

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Análisis al Expediente N° 1795-195-18-PUCP (Consortio Santa Rosa contra el Programa Sectorial de Irrigaciones – PSI)

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de **Abogado**

Autor

Ramiro Omar Pérez Huamaní

Revisor

Tommy Ricker Deza Sandoval

Lima, 2021



A mi madre, pieza indispensable en mi vida.

Resumen: la controversia materia del presente laudo arbitral es la resolución contractual dentro del marco de las contrataciones con el Estado. En este caso, la resolución contractual se rige bajo el cumplimiento de causales tipificadas en la normativa, tal es así que para que pueda proceder la misma basta que exista un incumplimiento de obligaciones contractuales o el haber llegado al monto máximo de penalidades.

En ese sentido, la presente trata de la resolución que efectúa el PSI al Consorcio Santa Rosa por supuestamente haber incurrido en 2 causales normativas distintas tales como un supuesto incumplimiento de obligaciones por el hecho de no haber subsanado las observaciones detectadas al informe final previo a la liquidación y por el hecho de haber llegado a tener una penalidad por encima del 10% del monto del contrato principal. Ante ello, bajo el primer supuesto, en el laudo no se llega a acreditar fehacientemente que las observaciones fueron correctamente subsanadas sino más bien el árbitro en su posición de dirimente, se pronuncia sobre este tema sin ser materia controvertida y sin tomar en consideración la afectación de principios y derechos al consorcio. Por otro lado, no se aprecia un análisis exhaustivo al momento de motivar, por parte del árbitro, la aplicación del monto máximo de penalidades que efectúa la Entidad y sin tener en consideración diversos principios que salvaguardan la seguridad jurídica y la razonabilidad del plazo excesivo otorgado por el PSI para subsanar observaciones.

Abstract: *The controversy that is the subject of this arbitration award is the contractual resolution within the framework of contracts with the State. In this case, the contractual resolution is governed by the fulfillment of causes typified in the regulations, so much so that for it to proceed, it is enough that there is a breach of contractual obligations or that the maximum number of penalties has been reached.*

In that sense, this is about the resolution that the PSI makes to the Santa Rosa Consortium for allegedly having incurred in 2 different regulatory grounds such as an alleged breach of obligations due to the fact of not having corrected the observations detected in the final report prior to the liquidation and the fact of having come to have a penalty above 10% of the amount of the main contract. Given this, under the first assumption, the award does not reliably establish that the observations were correctly corrected, but rather the arbitrator, in his position as settler, pronounces on this issue without being a controversial matter and without taking into account the affectation. of principles and rights to the consortium. On the other hand, an exhaustive analysis is not appreciated at the time of motivating, by the arbitrator, the application of the maximum number of penalties that the Entity carries out and without taking into consideration various principles that safeguard legal certainty and the reasonableness of the excessive term granted. by the PSI to correct observations.

Palabras claves: Resolución contractual, incumplimiento de obligaciones, penalidades, la prueba, motivación, debido proceso, principios jurídicos.

Keywords: Contract resolution, breach of obligations, penalties, proof, motivation, due process, legal principles.

Índice de Contenido:

| | |
|--|----|
| 1. Introducción | 1 |
| 2. Justificación de la elección del Expediente | 2 |
| 3. Relación de los hechos sobre los que versa la controversia de las que trata el Expediente | 3 |
| 4. Identificación de los principales problemas jurídicos | 7 |
| 4.1. ¿Cuáles son los derechos y principios que se han afectado al Consorcio por la resolución contractual referido al supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales? | 8 |
| 4.1.1. De la resolución contractual..... | 10 |
| 4.1.2. De los principios de la Ley de Contrataciones vulnerados..... | 13 |
| 4.1.3. Hincapié sobre el derecho al debido proceso..... | 13 |
| 4.1.3.1. Respecto al derecho del debido proceso..... | 19 |
| 4.1.3.2. Respecto a la falta de pronunciamiento sobre el levantamiento de observaciones por parte de la Entidad..... | 21 |
| 4.1.4. Potestad arbitral para pronunciarse fuera de lo solicitado – incompetencia del tribunal arbitral a asuntos no sometidos a controversia..... | 21 |
| 4.2. ¿Se le puede aplicar penalidades al Contratista por no levantar observaciones fuera de plazo contractual?..... | 23 |
| 4.2.1. Aproximación al desarrollo de las penalidades en el RLCE..... | 23 |
| 4.2.2. Clasificación y procedimiento de aplicación de las penalidades.. | 25 |
| 4.2.3. Análisis de la procedencia de las penalidades..... | 26 |

