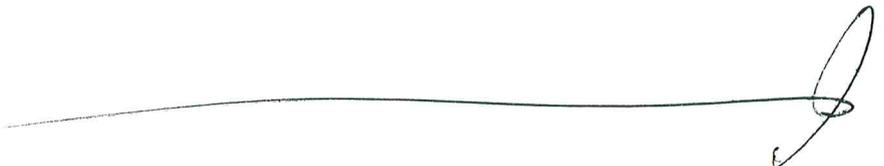
- En el plano I-01 se indica la demolición de infraestructura existente, pavimento rígido, y la construcción de la vereda (ver propuesta); y en el recuadro de materiales se indica que los pisos son de piedra.
- En el plano D-06 se aprecia que en el área de edificación existente se especifican cortes B-B y F-F que según sus detalles son Veredas de Concreto, lo que indicaría que las Veredas de la edificación existente son de Concreto.
- No existe en todo el Expediente Técnico ninguna Propuesta ni ningún plano de desarrollo en el que se especifiquen niveles, dimensiones, juntas, bruñas, rampas y alineamientos de las Veredas.
- Inexistencia de especificaciones técnicas en el Expediente Técnico para construir Veredas del plano I-01, así como la inexistencia de la partida correspondiente en el Presupuesto de la obra haciendo imposible la ejecución de la "construcción de Veredas" se indica en el plano I-01.

b) Discrepancia entre los planos I-02 (plano de intervenciones: segundo piso) D-08 (detalles cubierta metálica-rejas) y AG-03 (planteamiento general: Techos) respecto a la cobertura metálica:

- El plano AG-03 no remite a ningún detalle.
- El plano D-08 especifica un detalle que no concuerda con el plano I-02, debido a que este especifica una proyección corta de techo y un achurado simple con materiales de cemento pulido, ladrillo y caravista (según cuadro de materiales); y tampoco concuerda con el plano AG-03 que indica un achurado doble con material de techo ligero: plancha aluminizada E=27 mm pre pintada con epóxico.
- Inexistencia de las especificaciones técnicas en el Expediente Técnico y de las partidas en el presupuesto contractual, imprescindibles para la ejecución de la cubierta metálica del segundo piso de los módulos existentes.

13. Las especificaciones técnicas son las descripciones elaboradas por la ENTIDAD de las características fundamentales de los bienes, suministros u obras a contratar. En el caso de obras constituyen el conjunto de reglas y documentos vinculados a la descripción de los trabajos, método de construcción, calidad de los materiales, sistemas de control de calidad (según trabajo a ejecutar), procedimientos constructivos, métodos de medición y condiciones de pago requeridas en la ejecución de la obra.

14. Cabe precisar, que cada partida o conjunto de partidas que conforman el presupuesto de obra deben contener sus respectivas especificaciones técnicas detallando las reglas que definen las prestaciones específicas,



como por ejemplo debe contener los materiales a considerar, el procedimiento constructivo, la forma de medida y el pago.

- 15. En ese sentido, la INGECO afirma que conforme se puede verificar en el Expediente Técnico al confrontar los planos de Intervenciones I-01 e I-02 y los planos de Detalles D-06 y D-08, así como del Plano AG-03 Planteamiento General del Techo, y del Presupuesto de Obra, existe la DEFICIENCIA SUSTANCIAL que impide ejecutar las Veredas de Concreto y la cobertura metálica, por lo que el Expediente Técnico debe modificarse en esos ítems.
- 16. Por lo que afirma que la absolución de efectuada por la ENTIDAD, a través del supervisor, mediante el asiento 59 del Cuaderno de Obra al tratarse de un acto administrativo debía cumplir con los requisitos de validez contenidos en el artículo 10 de la Ley General de Procedimiento Administrativo y debería contener las razones y motivaciones fundamentadas en normas del orden técnico y/o normas, lo que no se ha dado en la absolución realizada en el asiento 59 por lo que se genera su NULIDAD y falta de EFICACIA JURIDICA.

De las pretensiones subordinadas sobre la Denegación de ampliación de plazo

- 17. INGECO plantea que La Resolución de Gerencia N° 104-2015-GRCO de fecha 05 de octubre de 2015, generada por la consulta sobre la MODIFICACION del Expediente Técnico; y la Resolución de Gerencia N° 114-2015-GRCO de fecha 09 de octubre de 2015, generada en respuesta de la disconformidad planteada en el ASIENTO 73 del Cuaderno de Obra, deberán declare su NULIDAD y conforme a lo solicitado en las pretensiones ACCESORIAS MODIFICARSE y conceder la ampliación de plazo solicitada al encontrarse acreditada la DEFICIENCIA SUSTANCIAL del Expediente Técnico y la imposibilidad de continuar con la ejecución de las obras referidas a las Veredas y la cobertura metálica, y ante la falta de resolución en forma oportuna por parte de la ENTIDAD.

De las pretensiones Accesorias Alternativas

- 18. INGECO afirma que habiéndose acreditado la DEFICIENCIA SUSTANCIAL en el Expediente Técnico de la Obra "Mejoramiento de Servicios Educativos en ala E.I. Fe y Alegría N°36", a efectos de construir las Veredas de Concreto y la cobertura metálica debe procederse alternativamente a la primera pretensión alternativa, formulando el respectivo adicional; y a la segunda pretensión alternativa, concordándola con el presupuesto contractual y reduciendo las prestaciones a cargo del Contratista.

De la nulidad de la REDUCCIÓN de META N° 01

- 19. Con fecha 28 de mayo de 2015 fue aprobada la Reducción de Meta N°01 ascendente a la suma de S/. 34,128.05 por parte de la ENTIDAD.

20. Para INGECO, resulta evidente que el fundamento técnico de la denominada "REDUCCIÓN DE META", en la reducción de metrados en las partidas específicas, como se entiende de los informes que fundamentan la Resolución incluido el cuadro denominado "RESUMEN DE METRADO CORREGIDO", y que como se señala en los informes "*las discrepancias de metrados en los planos existen o pueden existir*"; sin embargo, dicha discrepancia no puede sustentar una REDUCCION DE META.
21. Para INGECO la Resolución impugnada ha interpretado erróneamente el Informe del Proyectista del Expediente Técnico, Ing. Luis Omar Sánchez Arteaga, quien sugiere "*que de acuerdo al sistema de Contratación que se aplicó debe proceder a resolver las discrepancias*", apreciándose que el sistema de Contratación adoptado para la ejecución de esta Obra, es la de SUMA ALZADA, por lo que, no correspondía efectuar un reducción de meta, salvo que se trate de una obra mixta o contratado a precios unitarios.
22. Sostiene que la resolución impugnada tampoco ha tenido en cuenta la Opinión del SUPERVISOR de la OBRA, el cual señala expresamente lo siguiente:

"(...) el error detectado como mayor metrado a nivel de cimentación del Módulo 06 de la obra de la referencia, y que es en perjuicio de la entidad, durante la etapa de ejecución de obra, no puede ser considerado como argumento o sustento de una reducción de meta (...)"

(Informe Nro. 011-2015-ERHD-SP/I.E.F.A del Supervisor de Obra de fecha 10.04.2015).

23. INGECO considera que la Resolución impugnada no advierte que la modalidad contractual pactada no solo es de SUMA ALZADA, sino también de LLAVE EN MANO, por lo que resulta irrelevante la verificación de los metrados efectuados, pues si éste es mayor que de lo establecido en el Expediente Técnico el riesgo es del contratista de obra, y si es menor el riesgo es de la ENTIDAD, como en efecto se presenta en esta obra, ya que existen VARIOS FRENTES de TRABAJO en los cuales se han desarrollado mayor cantidad de metrados e INGECO no se encuentra facultada a reclamar la VALORIZACION y PAGO de dichos mayores metrados.

24. Puede resultar ilustrativo la verificación de los artículos 11 y 40 del Reglamento de la LCE, por el cual se establece la responsabilidad de la ENTIDAD por la determinación exacta de los metrados en el Expediente Técnico, así como el fundamento de un sistema de contratación a Suma Alzada, basado únicamente en una correcta cuantificación de los metrados efectuados en el Expediente Técnico, y sobre la base de ello los contratistas efectuaron las OFERTAS técnicas y económicas.

25. Esta norma debe ser cumplida por todos los funcionarios en la EJECUCION CONTRACTUAL conforme lo sostiene el OSCE en la Opinión 021-2011/DTN de fecha 17 de febrero de 2011

- 26. En consecuencia, INGECO afirma que no existe ninguna razón fáctica y mucho menos LEGAL para PROCEDER a una REDUCCION DE META, más aún el incumplimiento de la Meta genera responsabilidad administrativa y civil de los funcionarios y de la ENTIDAD, pues se está procediendo a desnaturalizar el Contrato de Suma Alzada, convirtiéndolo en uno de precios unitarios, por lo que debe declararse la nulidad de la reducción de la Meta contenida en la Resolución Ejecutiva Regional objeto del presente contrato.

De la Nulidad de la Penalidad Contractual

- 27. Mediante Carta N° 196-2015-GRLL-GGR-GRCO de fecha 29 de setiembre de 2015 se tomó conocimiento de la Imposición de una penalidad contractual por la causal de "FALTA DE PERMANENCIA EN LA OBRA", la cual se encuentra aplicada en forma automática en el Informe N° 462-2015-GRLL-GGR-GRI-SGO de fecha 24 de junio de 2015 que contiene la aprobación de la valorización N° 2 por el importe de S/. 376, 153.74.
- 28. El fundamento fáctico de la aplicación de la penalidad se encuentra contenido en el Informe N° 141-2015-GRLL-GRI/SGO-CRGC de fecha 23 de junio de 2015 suscrito por el Ing. Cristian Garrido Cabanillas, quien refiere "VERIFICO" la ausencia del Ingeniero Residente de Obras los días 03 y 04 de junio de 2015; es decir, se refiere a la ausencia del Ing. Javier Briceño Vargas por lo que se procede a la aplicación inmediata de la penalidad.
- 29. El artículo 165 del Reglamento de la LCE ha regulado la aplicación de penalidades legales y contractuales en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista constituyendo un requisito indispensable que el INCUMPLIMIENTO de la prestación.
- 30. En este punto, INGECO destaca lo señalado por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en su Resolución 640/2001.TC-S2 de fecha 28 de diciembre de 2001:

"Se sanciona el incumplimiento injustificado de las obligaciones y no sólo el incumplimiento de las mismas. En ese sentido, debemos precisar que, de conformidad con los artículos 1314° y siguientes del Código Civil, el deudor puede cumplir sus obligaciones en virtud de tres cosas:

- A. Por caso fortuito o fuerza mayor, de conformidad con el artículo 1315°.
- B. Por razones no imputables distintas al caso fortuito y fuerza mayor, conforme a lo dispuesto en el artículo 1316°.
- C. Por dolo, culpa grave o culpa inexcusable, según lo dispuesto en los artículos 1318°, 1319° y 1320°.

Así pues, la ausencia de justificación en el incumplimiento de las obligaciones se refiere a los casos en los que el deudor no cumple con las prestaciones a su cargo por razones imputables a él, lo que, en términos simples, significa que no existen motivos que justifiquen dicho incumplimiento o que lo releven de responsabilidad, en consecuencia,

considerando los supuestos establecidos en el Código civil, para la inejecución de las obligaciones, la justificación en el cumplimiento se configura en los casos que el incumplimiento se realice por dolo, culpa grave o culpa inexcusable(...).”

31. En ese sentido, mediante Carta N° 065-2015-INGECO SAC de fecha 03 de junio del 2015, recibida en trámite documentario del Gobierno Regional La Libertad a las 9:06 am según registro 2428388 Expediente 2150441, INGECO comunicó a la ENTIDAD que el residente de obra, se encontraría AUSENTE los días miércoles 03 y jueves 04 de junio, debido a que tenía programado la visita a las Fábricas que se indica en el documento que acompañaron.
32. Con fecha 12 de octubre de 2015 mediante Carta N° 129-2015-INGECO SAC, INGECO efectuó sus descargos sobre la Imposición de la penalidad contractual por parte de la ENTIDAD y obtuvo como respuesta la Carta Notarial N° 209-2015-GRLL-GGR/GRCO de fecha 21 de octubre de 2015, mediante la cual la ENTIDAD ratifica la penalidad impuesta y afirma que al ser una cláusula contractual y objetiva no cabe la justificación sobre la inasistencia del residente de Obra al no tratarse de una justificación basada en un caso fortuito o de fuerza mayor.
33. En tal sentido, INGECO afirma que dicho acto administrativo resolutivo ha incurrido en causal de nulidad al desconocer los alcances del artículo 165 del Reglamento de la LCE y las interpretaciones del Tribunal Constitucional, a pesar de que brindaron los medios probatorios que justificaban la inasistencia del Residente de obra en dichas fechas.

De la pretensión accesoria común

34. INGECO solicita se aplique la condena de costas y costos a la parte Demanda, una vez que se declare fundada la demanda, según lo establecido en el artículo 412° del Código Civil.

IV. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR LA ENTIDAD.

35. Con fecha 30 de mayo de 2015, el ENTIDAD ingresó un escrito en el que contesta la demanda interpuesta por la INGECO, de acuerdo a los términos que se detallan a continuación:

IV.1 Fundamentos de Hecho y de Derecho

36. Con fecha 17 de febrero de 2015 la ENTIDAD suscribe con INGECO el contrato de ejecución de obra N° 005-2015-GRLL-GRCO denominada “Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. Fe y Alegría N°36 distrito de La Esperanza, provincia de Trujillo- Región La Libertad”, que tenía un plazo de ejecución de 180 días calendario.

- 37. Que, en virtud de las controversias surgidas durante la ejecución del Contrato INGECO solicita en inicio del proceso arbitral demandando en base a las pretensiones detalladas en el numeral 7 del presente laudo.

Respecto de las modificaciones solicitadas al Expediente Técnico

- 38. La Entidad considera que existen diversas situaciones que pueden afectar la ejecución de la obra y la diversidad de la información técnica que debe observar el contratista durante la ejecución de sus prestaciones, con lo que el artículo 196 del Reglamento de la LCE establece un procedimiento para formular y absolver consultas que surjan durante la ejecución de la obra.
- 39. Al respecto, la ENTIDAD considera que se puede apreciar que el primer párrafo del artículo 196 del Reglamento señala que las consultas sobre las ocurrencias en la obra que se formulan en el cuaderno de obra y los párrafos segundo y tercero señalan los plazos que se tienen para resolverlas
- 40. En ese sentido, manifiesta que debe tenerse en consideración que las consultas formuladas el 11 de marzo de 2015 por INGECO en el asiento N° 11 del Cuaderno de Obra, referido a que el Expediente Técnico no contempla la construcción de las veredas en la edificación existente, la construcción de cobertura metálica o techos metálicos en el segundo piso (módulos A, B y C) y la demolición de ventanas existentes de concreto, no existiendo en dichos casos planos y especificaciones técnicas.
- 41. La ENTIDAD considera que las consultas antes mencionadas fueron absueltas el 11 de marzo de 2015 en el asiento N° 13 del Cuaderno de Obra, es decir, dentro del plazo establecido en el artículo 196 del Reglamento de la LCE:

- a) Respecto de la Construcción de veredas en zonas a intervenir de construcción existente, el detalle de la construcción de las mismas se encuentra en el plano D-06.
- b) Respecto de las estructuras y cobertura metálica en volado del segundo nivel de edificaciones existentes, los detalles de la misma se encuentran en el plano D-08.

- 42. No obstante, lo antes expuesto, afirma que ante la Carta N° 031-2015-INGECO SAC de fecha 25 de marzo de 2015, mediante la cual INGECO reitera y amplía sus consultas, ésta fue absuelta por el supervisor el 06 de abril de 2015 mediante el asiento N° 59 del Cuaderno de Obra, de acuerdo con expuesto en el Informe N° 027-2015-GRLL-GRI/SGED-LSYRO:

- a) Respecto de la Construcción de veredas, se indica que se cuenta con el plano de situación actual (S-1) donde se muestran las características de éstas (de piedra). También el plano de intervenciones (I-1) donde se indica en achurado las acciones de demolición de infraestructura existente (pavimento rígido) y la acción de construcción de vereda (ver propuesta). También en el plano D-6 detalle de pisos si bien en este plano se señala con achurado la edificación existente, los cortes F-F y

B-B que se presentan son de los pisos nuevos ya que estos cortes no presentan las características de lo existente (de piedra).

También se cuenta con la partida de veredas en el punto 03.04.03 Vereda de Concreto $f'c= 175\text{kg/cm}^2$ $e= 4$ (inc.uña) acabado frotachado (se refiere a la construcción de losas de concreto sobre una base granular convenientemente compactada en zonas indicadas en los planos).

b) respecto a la intervención en la construcción de la cobertura metálica en los segundos niveles de los edificios existentes tal como se indica en el plano de intervenciones, se reitera que si se cuanta con los planos de detalles constructivos y de acabados, ver plano D-08 y plano de Estructuras E-29.

c) Respecto a las ventanas a reponer en ambientes existentes, en el plano de intervenciones (I-01 e I-02) se describe la partida de demolición de ventanas de concreto y también la partida de instalación de ventanas de concreto y también la partida de instalación de fierro. También en el plano de planta general AG-1 y AG-2 como planteamiento final de la propuesta arquitectónica, se indican las partidas a ejecutar: colocación de ventanas de fierro y colocación de vidrios en ventanas. En las especificaciones técnicas en el punto 3.08 sobre carpintería metálica y herrería se describe la forma general" dentro de esta variedad reviste la mayor importancia la carpintería metálica, bajo cuyo nombre quedan incluidas las puertas, ventanas y estructuras similares que se ejecutan con perfiles especiales y planchas de acero, etc. También comprende la herrería o sea los elementos hechos con perfiles comunes de fierro como barras cuadradas y redondas, tees, ángulos, platinas, etc.". Por todo lo descrito, indica que la contratista deberá ceñirse a lo indicado en planos las mismas características de las ventanas de fierro existentes no intervenidas

43. En ese sentido, la ENTIDAD, conforme a lo anteriormente señalado, afirma que no existen deficiencias en el expediente técnico de la obra en mención que impidan al contratista ejecutar las partidas concernientes a las veredas de concreto y cobertura metálica, por lo que en este sentido debe desestimarse la Primera Pretensión Principal y, en consecuencia, la Primera Pretensión Accesoría Alternativa y la Segunda Pretensión Accesoría Alternativa.

Respecto de la Primera Pretensión Subordinada y de la Segunda Pretensión Subordinada relacionadas con la aplicación de las Solicitudes de Ampliaciones de Plazo N°01 y N° 2 formuladas por INGECO y la Resolución Gerencial N° 114-2015-GRCO

44. La ENTIDAD manifiesta que, en presente caso, sobre la penalidad impuesta a INGECO son aplicable lo establecido en el inciso 41.6 del artículo 41 de la LCE, que refiere a las ampliaciones de plazo que pudo solicitar INGECO son aquellas referidas a paralizaciones y atrasos ajenos a su voluntad que debían estar debidamente comprobados en tanto modifican el



cronograma contractual; y el artículo 200 del Reglamento de la LCE que establece las causales para modificar la ruta crítica del cronograma de ejecución de obra ante situaciones ajenas a la voluntad del contratista.

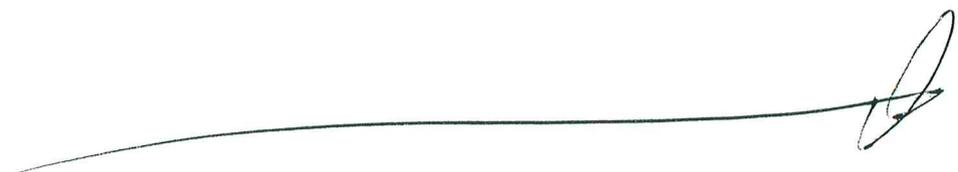
- 45. En ese sentido, afirma que si bien se puede apreciar de la normativa que INGECO tenía derecho a solicitar la ampliación del plazo de ejecución de obra cuando se produjeran situaciones ajenas a su voluntad que afectan la ruta crítica del contrato y que las causales previstas en el artículo 200 del Reglamento recogen supuestos de atrasos y/o paralizaciones que determinan el incumplimiento del plazo, éste también presupone que INGECO debió observar el deber de diligencia contractual.
- 46. Sobre la diligencia contractual la ENTIDAD refiere que, según lo señalado por Messineo ésta diligencia no es otra que la diligencia ordinaria que se encuentra recogida en el artículo 1314º de Código Civil. Al respecto, para entender la diligencia ordinaria toma en consideración lo señalado por Ferrero Costa.
- 47. Al respecto, señala que INGECO al solicitar la AMPLIACION DE PLAZO N° 01 consideró como causal que motivó su pedido la modificación del Expediente Técnico y la disconformidad que planteo en el asiento 73 del Cuaderno de Obra, considerándolas como atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles a INGECO, según la causal contenida en el numeral 1 del artículo 200 de la LCE.
- 48. No obstante, lo expuesto, la ENTIDAD considera que debe tenerse en cuenta que no se acreditó a la fecha de formulación de la solicitud de ampliación de plazo que haya existido demora en la absolución de consultas formuladas por INGECO y menos aún que se haya afectado la ruta crítica de del programa de ejecución de avance de obra y el diagrama PERT CPM vigente a la fecha de la consulta y solicitud, por lo que la solicitud de ampliación de plazo N°1 no cumple con el presupuesto establecido en el último párrafo del artículo 196 del Reglamento de la LCE ni con los artículos 200 y 201 de la LCE.
- 49. Así, para la ENTIDAD las circunstancias antes expuestas evidencian que la demora en la ejecución de las partidas correspondientes a las veredas de concreto y cobertura metálica serían imputables a INGECO toda vez que no observó el "deber de diligencia contractual" o actuó con "*diligencia ordinaria*", pese a que las consultas fueron absueltas oportunamente.
- 50. Ahora bien, con respecto a la solicitud de ampliación de Plazo Parcial N° 2 realizada por INGECO, la ENTIDAD considera que la misma no cumple con precisar cuál es el periodo de inicio de la causal que sustenta la solicitud, circunstancia que contraviene lo dispuesto en el artículo 201 del Reglamento de la LCE, motivo por el cual se ha declarado improcedente dicha solicitud.
- 51. Asimismo, la ENTIDAD precisa que la DEMANDANTE en la solicitud de Ampliación Plazo N° 2, solicitó que se le otorgue una ampliación de plazo indefinida, lo que contraviene el artículo antes mencionado y de la cual

se infiere que está prohibido conceder una ampliación de plazo indefinida por parte de la ENTIDAD por el hecho de que la causal no tenga fecha prevista de conclusión.

52. Para la ENTIDAD los argumentos expuestos del numeral 4.17 al numeral 4.23 sirven también de sustento para desestimar la Primera Pretensión Accesorio Alternativa, en tanto resulta imprescindible para conceder la ampliación solicitada, determinar la duración de la causal y, por ende, cuantificar el tiempo por el cual debe ser ampliado el plazo contractual, circunstancias que no acontecen en el presente caso.
53. En ese sentido, considera que la Resolución Gerencial N° 104-2015-GRC y Resolución Gerencial N° 114-2015-GRCO que deniegan a INGECO las solicitudes de ampliación de plazo N° 1 y N° 2 no adolecen de ningún vicio de nulidad, según los artículos 1, 3, 6, 9, 10 y 14 de la Ley Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, referidos al acto administrativo. Por lo que manifiesta que las resoluciones antes mencionadas han sido expedidas por el órgano competente, Gerencia Regional de Contrataciones, de acuerdo con el Manual y el Reglamento de Organización y Funciones del Gobierno Regional La Libertad.
54. Las resoluciones, señala, se encuentran debidamente fundamentadas y no persiguen alguna finalidad personal y cumplen con el procedimiento establecido en el artículo 176 de la LCE. En cuanto a la Resolución Gerencial N° 104-2015-GRC y Resolución Gerencial N° 114-2015-GRCO no adolecen de vicios que causen una nulidad de pleno derecho, es decir: a) no han sido expedidos en contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas; b) no tiene ningún defecto u omisión de alguno de sus requisitos de validez, c) menos aún es constitutivo de infracción penal, o se han dictado como consecuencia de la misma; por lo que en ese sentido y estando a lo antes expuesto resulta ser totalmente válido afirmar que no existe vicio de nulidad alguno que justifique, por lo que debe desestimarse las la Segunda, Tercera y Sexta Pretensión demanda por la contratista.

Respecto de la Reducción de Meta N° 01, efectuada por el Gobierno Regional La Libertad

55. El artículo 40 del Reglamento de la LCE recoge los tres sistemas a través de los cuales las Entidades pueden contratar la ejecución de una obra; asimismo, el numeral 1) del artículo 40 del Reglamento establece que la obra a suma alzada podrá ser contratada cuando es posible determinar la magnitud, calidad y cantidad de la obra, debiendo establecerse esa información en los planos y especificaciones técnicas que son parte del Expediente Técnico.
56. Sobre el particular, el primer párrafo del artículo 41 de la LCE establece una excepción por la cual la Entidad puede pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el 25% de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad



del contrato, así mismo, puede reducir bienes, servicios u obras por el mismo porcentaje. El artículo 174 del Reglamento también lo precisa.

57. Como se desprende de los artículos antes citados, la normativa de contrataciones con el Estado ha establecido que de manera excepcional y previa sustentación por el área usuaria, el titular de la Entidad mediante una resolución puede disponer la reducción de prestaciones hasta por el límite del 25% del monto del contrato original, siempre que ello sea indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.
58. En relación a ello, es importante precisar para la ENTIDAD que la potestad de aprobar la reducción de prestaciones le ha sido conferida en su calidad de reconocimiento de su calidad de garante del interés público en los contratos que celebra a efectos de abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
59. De esta manera considera que por el rol de representante del interés público general que cumple la Administración Pública puede aprobar la reducción de prestaciones hasta por el límite del 25 % del monto del contrato original, sin que ello implique el reconocimiento de una indemnización a favor del contratista por las consecuencias económicas que se deriven de dicha reducción.
60. En ese sentido, decidió a efectos de garantizar el interés general que cumple la Administración Pública, que dispuso Resolución Ejecutiva Regional N° 1059-2015-GRLL/GOB que resuelve aprobar la Reducción de la Meta N° 01 en el Contrato suscrito con INGECO.
61. Según la ENTIDAD, pretender que se cancele al contratista la suma de S/. 34,128.05 por prestaciones no ejecutadas implicaría transgredir el Principio de Proscripción del Abuso del Derecho, incorporado en el artículo 103 de la Constitución y el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, en virtud de los cuales se ha establecido que la ley no ampara el ejercicio abusivo de un derecho.
62. Al respecto, desarrollar dicho tema a partir de lo señalado por Juan Espinoza Espinoza sobre el abuso del derecho y lo establecido por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI en la Resolución N° 104-96-TDC que estableció notas características del abuso del derecho.
63. Sobre ello, considera que ha quedado debidamente demostrado que en el presente caso se han configurado los presupuesto recogidos en la Resolución del INDECOPI, toda vez que INGECO pretende valerse de un derecho formalmente reconocido en el artículo 40 de la LCE para solicitar en esta vía el pago de la suma de S/. 34,128.05, sin que en los hechos haya ejecutado, desvirtuando manifiestamente los fines económicos y sociales por los que el ordenamiento reconoció el derecho invocado por el DEMANDANTE. Por lo que, en ese sentido, considera que la Segunda Pretensión Principal demandada por INGECO debe ser desestimada por el Tribunal Arbitral.



Respecto de la Nulidad de la Penalidad Contractual contenida en la Carta N° 196-2015-GRLL-GGR-GRCO de fecha 29 de setiembre de 2015

64. Según lo dispuesto por la Cláusula Décima Cuarta del Contrato se establece que se aplicaran entre otras la penalidad por la falta de permanencia del Personal propuesto en la obra.
65. La ENTIDAD manifiesta que las razones expuesta por INGECO no se adecúan a ninguno de los supuestos eximente de responsabilidad; es decir, no se trata de un caso fortuito o de fuerza mayor, toda vez que no son hechos irresistibles, extraordinarios y mucho menos imprevisibles, toda vez que en el contrato se estipuló que INGECO debería contar dentro de su grupo de profesionales con un Ing. Mecánico o mecánico electricista como parte de su plantel de obra, de tal manera que las labores que según el Residente de Obra tenía que realizar en la ciudad de Lima podrían haber sido realizadas por dicho ingeniero.
66. Por otro lado y sin que ello implique que estamos reconociendo que estas eran funciones propias del Residente de obra, debe precisarse que no se ha acreditado fehacientemente que los días 03 y 04 de junio de 2015 haya realizado la visita programada en las Fábricas Menautt Electric S.A.C y Medium Voltage S.A.C, encargadas del suministro del 01 Transformador Trifásico encapsulado en resina epóxica del 160 KV y de Transformador de medición Mixto y 01 Sub Estación de uso interior de 12KVA, por lo que en este sentido dicha pretensión debe ser desestimada.
67. Tiene en consideración que INGECO no adolece de argumentos válidos para someter la controversia a arbitraje, por lo que en virtud del artículo 73 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N°1071, solicita que los costos del arbitraje sean asumidos por INGECO.
68. Que, en ese sentido, teniendo en consideración todos los argumentos antes expuestos solicita que la demanda interpuesta por INGECO sea declarada infundada en todos sus extremos.