| | |
|--|----|
| 4.2.4. La razonabilidad del plazo y su vinculación al principio de seguridad jurídica..... | 32 |
| 5. Conclusiones..... | 34 |
| 6. Recomendaciones..... | 35 |
| 7. Referencia Bibliográfica..... | 36 |



1. Introducción

El presente informe jurídico tiene como finalidad analizar el accionar del Consorcio Santa Rosa y el Programa Sectorial de Irrigaciones (PSI) respecto al Expediente N° 1795-195-18-PUCP emitida por el árbitro único Álvaro Silva Rudat, decisión que determinó que el Consorcio se allane a la resolución del contrato presentada por el PSI y que no contaba con su derecho a obtener las garantías puestas a disposición del Contrato, según lo desarrollado en los artículos 164 y 167 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.

Sobre el particular, la discusión versa en la etapa de la liquidación y consiste en que el PSI requiere que el Consorcio presente un informe previo a la liquidación final, conforme se estableció en los Términos de Referencia del Contrato, para consecuentemente proceder con la elaboración de la liquidación final. Ante ello, se otorga un plazo máximo de 10 días hábiles; sin embargo, el PSI, luego de haberse presentado dicho informe, fuera de plazo, por parte del Consorcio, detectó observaciones al informe final de liquidación sin tener conocimiento si estas eran las mismas observaciones o fueron nuevas.

Del análisis del mencionado Laudo arbitral han surgido una serie de interrogantes que intentaremos resolver. Entre ellas si el lapso de aproximadamente 427 días que ha tardado el PSI en adoptar una decisión, en este caso la resolución contractual, ¿se encuentra establecida en el Reglamento? ¿Qué tenemos que decir sobre la seguridad jurídica que ampara al contratista? Frente a ello, iniciaremos este informe detallando los hechos del caso tanto como los fundamentos de derecho con el fin de esbozar la problemática desarrollada a lo largo de la mencionada Resolución. Asimismo, se abordará, de manera seguida, la institución de las penalidades en el marco normativo de las contrataciones públicas para traer a discusión el supuesto derecho que mantiene el Consorcio a fin de que no se le aplique una penalidad por incumplimiento de obligaciones. Así pues, para ello procederemos a desarrollar de manera conjunta la tipología y su aplicación junto a las opiniones vinculantes del OSCE a fin de determinar su legalidad.

Asimismo, se analizarán los motivos por el cual la Entidad resolvió el contrato y cuál fue la decisión del árbitro para afirmar que la posición de la Entidad fue la que estaba bien presentada (el contratista no ha acreditado que su subsanación era conforme y ambas aceptan que había observaciones).

Finalmente, se expondrán las conclusiones del presente informe jurídico, el cual pretende discutir sobre la errónea concepción de la decisión del Árbitro Único sobre la aplicación de las penalidades en la etapa general de la liquidación y del proceder de una conformidad a la resolución contractual.

2. Justificación de la elección de la Resolución

El análisis de la Resolución materia de controversia resulta relevante ya que, aborda un tema tan delicado como lo es la resolución contractual en el marco de las contrataciones públicas. Como bien se puede saber, la finalidad de las contrataciones públicas es el maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten bajo un enfoque de gestión por resultados a fin de que estas puedan favorecer a la población. En tal sentido, el último bastión en el cual deben basarse las partes tiene que ser la resolución de un contrato.

En ese sentido, lo que debería buscar una Entidad pública al momento de suscribir un contrato no es exactamente la resolución del mismo sino buscar cumplir los objetivos del requerimiento efectuado en la fase preparatoria.

Asimismo, la presente resolución contractual merece ser analizada a cabalidad dado que se está abriendo un camino interpretativo al tema del incumplimiento de obligaciones contractuales para efectos de su procedibilidad para ser invocadas como causa de resolución contractual. Entonces el hecho que una Entidad pública puede establecer observaciones por un plazo de 427 días y dar a entender nuevas observaciones a un informe preestablecido con plazos en los Términos de Referencia y Contrato, no parecería del todo objetivo en caso que ese plazo estimado exceda todo tiempo razonable y prudencial.

Consideramos que analizar caso por caso es el camino correcto por seguir el propósito del presente artículo y asimismo señalar la importancia de la labor que cumplen los árbitros respecto a analizar, fundamentar y determinar en cada relación contractual, si producida la resolución por causa imputable a la una de las partes, ésta se ha producido más allá del cumplimiento de las formalidades exigidas, con el sustento adecuado que la legislación establece.

3. Relación de los hechos sobre los que versa la controversia de la que trata la Resolución

A continuación, se desarrollarán los hechos relevantes que reunieron en controversia al Consorcio Santa Rosa (en adelante, el Consorcio) y al Programa Sectorial de Irrigaciones PSI (en adelante, la Entidad) ante el Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la PUCP (en adelante, el Tribunal).

A. Demanda

Con fecha 28 de diciembre del 2018, el Consorcio presentó su demanda arbitral mediante la cual solicita lo siguiente:

- *Primera pretensión: Que el Árbitro Único ordene a La Entidad dejar sin efecto la Carta Notarial N° 160223 de fecha de recepción 21 de junio de 2018 donde La Entidad ha decidido resolver el Contrato.*
- *Segunda pretensión: Que el Árbitro Único ordene a la Entidad realizar la devolución del fondo de garantía de fiel cumplimiento a favor del Consorcio por el valor de S/ 50,267.29 más los intereses legales hasta la fecha de pago.*
- *Tercera pretensión: Que el Árbitro Único ordene a la Entidad emita la resolución que aprueba la liquidación del contrato de consultoría de obra.*
- *Cuarta pretensión: Que el Tribunal ordene a la Entidad a pagar el íntegro de las costas y costos del proceso arbitral.*

Ahora bien, en cuanto a la primera pretensión principal, que es la que versará este informe, se indica que con fecha 29 de enero de 2018, mediante Carta N° 30-2018-CSR, el Consorcio presentó el Informe Final de Supervisión mencionando que las observaciones efectuadas por La Entidad fueron levantadas.

Con fecha 05 de febrero de 2018, mediante Carta Notarial N° 155773, la Entidad comunica al Consorcio el apercibimiento de un supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales aduciendo que no se cumplió con el compromiso contractual de levantar las observaciones al Informe de liquidación, para ello se otorgó un plazo de 10 días hábiles.

Con fecha 19 de febrero de 2018, mediante Carta N° 50-2018-CSR, el Consorcio informa que las últimas observaciones fueron subsanadas mediante la Carta N° 30-2018-CSR y que no hay haber al apercibimiento. Ello a razón de que La Entidad, al momento de

notificar el apercibimiento, no tomó en cuenta la Carta N° 30-2018-CSR ni Carta N° 50-2018-CSR.

Con fecha 14 de marzo de 2018, mediante Carta N° 51-2018-CSR, el Consorcio presenta información complementaria al Informe final de supervisión aduciendo que, bajo el principio de buena fe y de acuerdo a lo coordinado con el área usuaria, solicita que sea atendida la misiva. La cual se hizo reiterativa mediante Carta N° 55-2018-CSR de fecha 05 de junio de 2018.

Con fecha 21 de junio de 2018, mediante Carta Notarial, la Entidad comunica al Consorcio la resolución del contrato de supervisión conforme a lo indicado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado¹, sin considerar las últimas cartas cursadas mediante las cuales el Consorcio cumplía con levantar las observaciones.

B. Contestación de la demanda

Con fecha 27 de febrero de 2019, la Entidad contestó la demanda contradiciéndola en todos sus extremos solicitando que esta sea declarada infundada puesto que, con fecha 06 de junio de 2016, mediante Carta N° 388-2016-MINAGRI-PSI-DIR, la Entidad observó el informe final presentado por el Consorcio mediante Carta N° 19-2016/CONSORCIO.