IV.2 Fundamentos de Derecho

69. El DEMANDADO ampara sus fundamentos en lo dispuesto en la Constitución, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como en los dispositivos del Código Civil que resulten aplicables.
70. Mediante Resolución N° 4 el Tribunal Arbitral dispuso tener por presentada la contestación de demanda y posteriormente, citar a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertido el día 01 de julio de 2016.



V. DEL PROCESO ARBITRAL

V.1 Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y admisión de Medios Probatorios.

- 71. Conforme a lo programado, con fecha 01 de julio de 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y admisión de Medios Probatorios, con la asistencia del representante de INGECO, y el Procurador Público en representación de la ENTIDAD.
- 72. De otro lado, no habiéndose podido llevar adelante una conciliación sobre los temas en disputa, el Tribunal Arbitral, con la anuencia de las partes, estableció los siguientes puntos controvertidos:

Primer Punto Controvertido

Determinar si corresponde modificar el Expediente Técnico del Contrato de Ejecución de la obra bajo la modalidad de SUMA ALZADA: Mejoramiento del Servicio Educativo Fe y Alegría N° 36 distrito de La Esperanza, provincia de Trujillo- Región La Libertad, por la existencia de defectos sustanciales en la construcción de *Veredas de la Infraestructura y la cobertura metálica del segundo piso de los Edificios existentes (Módulos A, B y C)*

Segundo Punto Controvertido

Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución Gerencial N° 104-2015-GRCO de fecha 05 de octubre de 2015 por la cual se deniega la Ampliación de Plazo Parcial con causal abierta N°1

Tercer Punto Controvertido

Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución Gerencial N° 114-2015-GRCO de fecha 09 de octubre de 2015 por la cual se deniega la Ampliación de Plazo Parcial N° 02

Cuarto Punto Controvertido

Determinar si corresponde incorporar en el Expediente Técnico de los Planos de Desarrollo de la propuesta y el plano de detalles, así como las especificaciones técnicas e incorporar las partidas en el presupuesto contractual

Quinto Punto Controvertido

Determinar si corresponde excluir en el Expediente Técnico las veredas de concreto y la cobertura metálica del segundo piso de los Edificios existentes (Módulos A, B y C), específicamente en los Planos I-01, D-06, I-02, D-08. y AG-03, concordándola con el presupuesto contractual

Sexto Punto Controvertido

Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional N° 1059-2015-GRLL/GOB de fecha 28 de mayo de 2015 con la cual se ha aprobado la REDUCCION DE META N° 01 ascendente a la suma de S/. 34,128.05.

Séptimo Punto Controvertido

Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Penalidad Contractual contenida en la Carta N° 196-2015-GRLL-GGR-GRCO de fecha 29 de setiembre de 201, denegada mediante la Carta N° 209-2015-GRLL-GGR-GRCO de fecha 20 de octubre de 2015

Octavo Punto Controvertido

Determinar si corresponde asumir el pago de las costas y costos del proceso arbitral, que incluye el reembolso del pago de los HONORARIOS del Tribunal Arbitral y de la Secretaria Arbitral

73. Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los siguientes medios probatorios, de conformidad con lo dispuesto en el acta de instalación:

Del DEMANDANTE

Se admitieron los documentos ofrecidos en el numeral 01 del acápite "VII. MEDIOS PROBATORIOS" del escrito "Demanda" de fecha 29 de abril de 2016; así como las exhibiciones ofrecidas en el numeral 02 del mismo acápite que debe realizar el Gobierno Regional La Libertad del Expediente Técnico y del Cuaderno de Obra de la obra o de los asientos 30, 59 y 73.

De la ENTIDAD

De la misma manera, se admitieron los medios probatorios ofrecidos en el acápite "III. Medios Probatorios" del escrito de contestación de demanda presentado el 30 de mayo de 2016.

De las pruebas de Oficio

De la misma manera el Tribunal Arbitral se reserva el derecho de disponer oportunamente de la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente; asimismo, se reserva la posibilidad de prescindibles de las pruebas no actuadas en caso el Tribunal las considere prescindibles o innecesarias, de acuerdo al artículo 43 de la ley de Arbitraje.

Acto seguido, el Tribunal Arbitral otorga un plazo de 15 días a la ENTIDAD a fin de que remita el Expediente Técnico de la Obra y los asientos 30,59 y 73 del Cuaderno de Obra en 04 juegos que serían presentados ante la Secretaria Arbitral.

74. Mediante Resolución N° 8 el Tribunal Arbitral dispuso citar a las partes a la Audiencia de Pruebas para el día 19 de setiembre de 2016.

V.2 Audiencia de Pruebas y presentación de alegatos escritos

75. Conforme a lo programado, con fecha 19 de setiembre 2016 a las once (11) horas se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas con la asistencia del representante de INGECO; y el Procurador Público en representación de la ENTIDAD, acompañado de otras personas acreditadas mediante escrito

Nº 04, notificado a las partes mediante Resolución Nº 8, con el propósito de llevar a cabo la Audiencia de Actuación de Pruebas.

76. Seguidamente, el Presidente del Tribunal dio inicio a la audiencia de pruebas; en ese sentido, la parte demandante y la parte demandada procedieron a actuar los medios probatorios que fueron admitidos en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 01 de julio 2016.
77. En este acto el Tribunal otorgó el plazo de 05 días hábiles a las partes para que presenten sus alegatos escritos, concluyendo la audiencia con normalidad.
78. Con fecha 27 de septiembre de 2016, ambas partes presentaron sus alegatos, declarando cumpliendo con el mandato dispuesto mediante el Acta de Audiencia de Pruebas.

CONSIDERANDO:

VI. CUESTIONES PRELIMINARES

79. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:
 - (i) Que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes;
 - (ii) Que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación;
 - (iii) Que INGECO presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto;
 - (iv) Que el GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD fue debidamente emplazado con la demanda, contestó ésta y ejerció plenamente su derecho de defensa;
 - (v) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; y,
 - (vi) Que, el Tribunal Arbitral está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.
80. De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han 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.
81. Asimismo, se deja constancia que el Tribunal Arbitral, conforme lo ha establecido la Constitución Política del Estado Peruano y ha sido reiterado

por uniformes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, ejerce función jurisdiccional y, como tal, sus decisiones no se encuentran supeditadas ni subordinadas a ningún tipo de autoridad administrativa.

VII. NORMA APLICABLE

82. Desde el punto de vista sustantivo, atendiendo a la fecha de convocatoria y suscripción del contrato materia de análisis, que corresponde al Contrato N° 005-2015-GRLL-GRCO suscrito como consecuencia de la Licitación Pública N° 008-2014-GRLL-GRCO para la contratación de la ejecución de la obra: "Mejoramiento del Servicio Educativo Fe y Alegría N° 36 distrito de La Esperanza, provincia de Trujillo- Región La Libertad"; la norma aplicable es el Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado, modificado por Ley N° 29873 y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, que rigen para todos los contratos derivados de procesos de selección convocados después del 20 de septiembre de 2012.

Ello teniendo en cuenta que el proceso de la Licitación Pública N° 008-2014-GRLL-GRCO, fue convocada el 19 de diciembre de 2014.

VIII. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

83. Como puede apreciarse de los puntos controvertidos consolidados, estos pueden agruparse en los siguientes rubros: i) Pretensiones relativas a la modificación del expediente técnico por vicios sustanciales (Primer, Cuarto y Quinto Puntos Controvertidos); ii) Pretensiones relativas a la nulidad de las ampliaciones de plazo (Segundo y Tercer Puntos Controvertidos); iii) Pretensiones relativas a la nulidad de la reducción Meta N° 01 (Sexto Punto Controvertido); iv) Pretensión relativa a la nulidad de la penalidad aplicada por incumplimiento de obligación (Séptimo Punto Controvertido); v) costos y costas procesales (Octavo Punto Controvertido).
84. Cabe precisar que la clasificación arriba descrita tiene únicamente efectos metodológicos, pudiendo analizarse en el orden que se estime pertinente para la mejor comprensión de los fundamentos expuestos por las partes y del razonamiento y análisis del Árbitro Único.

XIII.1. Aspectos generales de la materia a analizar

85. Podemos definir, de modo general y amplio que, desde el punto de vista subjetivo, el régimen de contrataciones pública regido por la Ley de Contrataciones del Estado² comprende la totalidad de entidades públicas, incluidas las empresas estatales y dentro de ellas las empresas mixtas en las que se mantenga el control público de sus decisiones, así

¹ <http://zonasegura.seace.gob.pe/mon/docs/procesos/2012/000048/209765765rad18B43.PDF>

² En adelante la LCE.

como los diversos fondos, sociedades de beneficencia y juntas de participación social. Ello involucra una posición totalizadora del Legislador, que ha optado por eliminar cualquier posible resquicio respecto al ámbito de aplicación de dicho régimen, de modo tal que en los hechos no existe administración alguna, que pueda sostener per se su exclusión del régimen de contrataciones del Estado³.

- 86. Como contraparte del ámbito subjetivo de aplicación del régimen de la LCE, tenemos a su vez, su ámbito objetivo, es decir el conjunto de contrataciones que se encuentran dentro de sus alcances, puesto que si bien todas las entidades públicas (o simplemente entidades como las llama la LCE) están sujetas a su ámbito, ello no implica que todos los contratos que suscriban sigan igual suerte. Todo depende, en estricto, de la materia contractual involucrada.
- 87. Esto quiere decir, que en principio toda contratación efectuada por una institución considerada estatal con cargo a recursos, debería hacerse bajo un régimen y procedimiento especial, que se denomina en el Perú como Régimen de Contratación Estatal, actualmente regido por el Decreto Legislativo N° 1017 (En adelante la LCE) y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (En adelante el RCE) y sus normas modificatorias y complementarias.
- 88. El sustento constitucional para dicha obligación, es el artículo 76° de la Constitución Política del Estado, en cuanto establece que "Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes", agregando la parte final de dicha disposición que corresponde a la ley establecer el procedimiento ,las excepciones y las respectivas responsabilidades⁴.

³ Este hecho en su momento constituyó un cambio dramático en el modo de afrontar las contrataciones y adquisiciones del Estado, puesto que con anterioridad a la Ley N° 26850 del 27 de julio de 1997, que aprobó el texto original de la actual Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, existía en el Perú un régimen disperso y desconcentrado, en el que existía normativa distinta para los casos de obras, consultorías de obras, servicios y bienes, siendo que dentro de estos últimos supuestos resultaba paradigmático el caso de las empresas estatales, las que estaban sometidas a sus propias disposiciones internas, que no siempre resultaban igualmente accesibles, de facto, entre los potenciales proveedores del mercado en su conjunto. Es justamente en el ámbito de las empresas estatales donde se da aún la mayor tensión entre las disposiciones aplicables a todas las entidades estatales y las propias necesidades de un mercado en competencia, tal como ocurrió que con el caso de Petróleos del Perú S.A. – PETROPERU S.A., que obtuvo un régimen privativo especial para seleccionar al postor merecedor de la Buena Pro, pero siempre engarzado en las normas generales del régimen común, al igual que las Cajas Municipales a partir del ejercicio presupuestal 2010.

⁴ Al respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional en el acápite 12 de los Fundamentos de la sentencia recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC⁴, que al referirse al objeto del artículo 76° de la Constitución Política, relativo a la constitucionalidad de dicho régimen, sostiene que: "La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados (...)" (El subrayado es nuestro).

Handwritten marks on the left margin, including a large stylized 'A' and other scribbles.

A long, horizontal handwritten line with a decorative flourish at the end, spanning across the bottom of the page.

El contrato en general

89. En esa línea, en la relación contractual existen un conjunto de obligaciones que rigen tanto para la parte privada o contratista, como también para la parte estatal. Manuel de la Puente y Lavalle⁵ expresa sobre el particular que la obligatoriedad del contrato es la fuerza que obliga a tal cumplimiento, siendo que, el contrato como categoría general es obligatorio sea un contrato de derecho privado o público, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo: *"un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derechos (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él"*.
90. En general, incluyendo el caso de los contratos en los que participa como parte el Estado (para adquirir o contratar según el caso un bien, un servicio o la ejecución de una obra), estos tienen como característica ser uno de prestaciones recíprocas, es decir un contrato en el cual las partes que lo celebran son deudoras y acreedoras la una de la otra, con independencia de la cantidad de prestaciones a las que cada una de ellas se obliga frente a la otra, es decir, son aquellos en los que los beneficios o ventajas que las partes pretenden lograr a través de la celebración y ejecución del contrato son recíprocos.
91. Sobre el particular De la Puente y Lavalle⁶ señala que "Basta que los contratantes acuerden, mediante el consentimiento, que existen obligaciones vinculadas entre sí por ese mismo consentimiento, para que en virtud de la fuerza obligatoria que la ley concede al contrato, la obligación de un contratante sea correlativa a la obligación del otro y corran paralelas durante toda la vida del contrato, de tal manera que si una de ellas deja de cumplirse se pierde ese paralelismo, o al menos hay peligro de que se pierda, por lo cual el remedio es el dejar la otra parte de estar obligada por su obligación correlativa, con lo cual se recupera el equilibrio perdido".

En estos contratos se genera un nexo especial que la doctrina denomina "correspondencia o reciprocidad" y que consiste en la interdependencia entre las partes, por lo que en tal sentido cada una no está obligada por sus propias prestaciones sino porque la otra parte, debe otras prestaciones. En conclusión, la o las prestaciones a cargo de una de las partes constituyen el presupuesto indeclinable de la o las prestaciones de la otra.

⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Vol. XI, Primera Parte, Tomo I, Lima, 1991, pág. 360

⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. **Estudios del contrato privado**. Cultural Cuzco S.A. editores, Lima 1983. Tomo I. Pág. 477.