Con fecha 09 de setiembre de 2016, el Consorcio cumple con presentar las observaciones detectadas; sin embargo, la Entidad realizó observaciones las cuales se plasmaron en la Carta N° 629-2016-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 21 de setiembre de 2016.

Con fecha 13 de marzo de 2017, mediante Carta N° 005-2017/VRLJ, el Consorcio presentó por tercera vez el informe final del servicio para lo cual, la Entidad volvió hacer efectiva nuevas observaciones reflejadas en la Carta N° 307-2017-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 29 de mayo de 2017.

¹ Artículo 168°. - Causales de resolución por incumplimiento La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley en los casos en que el contratista:

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación. El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169.

A fin de cumplir con lo solicitado por la Entidad, mediante Carta N° 075-2017-CSR de fecha 05 de setiembre de 2017, el Consorcio presentó el Informe con el levantamiento de las observaciones dadas. Sin embargo, debido a los supuestos incumplimientos observados por la Entidad, fue que mediante Carta Notarial N° 0129-2017-MINAGRI-PSI-OAF de fecha 13 de noviembre de 2017, se comunica al Consorcio los incumplimientos de sus obligaciones contractuales en la que estaba incurriendo al no haber presentado el Informe final de acuerdo a los Términos de Referencia, siendo que se le otorgaba un plazo de 10 días hábiles bajo apercibir el contrato.

Pese haber otorgado dicho plazo, la Entidad procede a resolver el Contrato mediante Carta Notarial N° 0057-2018-MINAGRI-PSI-OAF de fecha 21 de junio de 2018, destacando que el Consorcio contaba con 30 días hábiles siguientes a la recepción de la obra, según los Términos de Referencia, a fin de presentar el Informe final y en este caso han transcurrido 196 días.

Por otro lado, la demora que se le imputa al Consorcio por no presentar el Informe final acorde a los TDR generó que se produzca la aplicación de penalidades por mora, las cuales fueron aplicadas de manera automática al culminar el lapso otorgado. Es así que, al llegar al máximo de acumulación de penalidad, la Entidad procede a invocar esta causal adicional para resolver el contrato.

Se señala que la Entidad, al momento de emitir la Carta Notarial N° 0057-2018-MINAGRI-PSI-OAF, observó escrupulosamente el procedimiento establecido en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado para resolver el contrato tanto por la causal de incumplimiento de obligaciones contractuales (establecida en el numeral 1 artículo 168) y acumulación máxima de penalidades (establecida en el numeral 2 artículo 168).

Asimismo, refiere a la cláusula novena del contrato que señala que en caso se detecte alguna observación al informe final, se le otorgará al contratista el plazo no mayor de 10 días hábiles, caso contrario se dará por resuelto el mismo.

En cuanto a la segunda pretensión principal, señala que el artículo 158² del Reglamento dispone que la garantía de fiel cumplimiento debe estar vigente hasta el consentimiento

² Artículo 158°. - Garantía de fiel cumplimiento Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador, debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia

de la liquidación final en el caso de consultoría de obras por lo que dicha pretensión debe ser declarada infundada.

Por último, respecto a la tercera pretensión principal, señala que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 179³ del Reglamento según el cual para proceder con la liquidación del contrato de consultoría de obra se requiere la conformidad de la última prestación, conformidad que no ha sido entregada derivando su incumplimiento.

C. Decisión arbitral

Respecto a la primera pretensión, el árbitro único considera que la Entidad ha cumplido formal y procesalmente el requerimiento y la resolución del contrato amparando dicha decisión en el artículo 40 y 44 de la Ley y los artículos 167, 168 y 169 del Reglamento. Asimismo, señala que el Consorcio ha admitido recibir las observaciones al informe final de la liquidación, así como el apercibimiento del mismo y que en lo referente al contenido de las observaciones, el Consorcio en ningún momento las ha cuestionado por el contrario ha cumplido con emitir el levantamiento de dichas observaciones durante ese lapso de tiempo.