La reciprocidad, encuentra su fundamento en una correlación de prestaciones, como señalan Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón⁷, "Los deberes de prestación se encuentran entre sí ligados por un nexo de interdependencia, puesto que cada parte acepta el sacrificio que para ella supone realizar la prestación que le incumbe, con la finalidad de lograr como resultado la prestación que la otra parte debe realizar.", esta es pues la característica que tipifica a los contratos con prestaciones recíprocas, como el CONTRATO que nos ocupa.

Al respecto, resulta válida la descripción efectuada por Hedemann de lo que significa para cada una de las partes contratantes su posición jurídica, y que ha sido expresada en la siguiente frase: "yo estoy obligado frente a ti, al igual que tú lo estás frente a mí, no con carácter retorsivo, sino como una manifestación de un acuerdo integral"⁸.

92. Adicionalmente a las características de los contratos, en los casos en los que una de las partes sea la Administración, deberán tenerse en cuenta las disposiciones contenidas en el régimen de contratación estatal, es decir principalmente en la Ley y su Reglamento. En estos casos, las disposiciones civiles serán únicamente supletorias en defecto de la norma de contratación pública u otras normas de Derecho Público, debiendo primar la normativa específica, tal como se detallará en el acápite siguiente.

El Contrato Administrativo en especial y las controversias del presente caso

93. En el caso de los contratos en los que sea parte una entidad estatal y que se celebren para adquirir un bien, contratar un servicio o la ejecución de una obra, existen disposiciones especiales que le dan un carácter especial, tanto desde el punto de vista formal (necesidad de forma escrita), como sustancial (cláusulas obligatorias y prerrogativas especiales) que en estricto desigulan a las partes y constituyen, en los hechos, una suerte de contrato de adhesión en el cual el marco de negociación de las partes es limitado, dentro de los propios lineamientos establecidos en la respectiva normativa, las Bases del procesos y en los márgenes dentro de los cuales se puede tener por válida una propuesta y por subsistente un contrato.

94. Así, el artículo 142º del Reglamento vigente, establece que:

"El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.

El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III

⁷ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. Editorial Tecnos, Madrid. Volumen II. Pág.162-163.

⁸ Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. Pág. 476.

de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado".

95. En este esquema, no puede negarse que existe una preeminencia de la parte estatal, que establece las condiciones de la convocatoria, los requerimientos técnicos mínimos y las propias Bases integradas a las que debe someterse todo postor que desee optar por la Buena Pro del proceso de selección convocado. No obstante, aún bajo dicho marco desigual, existen garantías o normas mínimas de protección para la parte privada, como lo vienen a ser los silencios positivos, la solución vía arbitral de las potenciales controversias entre las partes y, la propia presunción de licitud de los actos de la Administración, de modo tal que emitidos estos, el Contratista pueda tener la relativa certeza de su validez y permanencia en el tiempo.
96. Debe tenerse en cuenta que, en estos casos, la vinculación de la entidad con el otro, así como la relación de derechos y deberes que nacen como consecuencia de ello, no nacen de un acto unilateral, sea este un acto administrativo o un acto reglamentario, sino por el contrario, de un acto bilateral, en el que existe una conjunción de voluntades entre la entidad susceptible de ser considerada administración pública y su contraparte privada, pero delimitando dicha voluntad común a un conjunto de prerrogativas de la Administración y garantías que se otorga a quienes actúan como su contraparte contractual.
97. Por los primeros, la entidad sigue actuando con prerrogativas unilaterales bajo condiciones preestablecidas – tal y como ocurre con la aprobación de adicionales, con la nulidad administrativa del contrato o la aprobación de reducciones, mientras que por los segundos se establece como contraparte, un mínimo establecido por el Estado como aceptable, para un adecuado funcionamiento del mercado en el que participa como contraparte contractual – tal y como ocurre con la cláusula arbitral para la solución de controversias y la aprobación de sus solicitudes en los casos en los cuales la LCE o el Reglamento le da valor afirmativo al silencio que se genere en el contrato, como ya se ha mencionado.
98. En este sentido, tales cláusulas tienen una doble función: por un lado, velar por el adecuado uso de los recursos públicos, pero por otro, otorgar la suficiente predictibilidad del contratista, que le permita conocer los alcances de sus obligaciones y prerrogativas.
99. Para el caso específico que nos ocupa, las controversias suscitadas, están referidas a la existencia o no de vicios en el expediente técnico de la obra, que ameriten su modificación, el impacto que tales vicios invocados generen en el plazo y demás condiciones del Contrato, así como la pertinencia de la reducción de metas dispuesta por la Entidad, así como sobre la posibilidad de aplicar penalidades al Contratista, en un total de ocho puntos controvertidos, que incluyen igualmente el pedido de determinación de las costas y costos procesales.
100. Para efectos únicamente metodológicos, además del segmento en el que



se analizará la mencionada materia de costos y costas procesales, se ha dividido la fundamentación del presente Laudo, en tres segmentos: i) Sobre la existencia de vicios sustanciales que ameriten la modificación del expediente técnico de obra y sus efectos; ii) Sobre la pertinencia o no de aplicar penalidades; iii) Sobre la pertinencia o no de declarar nula la reducción de metas del Contrato.

XIII.2. Sobre la existencia de vicios sustanciales que ameriten la modificación del Expediente Técnico de la Obra

101. En este segmento, se analizarán los siguientes tres puntos controvertidos:

Primer Punto Controvertido

Determinar si corresponde modificar el Expediente Técnico del Contrato de Ejecución de la obra bajo la modalidad de SUMA ALZADA: Mejoramiento del Servicio Educativo Fe y Alegría N° 36 distrito de La Esperanza, provincia de Trujillo- Región La Libertad, por la existencia de defectos sustanciales en la construcción de *Veredas de la Infraestructura y la cobertura metálica del segundo piso de los Edificios existentes (Módulos A, B y C)*

Cuarto Punto Controvertido

Determinar si corresponde incorporar en el Expediente Técnico de los Planos de Desarrollo de la propuesta y el plano de detalles, así como las especificaciones técnicas e incorporar las partidas en el presupuesto contractual

Quinto Punto Controvertido

Determinar si corresponde excluir en el Expediente Técnico las veredas de concreto y la cobertura metálica del segundo piso de los Edificios existentes (Módulos A, B y C), específicamente en los Planos I-01, D-06, I-02, D-08. y AG-03, concordándola con el presupuesto contractual

102. Las pretensiones planteadas, parten de la premisa de la existencia de vicios en la determinación de los trabajos a ser realizados, como parte de la obra contratada, específicamente respecto de los trabajos de construcción de veredas en el primer nivel, así como de la cobertura metálica del segundo piso de los Edificios existentes (Módulos A, B y C); que conllevarían, según la posición de la parte demandante, a la necesidad de modificar el expediente técnico, con el objeto de subsanar tales deficiencias.

103. Sobre el referido aspecto, INGECO ha señalado que, durante la ejecución de la obra, detectó una serie de deficiencias que, a su parecer, afectaban el expediente técnico tanto a nivel de los planos de ejecución, como respecto de las especificaciones técnicas y el presupuesto original de la obra. Estas deficiencias, al ser sustanciales constituyen, a su entender, un impedimento para la ejecución de los ítems: "veredas de concreto" y "cobertura metálica", por lo que corresponde su modificación dentro del expediente técnico y la declaración de nulidad del asiento N° 59 del

[Handwritten marks: a stylized 'S' or 'L' shape, followed by two 'A' shapes]

[Handwritten flourish or signature line]

cuaderno de obra que niega la existencia de los defectos sustanciales bajo comentario en respuesta a la consulta formulada por el DEMANDANTE.

104. El siguiente cuadro grafica las deficiencias a las que hace referencia el DEMANDANTE:

Cuadro descriptivo N° 01

Veredas de concreto	
<p>1) Discrepancia entre los planos I-01 (Plano de Intervenciones: primer piso) y D-06 (Detalle de pisos) – <u>Veredas de concreto</u></p>	<p>1.1) En el plano I-01 se indica "demolición de infraestructura existente (pavimento rígido) y construcción de vereda ("ver propuesta"), y en el recuadro de materiales se indica que los pisos son de piedra.</p> <p>1.2) En el plano D-06 se aprecia que, en el área de edificación existente se especifican cortes B-B y F-F que según sus detalles son veredas de concreto, según leyenda.</p> <p>1.3) No existe en todo el Expediente Técnico ninguna "propuesta", ni algún plano de desarrollo de dicha propuesta sobre niveles, dimensiones, juntas, bruñas, rampas y alineamientos de las veredas.</p> <p>1.4) No existen especificaciones técnicas en el expediente técnico para construir veredas del plano I-01, tampoco una partida en el presupuesto de obra, por lo que es imposible la ejecución de la "construcción de veredas" indicado en el plano I-01.</p>
Cobertura metálica	
<p>2) Discrepancia entre los planos I-02 (Plano de intervenciones: segundo piso) y AG-03 (Planteamiento general: techos) – <u>Cobertura metálica</u></p>	<p>2.1) El plano AG-03 no remite a ningún detalle</p> <p>2.2) El plano D-08 no concuerda con el plano I-02, en tanto este último especifica una proyección corta de techo y un achurado simple con materiales de cemento pulido, ladrillo y caravista (según cuadro de materiales).</p> <p>2.3) El plano D-08 no concuerda con el plano AG-03, en tanto este último</p>

	<p>indica un achurado doble con material de techo ligero: plancha aluminizada E=27 mm pre pintada con epóxico.</p> <p>2.4) Inexistencia de las especificaciones técnicas en el expediente técnico y las partidas en el presupuesto contractual, imprescindibles para la ejecución de la cubierta metálica del segundo piso de los módulos existentes.</p>
--	---

105. Por su parte, la ENTIDAD niega los defectos del expediente técnico alegados, remitiéndose a la absolución a las consultas formuladas por INGECO con fechas 11 y 25 de marzo de 2015, conforme consta en los asientos N° 13 y 59 del Cuaderno de Obra y cuyo detalle se puede apreciar a continuación.

Cuadro descriptivo N° 02

Absolución de consultas mediante Asiento N° 13	
ÍTEM	Absolución
1) Construcción de veredas	El detalle de la construcción se encuentra en el plano D-06
2) Estructuras y Cobertura metálica (Volado del segundo nivel de edificaciones)	Los detalles se encuentran en el Plano D-08
Absolución de consultas mediante Asiento N° 59	
ÍTEM	Absolución
1) Construcción de veredas	<p>Se cuenta con lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) El plano situación actual (S-1) donde se muestran sus características (piedra) b) El plano de intervenciones (I-1) donde se indica en achurado las acciones de demolición de infraestructura existente (pavimento rígido) y la acción de construcción de vereda (ver propuesta). c) El plano detalle de pisos D-06, en el cual si bien se señala con achurado la edificación existente, los cortes F-F y B-B que se presentan son de los pisos nuevos, en tanto estos cortes no presentan las características de lo existente (de piedra).

Handwritten marks on the left margin, including a large 'A' and other scribbles.

Handwritten signature or mark at the bottom right of the page.

	<p>d) Partida de vereda en el punto 03.04.03 Vereda de Concreto $f'c=175\text{kg/cm}^2$ $e=4"$ (Inc.uña) acabado frotachado: construcción de losas de concreto sobre una base convenientemente compacta, en las zonas indicadas en los planos.</p>
<p>Cobertura metálica en los segundos niveles de los edificios existentes</p>	<p>Se reitera que se cuenta con los planos de detalles constructivos y acabados. Ver planos D-08 y Plano de Estructura E-29.</p>
<p>Sobre ventanas a reponer en ambientes existentes</p>	<p>a) En el plano de intervenciones (I-01 y I-02) se describe la partida de demolición de ventanas de concreto y la partida de instalación de ventanas de fierro.</p> <p>b) En el plano de Planta general AG-1 y AG-2 como planteamiento final de la propuesta arquitectónica, se indican las partidas a ejecutar: colocación de ventanas de fierro y colocación de vidrios de ventana.</p> <p>c) En el punto 3.08 de las especificaciones técnicas sobre carpintería metálica y herrería se describe la forma general (revistiendo mayor importancia la carpintería metálica, bajo cuyo nombre quedan incluidas las puertas, ventanas y estructuras similares que se ejecutan con perfiles especiales y planchas de acero, etc.)</p>

106. Conforme lo expuesto, una pregunta necesaria que debemos hacer en este punto es determinar si corresponde al Tribunal Arbitral, modificar el Expediente Técnico de la Obra o si, en su defecto, le corresponder incorporar planos o especificaciones a dicho documento.
107. Preguntémosnos para ello ¿Qué es el expediente técnico de obra?: La respuesta nos la da el numeral 24 del anexo de definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones aplicable, que a la letra establece lo siguiente:

"24. Expediente Técnico de Obra:

El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance de

obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios".

108. Dicho de otro modo, el Expediente Técnico es el documento que comprende todos los trabajos que deben realizarse para que la obra diseñada pase a ser una realidad. En esa línea, debe describir, graficar y costear todos los trabajos que resulten necesarios para su implementación en campo. Para el caso de las obras estatales, es de propiedad de la Entidad, la que lo pone a disposición de un ejecutor como consecuencia directa del contrato que celebra con dicha parte para la concreción de la obra pública.
109. Por su parte, la Opinión N° 014-2015/DTN de la Dirección Técnica Normativa del OSCE, establece en su parte considerativa, al referirse al expediente técnico defectuoso, lo siguiente:

*"De otro lado, debe reiterarse que, de conformidad con lo señalado al absolver las consulta 2.1, **una deficiencia del expediente técnico puede presentarse** cuando los documentos que lo componen no cumplen con definir adecuadamente las características, alcance y la forma de ejecución de la obra, así como tampoco describen adecuadamente las condiciones del terreno.*

En otras palabras, puede presentarse una deficiencia del expediente técnico cuando se presenta información que no es suficiente, coherente o técnicamente correcta para determinar el alcance de la obra que se debe ejecutar".

Entonces, para efectos del presente análisis entenderemos por deficiencia del Expediente Técnico a aquel defecto de la documentación que lo compone que implica una falta definición de las características, alcances y formas de la ejecución de la obra y/o el terreno.

110. Ahora bien, tratándose de un documento estrictamente técnico, ¿Puede ser modificado por el Tribunal Arbitral como parte de un proceso arbitral?

Para responder este tema, cabe tener en cuenta que uno de las materias más estrechamente vinculada con la modificación de un expediente técnico, es la subsanación o corrección de vicios o defectos detectados en su texto o en los documentos que lo integran, así como los cambios que se produzcan como consecuencia de hechos o necesidades no previstas inicialmente. La parte competente para su solución, es la propia Entidad a través de la aprobación de adicionales de obra, tal como se aprecia del artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado:

Artículo 41. Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones
(...)

41.2. *Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato*

original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. (...)"

111. Es decir, cuando la modificación del Expediente Técnico implique la aprobación de un adicional, entendido como la ejecución de partidas no contempladas inicialmente en su texto, pero cuya ejecución resulte indispensable para el cumplimiento de los objetivos del Contrato; no estamos ante una decisión de derecho, sino ante una aprobación discrecional de quien ha contratado la ejecución de la obra, es decir la propia Entidad, que bajo su propia responsabilidad determinará si corresponde aprobar o no el incremento del monto contractual, para la ejecución de los mayores trabajos y, con ello, superar la deficiencia previamente detectada.

En esa línea, cabe tener en cuenta que no siendo arbitraje la decisión de la Entidad de aprobar o denegar un adicional, no corresponde igualmente arbitrar el documento mediante el cual dicho mayor trabajo se exterioriza, es decir, el expediente adicional de obra.

112. En el caso que nos ocupa no estamos, sin embargo, ante el reclamo de un adicional. Al menos de las pretensiones que son parte de la demanda, no se aprecia que el Contratista haya solicitado la ejecución presupuestos adicionales de obra, limitándose a sostener la necesidad de incorporar precisiones al expediente técnico de la obra, mediante actos positivos que plantea ante este Tribunal Arbitral dada que, a su entender, existe falta de definición en el contenido de las actividades relacionadas con el ítem "veredas de concreto" en el primer nivel del Centro Educativo intervenido, así como de "cobertura metálica" en el segundo.

¿Se encuentra facultado este Tribunal para sustituirse en el proyectista e incorporar o modificar documentos que no forman parte del expediente original, a fin de integrarlo a su texto?

113. Cabe precisar que, en este punto, el Contratista no ha solicitado la resolución de contrato, la indemnización o – desde el punto de vista técnico, la declaración de imposibilidad de ejecutar una partida o una pluralidad de ellas o, en general, la adopción de cualquier medida orientada a enfrentar la renuencia de su contraparte de resolver un

problema suscitado en torno al expediente técnico. Por el contrario, lo que solicita es la intervención del expediente técnico, para que este sea modificado como consecuencia del presente laudo arbitral.

114. Lo pretendido por la parte demandante, implicaría convertir al Tribunal Arbitral en proyectista, hecho que desborda la naturaleza de su labor, En esa línea, no le corresponde a este Colegiado aprobar planos de detalle o de desarrollo, ni modificar o excluir los existentes. El expediente es un documento técnico, elaborado por un proyectista y cuya modificación si bien es posible, involucra un conjunto de actores igualmente técnicos, que involucren al supervisor, el propio contratista, la Entidad o un proyectista – ya sea uno nuevo contratado para los efectos o el original.
115. Distinto hubiese sido el caso en el cual se hubiese solicitado al Tribunal Arbitral, declarar la existencia de deficiencias en el expediente técnico y, sobre dicha base, adoptar las medidas orientadas a declarar inaplicable o inejecutable una o más partidas de dicho documento.
116. Sin perjuicio, si le corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre los eventuales vicios, deficiencias o vacíos que pudiesen existir de modo específico, pero no para disponer su cambio directo, sino para ordenar a la Entidad que procesa a su precisión o implementación, con miras a cumplir con la finalidad del contrato.

En esa línea, cabe precisar que durante el proceso arbitral se efectuaron diversas actuaciones orientadas a dilucidar los aspectos que fueron invocados por la parte demandante como insuficientes, imprecisos o contradictorios, específicamente respecto de las partidas "veredas de concreto" y "cobertura metálica", incluida la revisión y sustentación de planos en audiencia pública, habiéndose advertido las siguientes conclusiones:

a) Sobre la posibilidad de ejecutar el ítem: "veredas de concreto" en el plano I-01

- INGECO sostiene que, de la información que obra en el expediente, incluidos los planos correspondientes, no se puede encontrar forma alguna que acredite, con exactitud el tipo de intervención y trabajo a ser efectuado sobre el patio preexistente, ni detalle alguno sobre los niveles, dimensiones, juntas, bruñas, rampas y alineamientos de las veredas, entre otros aspectos.
- Para dilucidar este punto, se ha tenido a la vista el expediente técnico en su parte pertinente, así como el sustento técnico de la actividad bajo análisis, así como la lectura conjunta y revisión de los planos efectuado de modo explícito de la Audiencia Pública del 19 de septiembre de los corrientes.

En esa línea, de todo lo actuado, se pudo advertir las indicaciones que establecían la necesidad de demoler las veredas de piedra

para su sustitución por veredas de concreto, así como el nivel de información en planos suficiente, para la ejecución del trabajo contratado.

- Conforme lo anterior, el Tribunal considera que la Entidad ha logrado desvirtuar la imputación efectuada por la parte demandante, sobre la falta de precisión o claridad del para la demolición y construcción de veredas en el plano I-01, por lo que no existe sustento para invocar la pretendida inejecutabilidad que se alega en este extremo.

b) Sobre la posibilidad de ejecución del Ítem: "cobertura metálica"

- Del mismo modo que en el caso anterior, en la audiencia del 19 de septiembre de 2016, se llevó a cabo con presencia de las partes, la revisión de los planos y el sustento de la posición de cada una de las partes, respecto de los alcances y detalle de las instrucciones contenida en ellos, para la ejecución de los trabajos correspondientes, específicamente teniendo en cuenta los Planos I-02, AG-03 y D-08, todo ello referido a la cobertura metálica que debía ubicarse sobre el pasillo de las aulas ubicadas en el segundo piso de la institución educativa intervenida por efecto de la obra.
- Sobre el primero de los puntos, el Tribunal ha tenido a la vista el expediente técnico de la Obra remitidos por las partes en formato digital y no ha encontrado las especificaciones técnicas necesarias que constituyan los parámetros mínimos para dar inicio, de manera eficiente e íntegra, a la cobertura metálica, aspecto que, por sí mismo, constituye una causal de defecto sustancial en el expediente técnico, en tanto amerita una adecuada modificación del mismo, para proceder a la construcción del ítem en cuestión.
- Asimismo, si bien es cierto que, durante la formulación de consultas, la ENTIDAD señaló que las especificaciones técnicas se encontraban en el plano D-08 y Plano de Estructura E-29, dicha afirmación no se ha podido corroborar en tanto de la revisión de los referidos planos no existe una descripción precisa del material o calidad a ser utilizado, no siendo por tanto posible su ejecución sin información adicional.
- Sobre la existencia de discrepancia entre los Planos I-02, AG-03 y D-08 alegada por la DEMANDANTE, se aprecia que el plano AG-03 no tiene una remisión precisa a especificaciones técnicas necesarias sobre la actividad de cobertura metálica, siendo que el caso del plano D-08 presenta detalles que deberían coincidir con los planos I-02 e AG-03 en tanto ambos se presentan respecto de la misma actividad, pese a lo cual existen aspectos específicos disímiles, como son proyección del techo, achurado y materiales.
- En todo caso, corresponderá en etapa de ejecución de Laudo Arbitral, que la Entidad cumpla con precisar el detalle específico,



con el que deberá contar la mencionada cobertura metálica o, en su defecto, excluir tal actividad de las obligaciones exigibles a su contraparte.

- En esta línea, tal deber explicado en el párrafo anterior, es el único punto sobre el cual corresponde declarar fundada la primera pretensión principal de la demanda, deviniendo en improcedente en todo lo demás que contiene. En cuanto a las demás pretensiones analizadas en este acápite, devienen en improcedentes, pues no es competencia del Tribunal Arbitral modificar de modo directo el expediente técnico de la obra, como ya se ha explicado.
- Cabe precisar que el período que tome la definición de las características de la mencionada cobertura metálica, aspecto que deberá efectuarse en ejecución de laudo, no será un tiempo imputable al contratista, al tratarse de una actividad ordenada por el mérito del presente Laudo Arbitral.

Así, debe recordarse que el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones aplicable al presente caso, exige dos condiciones necesarias para que aplique la penalidad por mora: Que exista un atraso y que dicho atraso sea injustificado. Si el atraso existe, pero es justificado por tratarse, como en el presente caso, de la ejecución de un mandato del Tribunal Arbitral a ser efectuado en etapa de ejecución de laudo, queda claro que no se puede efectuar penalización por el tiempo que por dicho mayor tiempo transcurra.

117. Conforme todo lo expuesto y sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo anterior, corresponde resolver los puntos bajo análisis del siguiente modo:

Declarar **FUNDADA en parte** la Primera Pretensión Principal de la demanda, que corresponde al Primer Punto Controvertido del presente caso arbitral únicamente en lo que respecta a las precisiones que corresponde efectuar a la Entidad en la partida "Cobertura metálica" a las que se refiere el literal b) del segundo párrafo del numeral 116 de la Fundamentación, debiendo, declararla como **IMPROCEDENTE** en todo lo demás que contiene.

Declarar **IMPROCEDENTE** la Primera Pretensión Alternativa de la demanda, que corresponde al Cuarto Punto Controvertido del presente caso arbitral, conforme a las consideraciones y precisiones establecidas en la parte considerativa.

Declarar **IMPROCEDENTE** la Segunda Pretensión Alternativa de la demanda, que corresponde al Cuarto Punto Controvertido del presente caso arbitral, conforme a las consideraciones y precisiones establecidas en la parte considerativa.

[Handwritten marks: a signature on the left margin and three large 'A' marks.]

[A long, sweeping handwritten signature or mark at the bottom of the page.]

XIII.3. Sobre las ampliaciones de plazo denegadas por la Entidad

118. En este extremo, se analizarán los siguientes dos puntos controvertidos, planteados como subordinados a la Primera Pretensión Principal de la demanda. Es decir, que su análisis corresponde únicamente en caso que se haya desestimado la Primera Pretensión Principal de la demanda, como efectivamente ha ocurrido:

Segundo Punto Controvertido

Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución Gerencial N° 104-2015-GRCO de fecha 05 de octubre de 2015 por la cual se deniega la Ampliación de Plazo Parcial con causal abierta N°1 (Primera

Tercer Punto Controvertido

Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución Gerencial N° 114-2015-GRCO de fecha 09 de octubre de 2015 por la cual se deniega la Ampliación de Plazo Parcial N° 02

119. Al respecto, los artículos 200 y 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado LCE, se refieren a las causales y procedimiento para el otorgamiento de ampliaciones de plazo en los contratos de obra. En cuanto a las causales que lo justifican, el primero de los artículos nombrados, refiere lo siguiente:

"Artículo 200.- Causales de ampliación de plazo

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

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

Como se puede observar del texto anterior, el contratista puede solicitar la ampliación de plazo siempre y cuando pruebe dos aspectos. El primero de ellos la existencia de cualquiera de las cuatro causales establecidas (Atrasos y paralizaciones por causas no atribuibles al contratista; Atrasos y paralizaciones por causas no atribuibles a la Entidad; caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado; y al aprobarse la prestación de



adicional de obra. El segundo elemento que se deberá probar es la afectación a la ruta crítica.

- 120. En el presente caso no se ha aprobado un adicional, ni se ha invocado la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor, por lo que queda dilucidar si las ampliaciones de plazo solicitadas por el Contratista se encuentran sustentadas en atrasos o paralizaciones no atribuibles a su parte o atribuibles a la Entidad.
- 121. En cuanto al procedimiento a ser observado para su trámite y aprobación, el artículo 201, establece el procedimiento para solicitar la ampliación de plazo, del siguiente modo:

“Artículo 201.- Procedimiento de ampliación de plazo

Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad resolverá sobre dicha ampliación y notificará su decisión al contratista en un plazo máximo de catorce (14) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.

Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo.

Cuando las ampliaciones se sustenten en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud de ampliación de plazo deberá tramitarse y ser resuelta independientemente, siempre que las causales diferentes no correspondan a un mismo periodo de tiempo sea este parcial o total.

En tanto se trate de causales que no tengan fecha prevista de conclusión, hecho que deberá ser debidamente acreditado y sustentado por el contratista de obra, la Entidad podrá otorgar

[Handwritten marks on the left margin, including a stylized 'A' and other scribbles.]

[A long, sweeping handwritten line or signature across the bottom of the page.]

*ampliaciones de plazo parciales, a fin de permitir que los contratistas valoricen los gastos generales por dicha ampliación parcial, para cuyo efecto se seguirá el procedimiento antes señalado.
(...)"*

122. En el caso que nos ocupa, las dos solicitudes de ampliación de plazo en controversia, han sido desestimadas por motivo de forma, al haberse alegado que no se cumplió adecuadamente con la obligación de anotación del hecho que motiva el pedido, así como la identificación de la fecha de inicio desde la cual debe computarse la causal. Asimismo, respecto de la ampliación de plazo N° 2, se cuestiona que haya sido solicitada de modo impreciso.
123. Para el análisis correspondiente, se tendrá en cuenta la información aportada por ambas partes durante el presente proceso arbitral, los hechos reconocidos por ambas durante su tramitación, así como la ya citada normativa aplicable a la materia, debiendo precisarse que la remisión u omisión de medios probatorios por las partes, corresponde a su exclusiva responsabilidad, no correspondiendo a este Colegiado asumir hechos o circunstancias que no haya sido expresamente acreditados por las partes.

a) Sobre la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 104-2015-GRCO que deniega la Ampliación de plazo N° 01 (180 días)

124. Con fecha 05 de octubre de 2016, mediante Resolución de Gerencia General N° 104-2015-GRCO la Entidad desestimó la solicitud de ampliación de plazo N° 1 formulada por INGECO por un total de ciento ochenta (180) días calendario con causal abierta.
Si bien ni el Contratista ni la Entidad, han remitido como parte de sus medios probatorios el escrito por el cual se solicitó dicha ampliación de plazo, de la documentación que obra en el expediente, incluida la mencionada resolución, así como los asientos 11, 28 y 73, se advierte que el pedido estaría motivado en la falta de respuesta oportuna, a la consulta efectuada por el residente de obra, respecto de las contradicciones, deficiencias o vacíos que, a su entender, habrían existido respecto de la ejecución de las partidas "Veredas" en el primer nivel y "Cobertura metálica", en el segundo.
125. De la propia resolución denegada, se advierte que la Entidad considera que INGECO no habría acreditado la existencia de demora en la absolución de consultas formuladas, tampoco ha sustentado la afectación a la ruta crítica respecto del programa de ejecución de avance de la obra objeto del Contrato y el Diagrama PERT CPM vigente a la fecha de la formulación de la consulta y de la solicitud de ampliación de plazo N° 01. En consecuencia, a entender de la ENTIDAD, no se cumple con lo dispuesto en los artículos 196, 200 y 201 del RLCE.