El árbitro observa que el Consorcio siempre ha querido cumplir y mantener la vigencia del contrato debido a que respondía las cartas de observaciones y las presentaba, pero vuelve a indicar que el Consorcio no cuestionó la legalidad o pertinencia de las observaciones y que por tanto se concluye que el Informe Final no cumple con lo establecido en los Términos de Referencia.

hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y ejecución y consultoría de obras.

De manera excepcional, respecto de aquellos contratos que tengan una vigencia superior a un (1) año, previamente a la suscripción del contrato, las Entidades podrán aceptar que el ganador de la Buena Pro presente la garantía la propuesta, con una vigencia de un (1) año, con el compromiso de renovar su vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación o exista el consentimiento de la liquidación del contrato.

³ Artículo 179°. - Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra. El contratista presentará a la Entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación. La Entidad deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días siguientes de recibida; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación presentada por el contratista. Si la Entidad observa la liquidación presentada por el contratista, éste deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento en el plazo de cinco (5) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por la Entidad. En el caso que el contratista no acoja las observaciones formuladas por la Entidad, deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, según corresponda (...)

En ese sentido, bajo este extremo considera que como el Consorcio no observó la legalidad de las observaciones, por tanto, considera que el informe final deviene en incompleto por no subsanar correctamente las observaciones.

Ahora bien, sobre las penalidades, el árbitro considera aplicarlas consecuentemente al considerar que el contrato ha sido resuelto adecuadamente.

Respecto a la segunda pretensión, el árbitro único considera que la Entidad puede ejecutar la garantía de fiel cumplimiento por el hecho de que el Consorcio ha llegado a acumular el máximo de penalidades. En este caso, habiéndose resuelto el contrato y tras haber declarado válido el mismo, corresponde a la Entidad ejecutar la garantía independientemente del monto del daño ocasionado.

Por último, respecto a la tercera pretensión, el árbitro único considera correlativamente no declarar fundada la aprobación del informe final de liquidación por el hecho que el Consorcio no refutó la legalidad de las observaciones.

4. Identificación de los principales problemas jurídicos

4.1.¿Cuáles son los derechos y principios que se han afectado al Consorcio por la resolución contractual referido al supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales?

Para desarrollar el presente capítulo, debemos saber primero en qué etapa del proceso contractual nos encontramos. En un contrato de consultoría de obra hay 2 procedimientos que se deben cumplir para el tramo final. La recepción con la conformidad (donde apreciamos que sucede esta controversia de las observaciones) y la etapa de liquidación en sí misma. Entonces la Entidad toma como un incumplimiento manifiesto el hecho de que el Consorcio presentó mal el informe final, previo a la liquidación y el árbitro señala que, debido a ello, el informe no fue presentado.

Ello, en principio, es errado porque si uno revisa el artículo 176 del reglamento vigente de dicho contrato y el art. 143 del reglamento actual de la ley de contrataciones, la única causal por la que la Entidad puede obviar el procedimiento

de comunicar observaciones es cuando no se cumpla de forma manifiesta los requerimientos técnicos mínimos; es decir, al ver que las observaciones no hayan sido subsanadas de una forma manifiesta y clara, no procede otorgar más plazo para su subsanación. Asimismo, no se indica que la Entidad deba resolver el contrato, sino lo que se indica es que debe aplicar las penalidades correspondientes. En ese sentido, así el consorcio haya presentado mal el informe final, ello no justifica una resolución contractual y solamente justificaría la aplicación de penalidades, en caso corresponda.

4.1.1. De la resolución contractual

La naturaleza de la resolución contractual en el ámbito de las contrataciones públicas se rige, de manera supletoria, a lo que indique el Código Civil peruano. En ese sentido, conforme al artículo 1371 del Código Civil se aprecia que la resolución deja sin efecto un contrato válido por causas sobrevinientes a su celebración. Bajo este contexto, ahora sí nos redimimos a los artículos 167, 168 y 169 del RLCE a fin de poder dilucidar las causales que ameritan una resolución y son las siguientes:

- a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;*
- b) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
- c) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación*

Como se aprecia, estas causales resolutorias mantienen un carácter cerrado y limitado que de por sí, nos lleva a entender que resolver un contrato bajo esta normativa, es perjudicial para cualquiera de las partes y solo se activará esta herramienta cuando no exista una manera de remediar y buscar una solución al problema. Así pues, se puede apreciar que el efecto de proceder con una resolución del contrato en la etapa de liquidación, como es nuestro caso, afecta ciertos principios que rigen en las contrataciones públicas, los cuales sirven

como parámetros de medición de los operadores de las entidades; es decir, resolver un contrato sin fundamento iría en contra de la búsqueda de priorizar el dirigir las acciones de la Entidad para brindar una mejor vocación de estabilidad contractual y permanencia en el tiempo, así como un beneficio social.

Así también, vemos que los costos que pueden generar una resolución contractual en los servicios públicos y las obras deben ser bien analizados, previo actuar de la Entidad o de un contratista, en el sentido de que el costo procesal pueda resultar mayor tanto económicamente como socialmente. Bajo esa prerrogativa, el mismo artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado menciona lo siguiente:

Artículo 168°.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que el contratista:

Es decir, la Entidad tiene la mayor prerrogativa en la decisión final porque cuenta con el poder de dirección del contrato y es la encargada en base a ello, a resolver el contrato en el momento que considere indicado. Para ello, la Ley le otorga esa facultad discrecional de decisión, como se puede ver en la imagen adjunta.

En esa línea, debemos tener en cuenta que los efectos de resolver un contrato serán distintos en ambos casos. Por ejemplo, en el presente caso, el hecho de que la Entidad haya resuelto el contrato tiene como consecuencia que pueda ejecutar las garantías para poder cubrir el monto por el que se ha afectado al PSI, mientras que en caso contrario se pueda corroborar que dicha resolución fue efectuada de manera incorrecta, el Consorcio puede solicitar una indemnización. Entonces, si bien es cierto que la Entidad tiene el poder de dirección del contrato, ésta debe efectuarse analizando todas las probabilidades normativas al alcance de ella.

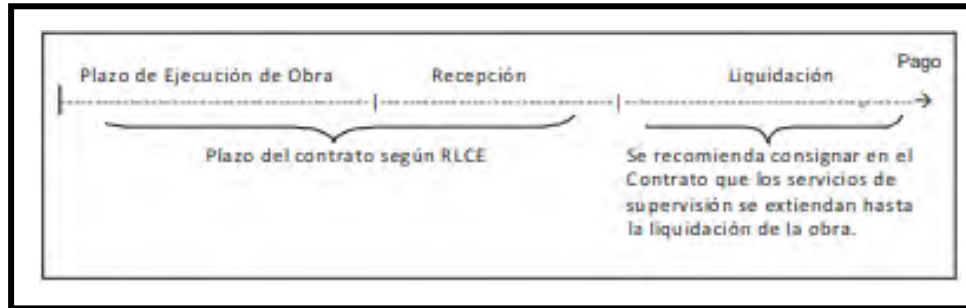
Es por eso que, el hecho de hacer cumplimiento a raja tabla de las causales indicadas por la resolución contractual afectaría algunos principios de la norma como se verá en el siguiente capítulo, y para ello, esta resolución, contractual debe efectuarse como última razón por parte de la Entidad; es decir, cuando no existan soluciones que puedan brindar una mejora a la prestación del servicio o de una obra.

4.1.2. De los principios de la Ley de Contrataciones vulnerados

Ahora bien, como ya lo hemos indicado, el tema de una resolución contractual debe efectuarse en ultima ratio, en ese sentido, si bien la normativa ampara a una de las partes a proceder con la resolución contractual, se debe tener en consideración diversos factores que van de la mano con las causales resolutorias.

En ese aspecto, vemos que el principio de eficiencia y eficacia, establecido en el artículo 2 de la Ley, señala que dentro de un proceso de contratación estatal, las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, **garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas**, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos; es decir, lo que debe prevalecer de por sí al momento de efectuar una contratación estatal es la finalidad pública, la cual está basada en establecer el uso de herramientas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos en las contrataciones de bienes y servicios, y obras que ayudarán a retomar la confianza y credibilidad de la población.