Igualmente, del texto de su contestación de la demanda, se añade que no existe vicio que amerite un nivel de gravedad o relevancia tal, que lleve a la nulidad del acto recurrido, esto es, la resolución de denegatoria de la Ampliación de Plazo N° 1.

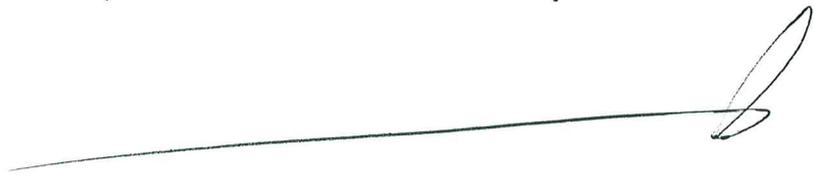
- 126. Sobre el tema, como ya se ha señalado, uno de los requisitos para la procedencia del pedido de ampliación de plazo en obra, viene a ser la anotación de la causal. Esta no tiene por qué expresar necesariamente que la circunstancia que se anota, generará dicha ampliación, bastando que el motivo – que posteriormente deberá estar encuadrado en uno de los cuatro supuestos a los que alude el artículo 200º del Reglamento.
- 127. Al respecto, la formulación de consultas por sí mismas, no genera el derecho a solicitar una ampliación de plazo, sino la demora en su respuesta o la respuesta insuficiente o defectuosa que determine una afectación de la ruta crítica del plazo de ejecución de obra. De la lectura del asiento 73, no se aprecia que se invoque la extemporaneidad de la respuesta, sino que esta haya sido efectuada por la Entidad y no por el proyectista, así como diferencias técnicas de fondo, respecto del contenido de la respuesta.
- 128. Dado que no se ha presentado la solicitud de ampliación de plazo propiamente dicha, no le resulta posible al Tribunal Arbitral analizar el texto o fundamento de la solicitud de ampliación formulada, como tampoco las acciones que eventualmente se habrían suscitado entre el 10 de abril de 2015 (fecha de la anotación o asiento 73) y septiembre de 2015, fecha en la cual se habría formulado el pedido de ampliación bajo análisis.

Por los mismos motivos, no se tiene información sobre la oportunidad de afectación de la ruta crítica, el sustento del total de días de plazo solicitado (igual al propio plazo contractual inicial), como tampoco se conoce cualquier otro detalle que debió constar en el mencionado documento. Cabe tener en cuenta, en esa línea que, si el objeto del petitorio era el de refutar la decisión denegatoria de la Entidad, debía partirse por el análisis y sustento del pedido negado, el que, sin embargo, no consta en el expediente. Menos aún, consta el momento u oportunidad en el cual las controversias en cuanto al contenido de las respuestas, que si han sido efectuadas, eventualmente podrían haber afectado el plazo de ejecución del calendario inicial de la obra.

- 129. En consecuencia, conforme todo lo expuesto, la pretensión subordinada bajo análisis, relativa a la ampliación de plazo N° 01, deviene en improcedente.

b) Sobre la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 114-2015-GRCO que deniega la Ampliación de plazo N° 02 (30 días)

- 130. En este caso, INGECO reitera la argumentación previa, aduciendo que se generó a partir de la consulta sobre la modificación del Expediente Técnico, además de la imposibilidad de continuar con la ejecución de las







obras referidas a "Veredas" y la "Cobertura metálica", además de la falta de su absolución oportuna por parte de la Entidad.

131. La ENTIDAD niega lo señalado por la DEMANDANTE argumentando que, en esta segunda ampliación, no se precisa cuál es el inicio de la causal, en contravención a lo dispuesto en el artículo 201 del RLCE, además de solicitar una ampliación indefinida sin acreditación ni cuantificación de las ampliaciones de plazo parciales que resulten necesarias. Igualmente, del texto de su contestación de la demanda, se añade que no existe vicio que amerite un nivel de gravedad o relevancia tal, que lleve a la nulidad del acto recurrido, esto es, la resolución de denegatoria de la Ampliación de Plazo N° 2.
132. Sobre el tema, como ya se ha señalado, uno de los requisitos para la procedencia del pedido de ampliación de plazo en obra, viene a ser la anotación de la causal. Esta no tiene por qué expresar necesariamente que la circunstancia que se anota, generará dicha ampliación, bastando que el motivo – que posteriormente deberá estar encuadrado en uno de los cuatro supuestos a los que alude el artículo 200º del Reglamento.
133. Al respecto, la formulación de consultas por sí mismas, no genera el derecho a solicitar una ampliación de plazo, sino la demora en su respuesta o la respuesta insuficiente o defectuosa que determine una afectación de la ruta crítica del plazo de ejecución de obra. De la lectura del asiento 73, no se aprecia que se invoque la extemporaneidad de la respuesta, sino que esta haya sido efectuada por la Entidad y no por el proyectista, así como diferencias técnicas de fondo, respecto del contenido de la respuesta.
134. Dado que no se ha presentado la solicitud de ampliación de plazo propiamente dicha, no le resulta posible al Tribunal Arbitral analizar el texto o fundamento de la solicitud de ampliación formulada, como tampoco las acciones que eventualmente se habrían suscitado entre el 10 de abril de 2015 (fecha de la anotación o asiento 73) y el 24 septiembre de 2015, fecha en la cual se habría formulado el pedido de ampliación bajo análisis en forma simultánea, tanto por 30 días calendario como de modo *indefinido* (sic).
135. Por los mismos motivos, no se tiene información sobre la oportunidad de afectación de la ruta crítica, el sustento del total de días de plazo solicitado (igual al propio plazo contractual inicial), como tampoco se conoce cualquier otro detalle que debió constar en el mencionado documento. Cabe tener en cuenta, en esa línea que, si el objeto del petitorio era el de refutar la decisión denegatoria de la Entidad, debía partirse por el análisis y sustento del pedido negado, el que, sin embargo, no consta en el expediente. Menos aún, consta el momento u oportunidad en el cual las controversias en cuanto al contenido de las respuestas efectuadas, eventualmente podrían haber afectado el plazo de ejecución del calendario inicial de la obra.

Hecho interesante, en este aspecto, es que de la lectura de la propia resolución recurrida, se advierte que el Supervisor - a diferencia de la Entidad, si estaban conforme con otorgar una ampliación de plazo, si bien por un plazo menor al solicitado (15 días calendario), motivo por el cual no se cuenta con los elementos de análisis por los cuales se podría acceder a los motivos o consideraciones por las cuales dicho profesional, pudo haber convenido en la aprobación parcial del pedido.

- 136. En consecuencia, conforme todo lo expuesto, la pretensión subordinada bajo análisis, relativa a la ampliación de plazo N° 02, deviene en improcedente.

c) Sobre los términos resolutivos del presente acápite

- 137. Conforme todo lo expuesto, los dos puntos controvertidos bajo análisis, deben ser resueltos del siguiente modo:

*Declarar **IMPROCEDENTE** la Primera Pretensión Subordinada de la Pretensión Principal de la demanda, que corresponde al segundo punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que no corresponde declarar la Nulidad de la Resolución Gerencial N° 104-2015-GRCO de fecha 05 de octubre de 2015 por la cual se deniega la Ampliación de Plazo Parcial con causal abierta N°1*

*Declarar **IMPROCEDENTE** la Segunda Pretensión Subordinada de la Pretensión Principal de la demanda, que corresponde al tercer punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que no corresponde declarar la Nulidad de la Resolución Gerencial N° 114-2015-GRCO de fecha 09 de octubre de 2015 por la cual se deniega la Ampliación de Plazo Parcial N°2*

XIII.4. Sobre la pertinencia o no de declarar la nulidad de la Reducción de Meta N° 01 dispuesta por la Entidad

- 138. La segunda pretensión principal de la demanda, está a cuestionar la legalidad de la decisión de la Entidad en reducir las metas del Contrato, a fin de restar de su monto la suma de S/. 34,128.05, decisión que fue formalizada mediante la Resolución Ejecutiva Regional N° 1059-2015-GRLL/GOB de fecha 28 de mayo de 2015. De modo específico, corresponde al siguiente punto controvertido:

Sexto Punto Controvertido

Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional N° 1059-2015-GRLL/GOB de fecha 28 de mayo de 2015 con la cual se ha aprobado la REDUCCION DE META N° 01 ascendente a la suma de S/. 34,128.05.

[Handwritten marks and signatures on the left margin]

[Large handwritten signature or mark at the bottom of the page]

139. Como se ha indicado en los Antecedentes, la mencionada Resolución Ejecutiva Regional, se sustenta en las deficiencias detectadas en el expediente técnico, al determinarse – en la fase de ejecución del Contrato, que el presupuesto de la especialidad de estructura es superior al que debería corresponder de acuerdo lo realmente diseñado. Para tal efecto, la Entidad sustentó su posición en los informes N° 066-2015-GRLL-GRI-SGO/CRGC, 034-2015-GRLLGGR-GRI/SGED/RCCV emitidos, ambos, por el Ingeniero Coordinador de Obra, Cristian Garrido Cabanillas y la Carta N° 002-2015-LOSA del proyectista del Expediente Técnico, Ingeniero Luis Omar Sánchez Arteaga.

140. Sobre este tema, la posición de la parte demandante, se sustenta en lo siguiente:

- La discrepancia de metrados en los planos no pueden constituir sustento suficiente por sí mismo para la reducción de meta, en tanto esta última es el "*Mejoramiento de las competencias del escolar al culminar sus estudios en la I.E. Fe y Alegría N° 36*".
- Se ha interpretado incorrectamente el Informe del Proyectista, Ing. Luis Omar Sánchez Arteaga, quien ha sugerido que la discrepancia debe ser resuelta atendiendo al sistema de contratación al que se encuentra sujeto el contrato, es decir la Suma Alzada; de igual manera, señala que el propio supervisor ha dispuesto que el error detectado no puede ser considerado como argumento o sustento de una reducción de meta" (Informe N° 011-2015-ERHD-SP/I.E.F.A. del Supervisor de Obra de fecha 10.04.2015).
- La modalidad de contratación es la de "Llave en mano", lo que establece que cualquier mayor metrado será siempre a riesgo de la ENTIDAD y en caso contrario, será a riesgo del contratista. Ello, señala INGECO, guarda correspondencia con lo dispuesto en los artículos 11 y 40 del RLCE y los dispuesto en la Opinión N° 21-2011/DTN de la dirección técnica normativa del OSCE.

141. Sobre lo afirmado por la DEMANDANTE, la posición de la ENTIDAD se resume en lo siguiente:

- Los artículos 41 de la LCE y 174 de su Reglamento facultan, de manera excepcional, la reducción del monto contractual, tal potestad constituye la manifestación de una potestad exorbitante reconocida a la ENTIDAD en tanto ostenta la calidad de garante del Interés Público y en atención a ello, se busca garantizar el referido interés en la ejecución de la obra objeto del contrato.
- El beneficiar al contratista por un pago de S/ 34,128.05 (Treinta y Cuatro Mil Ciento Veintiocho con 05/100 Soles) por prestaciones no ejecutadas constituiría un claro Abuso del Derecho, situación que es proscrita por el artículo 103 de la Constitución y el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, situación que viene producida en tanto INGECO ostenta un derecho reconocido en el artículo 40 del

RLCE (características del Sistema a Suma Alzada) desvirtuando los fines económicos y sociales por los cuales el ordenamiento previo el referido derecho.

- 142. Es importante tener en cuenta, que la decisión de la Entidad de reducir prestaciones o metas, es susceptible de ser sometida a arbitraje, contrario a lo que ocurre con la aprobación o denegación de adicionales, tal como se establece en la Opinión N° 140-2015/DTN de la Dirección Técnica Normativa del OSCE, en cuyo sexto pie de página se consigna lo siguiente:

"(...) Si bien es cierto que el numeral 41.5 de la Ley señala de manera expresa que no puede someterse a arbitraje la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no ocurre lo mismo respecto de la reducción de prestaciones; en esa medida, la aprobación de reducción de prestaciones puede ser sometida a arbitraje por el contratista cuando lo estime pertinente".

- 143. Sobre la reducción de prestaciones del presente caso, el tribunal, si bien coincide con la naturaleza de la potestad de reducción de prestaciones reconocida por el artículo 41 de la LCE, como toda potestad reconocida a las Entidades, no puede ser utilizada de manera irrestricta, por lo que se requiere el establecimiento de ciertos límites como son el sustento adecuado que determine que la reducción es necesaria para alcanzar la finalidad del Contrato. Siguiendo la mencionada Opinión, tenemos lo siguiente:

2.1. "¿Cuál sería el procedimiento para aprobar dichas reducciones?"

En primer lugar, debe indicarse que el Reglamento no ha establecido el procedimiento que debe seguirse para aprobar la reducción de prestaciones de obra; en esa medida, las formalidades que deben observarse para tal efecto son aquellas previstas en el artículo 41 de la Ley.

En ese sentido, y teniendo en consideración el carácter excepcional de la potestad de reducción de prestaciones, el área usuaria de la contratación debe sustentar previamente las razones por las que las reducciones son necesarias para alcanzar la finalidad del contrato.

Ahora bien, sustentada la reducción por el área usuaria, corresponde al Titular de la Entidad, mediante resolución previa, ordenar la reducción de las prestaciones hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que advierta que estas son necesarias para alcanzar la finalidad del contrato original.

Cabe precisar que el Titular de la Entidad puede delegar, mediante resolución, la facultad de aprobar la reducción de prestaciones, a diferencia de la autorización de las prestaciones adicionales de obra, que no puede ser objeto de delegación".

A

A

A

[Handwritten signature]

144. Llegados a este punto, de los términos de la Resolución Ejecutiva Regional N° 1059-2015-GRLL/GOB, que es la cual aprueba la reducción del monto de una de las metas del Contrato, ellos se sustentan en una revisión posterior del presupuesto de la obra, del que se deduce que se habría suscrito el Contrato con un monto en exceso S/ 34,128.05 (Treinta y Cuatro Mil Ciento Veintiocho con 05/100 Soles). La Entidad alega que la reducción de metas, se habría efectuado en función a los Informes N° 066-2015-GRLL-GRI-SCO/CRGC, 11-2015-ERHDSO/IE-FA, 034-2015-GRLL-GGR-GRI/SGED/RCCV, 285-2015-GRLL-GGR-GRI/SGED y la Carta N° 002-2015-LOSA.