Bajo este concepto, es necesario entender, una vez más, que nos encontramos en la etapa de liquidación de un servicio; es decir, la estructura de una contratación de este tipo de actividades se basa de la siguiente manera:



Extraído de material de participante OSCE – contrataciones de obras públicas 2013 - https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso_contratacion_obras/libro_cap4_obras.pdf.

En ese sentido, estamos a puertas de culminar el contrato mismo, conllevando de esta forma al cumplimiento de la finalidad pública y los beneficios que puedan obtener los privados al momento de iniciar una contratación con el Estado. Entonces, el hecho de resolver el contrato al final del servicio es considerado como el hecho de no contemplar los aspectos de una finalidad pública de la misma ley y se deberían de realizar los mayores esfuerzos para mantener el statu quo del contrato.

Aunado a ello, “Cuando las entidades contratan un bien, un servicio o la ejecución de una obra, no solo está de por medio la satisfacción de una necesidad propia de la Entidad, sino que existe un fin mayor que trasciende a la compra; este fin lo constituye la finalidad pública, y por medio de ella el Estado -a través de las entidades- busca satisfacer las necesidades de la sociedad.” (Hernández, 2015, p.100).

Pues bien, observamos también que la finalidad pública, junto al principio de eficiencia y eficacia, que debe contar toda contratación estatal, deben cumplir el criterio de que la resolución contractual debe usarse como herramienta última para ser activada, puesto que el hecho de efectuarla sin realizar un análisis costo - beneficio, que si bien es cierto la Ley no te pide, podría generar un perjuicio mayor al Consorcio y este es, perjudicar la continuidad de una ejecución contractual y/o prestación de servicios, sin contar con los montos reflejados en las indemnizaciones en caso haya existido un mal proceder.

Bajo este contexto, el árbitro ha considerado que al momento de hacer efectivo su análisis sobre la resolución contractual, debe primar el procedimiento frente a la documentación fáctica que se ha cursado previo al proceso arbitral. Es decir, el árbitro se ha regido bajo una interpretación literal de la norma al indicar que únicamente debe analizar si es que la Entidad cumplió con la formalidad para la resolución que establece el contrato y si se presentaron las causales invocadas por el PSI para resolver el contrato tal como lo demuestra su fundamento 77:

77. Como se puede apreciar de la reseña de las posiciones de ambas partes, el CONSORCIO cuestiona la resolución del Contrato alegando lo siguiente: (i) no haber incurrido en incumplimiento contractual, pues el Informe Final fue presentado y todas las observaciones fueron subsanadas, y (ii) El PSI ha resuelto el Contrato sin haberse pronunciado sobre las comunicaciones previamente el CONSORCIO le había remitido.

Para determinar si el contrato fue válidamente resuelto por el PSI, el Árbitro Único deberá analizar (i) si la Entidad cumplió con la formalidad para la resolución que establece el Contrato, la LCE y el Reglamento de la LCE; y (ii) si se presentaron las causales invocadas por el PSI para resolver el Contrato.

Entonces, al momento de laudar, el árbitro señala que correspondía declarar infundada la petición de declarar nula la resolución del contrato sin tener en consideración todas las herramientas que ha remitido el Consorcio y, además, sin tener en consideración los principios que rigen en las contrataciones públicas.

Por otro lado, vemos que el hecho de que el Consorcio haya presentado documentación adicional, mediante Carta N° 51-2018-CSR, requerida por el área usuaria de la Entidad, implica que este requerimiento fue presentado en base al principio de la buena fe contractual, aplicado supletoriamente en la Ley de contrataciones con el Estado. Bajo este punto, se exige la buena fe en cada una de las fases del contrato, tanto en la fase previa a la contratación como en la fase de ejecución o prestación del servicio, aunque no se establezca si la buena fe en la negociación tiene diferencias con la buena fe en el cumplimiento. Si bien el trato es diferenciado, tenemos que indicar que el hecho que se le haya requerido información adicional al Consorcio para suplir las observaciones que había detectado la Entidad y que, en ningún momento

del proceso refutó en decir si mantenían dichas observaciones o si fuesen nuevas observaciones, el Consorcio, en aras de mantener la probidad, vigencia de su contrato y buscar la finalidad pública, procedió a entregar dicho requerimiento.