145. De modo más preciso, la Entidad sostiene que debe primar el mandato contenido en la Ley, que prevé la reducción del monto del Contrato – por encima de la norma reglamentaria, que refiere al sistema de precios. De modo especial, señala lo siguiente:

“Que analizando el citado texto normativo se advierte que la ley es clara y que le ha conferido a la Entidad, la facultad de ordenar, es decir disponer la reducción de obras, hasta por el porcentaje del 25% en relación del monto contractual, dicha sustentación procederá previa sustentación del área usuaria, en consecuencia, se aprecia que aplicando el orden de prelación, por encima de las normas reglamentarias, es decir el artículo 40 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (establece los sistemas de contratación) se encuentra la Ley de Contrataciones del Estado”.

146. En la misma línea se puede apreciar que los fundamentos posteriores señalan lo siguiente:

“(…) la gerencia regional de infraestructura, el área usuaria y el proyectista han sustentado las causales técnicas expuestas en los informes emitidos por el área usuaria y el proyectista del expediente de obra, el mismo que asciende a S/ 34,128.05 (Treinta y Cuatro Mil Ciento Veintiocho con 05/100 Soles), el mismo que representa un porcentaje de incidencia de -0.96% en relación al monto contractual, por lo tanto el área usuaria ha sustentado técnicamente la necesidad de proceder a la reducción de meta, dentro de los límites legales establecidos en el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado, se detalla a continuación el detalle los metrados y la cuantificación del mismo: (...)”

147. Como bien se sabe, los sistemas a de precios que rigen el contrato administrativo, son el precio unitario y la suma alzada. En el primer escenario, la retribución del contratista se base sobre el cálculo de lo realmente ejecutado, mientras que, en el segundo caso, el pago se hace sobre una convención preexistente, es decir por un monto fijo, en función a las obligaciones que se encuentran incorporadas en el contrato y en el conjunto de documentos que lo integran.

148. En esa línea, el sistema de precios a suma alzada, en los hechos traslada el riesgo de ejecución de mayores metrados al contratista, de modo tal que,



de darse las condiciones de calidad y cantidad predefinidos, no corresponde ya efectuar cálculo alguno – ni de más ni de menos sobre su ejecución, debiendo limitarse a retribuir o pagar conforme lo pactado, aun cuando en los hechos, haya efectuado trabajos mayores a los previstos. Bajo la misma lógica, si la meta se cumple con la ejecución de menores metrados de trabajo, el riesgo se trasladará a la entidad, pues igual deberá abonar el monto inicialmente pactado.

- 149. En todo caso, en los contratos regidos por el sistema de precios a suma alzada, las partes aceptan un paquete de actividades por una retribución global, de modo tal que será frecuente encontrar partidas o actividades mejor retribuidas que otras, sin que ello implique cambio ni modificación alguna en los montos previamente pactados.
- 150. En el caso que nos ocupa, se advierte de los informes citados por la parte emplazada, que la decisión de la reducción de metas, nace de la evidencia que se pagaría el monto pactado pese a una ejecución real menor. Al respecto, es necesario traer a colación la Opinión N° 109-2015/DTN de la Dirección Técnica Normativa del OSCE y en cuyos puntos 2.2. y 2.3, coincidiendo con la posición de este órgano colegiado, se sostiene lo siguiente:

“(…)

(…) ¿El costo de la no ejecución de algún subcomponente de la partida en cuestión, que implica únicamente la ejecución de menores metrados a los contratados, deberá ser asumido por el Contratista o por la Entidad?; y por tanto, de ser el caso ¿La Entidad deberá de pagar al contratista la totalidad del precio acordado en el Contrato para la ejecución del total de los metrados que comprende la partida, dado que el Contrato fue suscrito bajo el sistema a suma alzada?” (sic). (…)

2.1. En primer lugar, debe indicarse que el primer párrafo del numeral 1) del artículo 40 del Reglamento establece que en el sistema a suma alzada “(…) El postor formulará su propuesta por un **monto fijo integral** y por un determinado plazo de ejecución.” (El resaltado es agregado).

Así, al presentar sus propuestas, el postor se obliga a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios para la ejecución de las prestaciones requeridas por la Entidad, en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica, respectivamente, las que son parte del contrato; a su vez, la Entidad se obliga a pagar al contratista el monto o precio ofertado en su propuesta económica.

⁹ De conformidad con el primer párrafo del artículo 142 del Reglamento.

[Handwritten marks and signatures on the left margin]

[Handwritten signature and line at the bottom right]

De ello se desprende, como regla general, la invariabilidad del precio pactado en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada.

2.2. Sin perjuicio de ello, es importante considerar que, de manera excepcional, una Entidad puede modificar el precio de un contrato de obra ejecutado bajo el sistema a suma alzada al ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra o su reducción, siempre que estas resulten necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, de conformidad con el artículo 41 de la Ley.

Sobre el particular, debe precisarse que, en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, la Entidad solo puede aprobar la ejecución de prestaciones adicionales o reducciones si los planos o especificaciones técnicas fueron modificados durante la ejecución contractual, justamente, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato.

Sin embargo, no sucede lo mismo con la mayor ejecución de metrados, ya que en estos supuestos la liquidación final de obra se realiza teniendo en cuenta únicamente los metrados contratados¹⁰, de tal forma que el costo de la ejecución de mayores metrados es asumido por el contratista y, en consecuencia, la Entidad no debe efectuar pago adicional alguno.

Bajo el mismo criterio, el costo de la ejecución de menores metrados es asumido por la Entidad, dado que esta se encuentra obligada a pagar el íntegro del precio ofertado por el contratista en su oferta, atendiendo a la naturaleza del sistema a suma alzada y a que la liquidación final de obra se realiza teniendo en cuenta los metrados contratados.

(...)

2.3. En consecuencia, en el caso de obras ejecutadas bajo el sistema a suma alzada, **el costo de la ejecución de menores metrados es asumido por la Entidad, dado que esta se encuentra obligada a pagar el íntegro del precio ofertado por el contratista en su propuesta, debido a que una obra ejecutada bajo el sistema a suma alzada se liquida y paga considerando los metrados contratados**".

151. Por otro lado, no se puede argumentar preeminencia o contradicción entre el dispositivo legal que regula la posibilidad de reducir el monto del Contrato, respecto de la base reglamentaria que regula el sistema de precios del Contrato, sino que su lectura debe ser coherente y sistemática, como parte de un único conjunto orientado a regular las distintas relaciones del Contrato.

¹⁰ A mayor abundamiento sobre este criterio puede revisarse la Opinión N° 008-2012/DTN.

- 152. Más aún, el Contrato constituye un mecanismo de asignación de riesgos, lo cual se ve concretado justamente en el sistema de contratación elegido, siendo que, en el presente caso, nos encontramos ante la modalidad "Suma Alzada", lo cual involucra el asumir un riesgo para el pago de las cantidades programadas, independientemente del metrado ejecutado. Más aun cuando en el presente caso la incidencia contractual representa el 0.96 del monto contractual, lo cual constituye un riesgo que razonablemente puede ser asumido por la Entidad.
- 153. Lo expuesto en los párrafos precedentes, permite concluir la reducción del monto contractual en perjuicio del sistema de contratación constituye una excepción que solo podrá admitirse siempre y cuando tales modificaciones al contrato sean necesarias para alcanzar la finalidad del mismo.
- 154. Por lo expuesto, este colegiado declara que debe ampararse la pretensión del DEMANDANTE en ese extremo de la demanda, atendiendo a que la Resolución Ejecutiva Regional N° 1059-2015-GRLL/GOB no cumple con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado y es contrario al sistema de precios que rige el Contrato.
- 155. Por lo expuesto y conforme al análisis efectuado, corresponde resolver el sexto punto controvertido, de la siguiente forma:

*Declarar **FUNDADO** el sexto punto controvertido que corresponde a la segunda pretensión principal de la demanda, determinándose que corresponde declarar la Nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional N° 1059-2015-GRLL/GOB de fecha 28 de mayo de 2015 con la cual se ha aprobado la REDUCCION DE META N° 01 ascendente a la suma de S/. 34,128.05.*

XIII.5. Sobre la pertinencia o no de la aplicación de penalidad por ausencia del Ingeniero Residente

- 156. Es parte del presente caso arbitral, la pertinencia o no de aplicar penalidad al Contratista por ausencia del residente en el lugar de la obra, que corresponde al artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones aplicable al presente caso. Al respecto, el Séptimo Punto Controvertido, establece lo siguiente:

Séptimo Punto Controvertido

Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Penalidad Contractual contenida en la Carta N° 196-2015-GRLL-GGR-GRCO de fecha 29 de setiembre de 201, denegada mediante la Carta N° 209-2015-GRLL-GGR-GRCO de fecha 20 de octubre de 2015 (Tercera Pretensión Principal de la demanda).

Handwritten marks and signatures on the left margin.

Handwritten signature and horizontal line at the bottom of the page.

157. La indicada penalidad ha sido impuesta mediante la Carta N° 196-2015-GRLL-GGR-GRCO, invocándose la causal de "Falta de permanencia en la obra", penalidad que ha sido aplicada mediante el Informe N° 462-2015-GGR-GRI-SGO de fecha 24 de junio de 2015 que contiene la aprobación de la Valorización N° 02. Para tales efectos, INGECO sostiene lo siguiente:

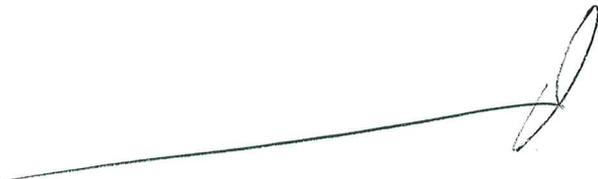
- El artículo 165 del RLCE solo determina la aplicación de penalidad por incumplimientos injustificados de obligaciones contractuales y en dicha medida, los cumplimientos de obligaciones pueden justificarse por caso fortuito, fuerza mayor, por razones no imputables al deudor de la obligación, conforme a los artículos 1314, 1315 y 1316 del Código Civil.
- El residente de obra se encontraba ausente de la obra los días 03 y 04 por cuanto tenía programada la visita de fábrica. Ello fue notificado Carta N° 065-2015-INGECO SAC de fecha 03 de junio de 2015.

158. Por otro lado, la ENTIDAD defiendo la aplicación de la penalidad impuesta, sosteniendo que la Cláusula Décima Cuarta del Contrato determina como causal de aplicación de penalidad la falta de permanencia del personal propuesto, pues su asistencia es permanente y obligatoria todos los días laborables de la obra.

En esa línea, agrega que las razones expuestas por el contratista no se adecúan a ninguno de los supuestos eximentes de responsabilidad, al no ser caso fortuito, fuerza mayor, ya que el contratista debió contar con personal que podía realizar las labores que el residente de obra debía realizar en la fábrica. Del mismo modo, no se habría acreditado fehacientemente, la presencia del ingeniero residente en las Fábricas Menault Electric S.A.C. y Medium Voltage S.A.C.

159. Sobre el particular, la Cláusula Décima Cuarta, sección "Otras penalidades" del Contrato N° 005-2015-GRLL-GRCO bajo análisis, se tipificó un conjunto de conductas como susceptibles de aplicación de penalidad, entre las que se incorporó la "Falta de Permanencia del Personal propuesto", conforme al siguiente texto:

INFRACCIÓN	MULTAS
8. FALTA DE PERMANENCIA DEL PERSONAL PROPUESTO <i>El residente deberá controlar la ejecución de los trabajos efectuados por el Contratista, asistiendo en forma permanente y todos los días laborables de la obra, anotando sus incidencias en el cuaderno de obra. En caso de inasistencia del personal propuesto, será sancionado por cada día de inasistencia.</i>	1/1000



160. Cabe analizar si la penalidad aplicada, tanto a nivel de su configuración como de su aplicación cumple con lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. De los documentos obrantes en el presente proceso y lo alegado por las partes, se aprecia que la decisión de aplicar la penalidad bajo análisis fue efectuada por la ENTIDAD de modo directo y sin traslado previo a su contraparte, en función al Informe N° 462-2015-GGR-GRI-SGO de fecha 24 de junio de 2015, que remitió la Valorización N° 02 del contrato, debiendo tenerse en cuenta la siguiente secuencia:

- Con fecha 24/06/15 se remite el Informe N° 462-2015-GGR-GRI-SGO que aplica la penalidad
- Con fecha 12/10/15 se remite la Carta N° 129-2015-INGECO S.A.C. mediante la cual INGENCO formula sus descargos
- Con fecha 20/10/15 se remite la Carta N° 209-2015-GRLL-GGR/GRCO por la cual se ratifica la penalidad.

161. El régimen de contratación estatal contempla la posibilidad de aplicar, en un mismo contrato, tanto la penalidad por mora regulada en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, como también un régimen de penalidades distintas, regulado en el artículo 166° del mismo dispositivo legal. Su regulación se efectúa de modo independiente, no pudiendo deducirse de la lectura de ambos artículos, ni que tengan un carácter excluyente entre sí, ni mucho menos que deban computarse en conjunto.

Incluso, si nos atenemos a la literalidad del tercer párrafo del artículo 169° del Reglamento, tenemos que, al establecerse la posibilidad de resolver el contrato sin requerimiento previo, se señala que es una prerrogativa de la Entidad cuando "(...) se deba a la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora o por otras penalidades (...)" apreciándose con el conector "o" que se trata de dos supuestos distintos y, por ende, independientes entre sí respecto de su computo. Como la Entidad no se encuentra obligada, sino facultada a resolver el contrato cuando se acumule el monto máximo de una y otra penalidad, en estricto ello significa que eventualmente en un mismo contrato el Contratista podría ser penalizado hasta por un 20% de su valor.

162. En este punto cabe recordar que, no en toda obligación contractual es eficiente o suficiente medir los niveles de cumplimiento en función a la oportunidad del inicio o desarrollo de las obligaciones del contratista. Es lo que ocurre en el caso de servicios continuos, como vienen a ser los de limpieza, vigilancia, jardinería y otros de naturaleza similar, en los cuales antes que la oportunidad del inicio o culminación de la prestación en sí misma, es igual o más relevante las condiciones en las cuales se presta dicho servicio; así como en el caso de obras, las obligaciones del Contratista que no pueden medirse propiamente como atrasos.

Para los efectos, el legislador ha previsto que, de acuerdo a las Bases, se pueda establecer un conjunto de situaciones cuya infracción implique la aplicación de penalidades, que no se encuentren fundamentadas en la

[Handwritten marks and signatures on the left margin]

[Handwritten signature and flourish at the bottom of the page]

oportunidad del cumplimiento de la obligación contractual, sino en las condiciones en las cuales se preste dicho servicio o actividad contratada.

163. Ocurre igual en el caso que nos ocupa. La aplicación del régimen de otras penalidades distintas a la mora, establecida en el Contrato establecen un total de diez penalidades distintas a la mora igual número de supuestos de deficiencia, incluida la ya mencionada obligación del residente de permanecer en obra.
164. Sobre este tema, cabe analizar si se dan las condiciones para la aplicación del régimen de "*Otras penalidades distintas a la mora*". De la revisión de la mencionada Cláusula Décimo Cuarta del Contrato, se advierte que en ella se detalla con precisión el tipo infractor que daría origen a la penalidad imponible y su fórmula de cálculo; sin embargo, no se precisa el mecanismo de defensa que le correspondería al Contratista cuando se le efectúa la imputación correspondiente.
165. Lo mencionado en el párrafo anterior, constituye la materia a decidir. ¿Es suficiente la sola tipificación de los supuestos de penalidad por mora o se requiere la regulación de un procedimiento para su imposición?;
166. Hemos señalado que la penalidad por mora y el régimen de otras penalidades, tienen naturaleza o características distintas: Las primeras han sido establecidas de modo automático, bajo una fórmula preestablecida en las Bases, de modo tal que una vez producido el atraso, se ingresará en ella el número de días devengados sin mayor trámite. La única defensa del contratista, será demostrar la inexistencia del atraso o, por el contrario, acreditar su carácter justificado.

En el artículo 166º, que es el que regula el régimen de otras penalidades distintas a la mora no se establece, por el contrario, fórmula o método de aplicación alguna. Sólo se nos informa de su tope máximo, de las condiciones para su tipificación y de su cómputo de modo independiente al de la penalidad por mora.

167. Dado que la norma no establece las condiciones y procedimiento para la aplicación del régimen de otras penalidades distintas a la mora, queda claro que corresponde a las Bases o al Contrato, establecer las condiciones para su aplicación, así como para garantizar el derecho de defensa de la parte imputada. En esa línea, no basta la sola tipificación del supuesto de hecho penalizable, sino también las condiciones y procedimiento para su determinación.
168. Debe recordarse, en tal sentido, que el régimen de otras penalidades distintas a la mora, tiene como objeto pronunciarse sobre eventos específicos y concretos, es decir, que debe existir una inmediatez suficiente entre la oportunidad de la ocurrencia, el posible descargo del imputado y la decisión de la Entidad de aplicar la penalidad específica. Ello por cuanto, a diferencia de la penalidad por mora, no constituye un supuesto de responsabilidad inmediata medida en el simple atraso, sino por el contrario, de imputaciones que nacen de las características con las cuales se viene ejecutando un contrato.



169. En esa línea se pronuncia la Opinión N° 064-2012/DTN de la Dirección Técnica Normativa del OSCE, emitida el 10 de mayo de 2012 con motivo de una consulta efectuada por ASSIS SERVICIOS GENERALES S.A.C., cuando en el numeral 2.2. de su Análisis, establece lo siguiente:

"2.2.1.- El artículo 166 del Reglamento establece lo siguiente: "En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora." (El subrayado es agregado).

De acuerdo con el artículo citado, las Entidades pueden establecer en las Bases de los procesos de selección que convocan penalidades distintas a la penalidad por mora, las que se calculan de forma independiente a la penalidad por mora y hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del monto vigente del ítem que debió ejecutarse.

Ahora bien, esta potestad de las Entidades debe ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria.

- (i) La objetividad implica que la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serán penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación;
- (ii) Por su parte, la razonabilidad implica que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicará al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento.
- (iii) Finalmente, la congruencia con el objeto de la convocatoria implica que se penalice el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria.

De esta manera, la previsión de penalidades distintas a la penalidad por mora en las Bases de un proceso de selección, implica observar los parámetros antes mencionados, esto con la finalidad de evitar que durante la ejecución contractual surjan discrepancias entre la Entidad y el contratista respecto de la aplicación de estas penalidades.

(...)

2.2.4.- En consecuencia, las penalidades distintas a la penalidad por mora, reguladas en el artículo 166 del Reglamento, se calculan de conformidad con las disposiciones del contrato, el que debe establecer,

[Handwritten marks: a vertical line with a loop at the top, a large stylized signature, and a smaller signature below it.]

[A long horizontal line ending in a large loop, likely a signature or a separator.]

de manera clara y precisa, los tipos de incumplimiento que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos.

No obstante, una vez celebrado contrato, no es posible que la Entidad modifique, unilateralmente, las penalidades distintas a la penalidad por mora establecidas en éste.

Finalmente, cualquier controversia que se genere entre la Entidad y el contratista respecto de la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, debe resolverse mediante conciliación y/o arbitraje, conforme a lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley.

170. A mayor abundamiento, el numeral 2.3 del mismo Análisis, establece que:

"A efectos de absolver la presente consulta, evaluaremos los dos supuestos en los que la normativa de contrataciones del Estado contempla la aplicación de penalidades.

El primer supuesto corresponde a la aplicación de la penalidad por mora. Al respecto, el artículo 165 del Reglamento establece que la aplicación de esta penalidad es automática, por el solo retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato. Asimismo, el mencionado artículo prevé la forma de cálculo de la penalidad diaria, la que debe multiplicarse por el número de días de incumplimiento para de obtener el monto total de la penalidad que debe aplicarse al contratista.

El segundo supuesto se refiere a la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, reguladas en el artículo 166 del Reglamento. En este caso, el contrato debe establecer, de manera clara y precisa, los tipos de incumplimiento que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos.

En tal sentido, el procedimiento para la aplicación de la penalidad por mora se encuentra previsto en el artículo 165 del Reglamento; asimismo, el procedimiento para la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, debe haber sido previsto por la Entidad en el contrato. (...)"

171. Finalmente, como conclusión, la misma Opinión N° 064-2012/DTN establece que: "Las penalidades distintas a la penalidad por mora, reguladas en el artículo 166 del Reglamento, se calculan de conformidad con las disposiciones del contrato, el que debe establecer, de manera clara y precisa, los tipos de incumplimiento que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la

forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos". (El subrayado es nuestro)

- 172. Concordamos en este tema, con el razonamiento efectuado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), debiendo determinarse conforme a ello, si de la lectura del Contrato o de las Bases que forman parte de él. Se ha establecido algún procedimiento para la determinación, imputación e imposición de penalidades por mora. Sobre este tema, hemos señalado ya, que el contrato se ha limitado a tipificar las diez (10) ocurrencias que darían lugar a la aplicación de otras penalidades distintas a la mora, sin embargo, no establece procedimiento alguno para su imposición, ni mucho menos comprende los supuestos para el ejercicio del derecho de defensa de la parte imputada.
- 173. En línea con lo anterior, se puede advertir que la decisión de imponer sanciones bajo el régimen de otras penalidades distintas a la mora, se encuentra sustentada en la mencionada carta de imputación de la ENTIDAD, por la cual se comunica sin procedimiento previo, la imposición de la mencionada penalidad. Su contraparte, es decir el Contratista, no sólo niega su ocurrencia, sino que incluso pretende justificarla en razón a las necesidades de la obra (visita a proveedores previamente informada mediante carta).

En todo caso, dicha situación de incertidumbre se habría resuelto si, en el mismo contrato o en las Bases que igualmente lo integran, se hubiese contemplado el debido desarrollo para establecer temas necesarios para aplicar la respectiva penalidad, tal como la definición de "lo oportuno", el plazo o procedimiento para efectuar la imputación de la infracción, el plazo o procedimiento para efectuar los descargos, criterios para diferenciar entre infracciones de acto único o infracciones continuadas y, en general, cualquier otro aspecto relevante que hubiese podido identificar de modo clara, oportuna y fehaciente, tanto cada conducta infractoria, como la racionalidad del procedimiento de toma de la decisión penalizadora.

- 174. En tal sentido, no se han dado las condiciones para la aplicación del régimen de otras penalidades distintas a la mora, debiendo desestimarse su aplicación, así como las consecuencias que de ella se derivan.
- 175. Habiéndose determinado que ni las Bases ni el Contrato establecieron las condiciones y procedimiento para la aplicación de las penalidades distintas a la mora, caber concluir que no se dieron el total de los elementos necesarios para su imputación, por lo que su imposición debe ser dejada sin efecto.
- 176. Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que la permanencia del residente de obra en ella, no puede interpretarse de modo literal como una inmovilidad absoluta en el lugar donde se realiza el trabajo, sino en una afectación de su actividad, su tiempo y su esfuerzo profesional para el contrato y la obra en la cual ha sido designado residente, de modo tal que en virtud a ello, todo el conjunto de las actividades que desarrolle, deben

Handwritten marks on the left margin, including a large 'e' and several scribbles.

Handwritten signature at the bottom of the page.

estar orientados al mejor y más eficiente cumplimiento posible del Contrato.

Más aun, se aprecia que el residente si informó de modo antelado y previo a su ocurrencia, la realización de las gestiones a las que igualmente ha aludido posteriormente, como mecanismo de defensa, por lo que no se trata de un argumento ex post, generado como consecuencia de la imputación de penalidad efectuada.

177. Conforme a todo lo expuesto, este Tribunal Arbitral considera que corresponde dejar sin efecto la decisión de la Entidad de aplicar la penalidad por ausencia del residente de obra, que amerita su nulidad. En consecuencia, corresponde declarar el punto controvertido bajo análisis, de la siguiente forma:

*“Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda, que corresponde al séptimo punto controvertido del presente caso arbitral y; por su efecto, **DECLÁRESE** la nulidad de la penalidad contractual impuesta mediante la Carta N° 196-2015-GRLL-GGR-GRCO de fecha 29 de setiembre de 2015”.*

XIV. COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE

178. En cuanto a costas y costos se refiere, los artículos 56° 69°, 70° y 73° de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, disponen que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.

179. Los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones del Tribunal Arbitral y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Además, el artículo 73° en su inciso primero establece que en el laudo los árbitros se pronunciarán por su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.

180. En este sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia.

Por consiguiente, cada parte deberá atender los propios gastos en los que hubieran incurrido en la defensa de sus respectivas posiciones, así como el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral.

Por lo que el Tribunal Arbitral, en derecho;

LAUDA: PRIMERO: Declarar **FUNDADA en parte** la Primera Pretensión Principal de la demanda, que corresponde al Primer Punto Controvertido del presente caso arbitral únicamente en lo que respecta a las precisiones que corresponde efectuar a la Entidad en la partida "Cobertura metálica" a las que se refiere el literal b) del segundo párrafo del numeral 116 de la Fundamentación, debiendo, declararla como **IMPROCEDENTE** en todo lo demás que contiene.

SEGUNDO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Primera Pretensión Subordinada de la Pretensión Principal de la demanda, que corresponde al segundo punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que no corresponde declarar la Nulidad de la Resolución Gerencial N° 104-2015-GRCO de fecha 05 de octubre de 2015 por la cual se deniega la Ampliación de Plazo Parcial con causal abierta N°1.

TERCERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Segunda Pretensión Subordinada de la Pretensión Principal de la demanda, que corresponde al tercer punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que no corresponde declarar la Nulidad de la Resolución Gerencial N° 114-2015-GRCO de fecha 09 de octubre de 2015 por la cual se deniega la Ampliación de Plazo Parcial N°2

CUARTO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Primera Pretensión Accesorio Alternativa de la demanda, que corresponde al Cuarto Punto Controvertido del presente caso arbitral, conforme a las consideraciones y precisiones establecidas en la parte considerativa.

QUINTO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Segunda Pretensión Accesorio Alternativa de la demanda, que corresponde al Cuarto Punto Controvertido del presente caso arbitral, conforme a las consideraciones y precisiones establecidas en la parte considerativa.

SEXTO: Declarar **FUNDADO** el sexto punto controvertido que corresponde a la segunda pretensión principal de la demanda, determinándose que corresponde declarar la Nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional N° 1059-2015-GRLL/GOB de fecha 28 de mayo de 2015 con la cual se ha aprobado la REDUCCION DE META N° 01 ascendente a la suma de S/. 34,128.05.

SÉPTIMO: Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda, que corresponde al séptimo punto controvertido del presente caso arbitral y; por su efecto, **DECLÁRESE** la nulidad de la penalidad contractual impuesta mediante la Carta N° 196-2015-GRLL-GGR-GRCO de fecha 29 de setiembre de 2015.

OCTAVO: DISPÓNGASE que corresponde a cada parte asumir el 50% de los honorarios del Árbitro Único y Secretaría Arbitral, debiendo asumir cada parte los propios gastos que le hubiese devengado su defensa en el presente caso arbitral.

NOVENO: ESTABLÉZCASE los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente abonados.

A
A
A

DECIMO: DISPONER que la Secretaría Arbitral cumpla con notificar el presente Laudo Arbitral a las partes y **PROCEDA** el Presidente del Tribunal Arbitral, a notificar y publicar el presente Laudo en el SEACE, dentro del plazo legal establecido.

En caso exista limitaciones tecnológicas u otras para la publicación del presente Laudo en el SEACE, a requerimiento simple del Presidente del Tribunal Arbitral la Secretaria Arbitral deberá gestionar ante el Director del SEACE la publicación del presente laudo en el SEACE, para cuyo efecto cuenta desde este momento con la expresa autorización del Presidente del Tribunal Arbitral, siendo responsabilidad del Director del SEACE procurar el efectivo cumplimiento de dicho requerimiento, dentro del plazo máximo de 10 días hábiles contado desde el día siguiente de su recepción, debiendo dar cuenta de ello a este Tribunal Arbitral, en el mismo plazo.

UNDÉCIMO: ENCÁRGUESE a la Secretaría Arbitral la custodia del expediente arbitral por el plazo legal establecido en las normas vigentes, esto es, diez (10) años, bajo responsabilidad, y **DISPONER** que la Secretaría Arbitral ponga el presente laudo en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, para su archivo.

Notifíquese a las partes.



MARCO ANTONIO MARTÍNEZ ZAMORA
Presidente del Tribunal Arbitral



LUIS ALFREDO LEÓN SEGURA
Árbitro



JUAN MANUEL FIESTAS CHUNGA
Árbitro



MARIA ALEJANDRA PAZ HOYLE
Secretaria Arbitral