4.1.3. Hincapié sobre el derecho al debido proceso

Ahora bien, teniendo claro las causales resolutivas que ameritan la terminación del contrato y la razón del por qué esta herramienta debe usarse como última acción, podemos aterrizar el problema del presente apartado. Lo que señala el árbitro, al momento de hacer efectivo su análisis, es que existió un incumplimiento de obligaciones contractuales del Consorcio, a fin de que éste no pudo demostrar que cumplió con levantar todas las observaciones detectadas por la Entidad y que por tanto no ha habido violación a los derechos del Consorcio porque ha existido una clara manifestación de subsanar observaciones acreditadas por la Entidad y en ningún momento se cuestionó la problemática que si estas eran legales o no. Asimismo, el árbitro considera que no se ha logrado determinar que el informe final cumpla con lo establecido en los Términos de Referencia.

4.1.3.1. Respecto al derecho del debido proceso:

El tribunal constitucional, mediante el fundamento 08 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 03997-2005-PC/TC, menciona sobre el derecho de defensa y el debido proceso lo siguiente:

*“(...) El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa, garantiza que toda persona, natural o jurídica, sometida a un proceso jurisdiccional, cualquiera que sea la materia de que este se trate, no pueda quedar en estado de indefensión. La situación de indefensión que el programa normativo del derecho de defensa repulsa no solo se presenta cuando el justiciable no ha tenido la oportunidad de formular sus descargos frente a las pretensiones de la otra parte, sino también cuando, **no obstante haberse realizado determinados actos procesales destinados***

a levantar los cargos formulados en contra, en el caso, se evidencie que la defensa no ha sido real y efectiva (...)”. (Énfasis propio)

Bajo esta cita, podemos decir que la Entidad, al momento de notificar la Carta Notarial N° 155773 de fecha 05 de febrero de 2018, no tomó en consideración la Carta N° 30-2018-CSR por parte del Consorcio en el cual se lograban sustentar el levantamiento de observaciones detectados por el PSI. Asimismo, el Consorcio presentó, adicionalmente, la Carta N° 50-2018-CSR de fecha 19 de febrero de 2018 en el que se indica un reiterativo a la Entidad con la finalidad de dar a cuenta que las observaciones ya fueron levantadas y que la carta notarial de apercibimiento debía de darse por cumplida porque fue emitida mucho tiempo después de que se hubiese levantado las observaciones.

Podemos entender que la Entidad, en primera instancia, no se encontraba tomando en cuenta la documentación que estaba presentando el Consorcio, vulnerando así un derecho fundamental implícito dentro del derecho al debido proceso como lo es la valoración de la prueba impidiendo así que haya un correcto procedimiento y una mal intención por parte de la Entidad a fin de buscar causales resolutorias del Contrato.

Así pues, este derecho de valoración a las pruebas, como se indica en la Casación N° 2169-2009-Lima, viene a ser como un tipo de garantías que asisten a las partes del proceso y consiste en presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Tal como lo señaló el Tribunal Constitucional bajo la sentencia recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC y en el fundamento 2 de la sentencia recaída en el Exp. N° 1557-2012-PHC/TC de fecha 4 de junio de 2012, el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva; ello en la medida en que los justiciables están facultados para presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos.

Sin perjuicio de ello, vemos que el derecho a la valoración de las pruebas no solo se aprecia en un proceso judicial donde el juez sea el encargado de velar por el reconocimiento de dichos medios, sino que, no se aleja de su influencia

en un proceso arbitral. Pues, la actividad probatoria es un mecanismo visto en los arbitrajes que van a coadyuvar al Tribunal a decidir una solución a la controversia que ha surgido entre las partes.

Pero, ¿Es tan importante la prueba en el arbitraje? Considero que sí, puesto que una prueba es una herramienta usada por las partes con el fin de brindar su verdad en el proceso y del cómo fueron los hechos ocurridos; es decir, la prueba sirve para influir en la decisión de un árbitro siempre y cuando estas contengan los instrumentos adecuados llámese declaraciones, inspecciones, peritajes y hasta los documentos que se presenten.

A raíz de ello, el Consorcio ha presentado 2 documentos que no han sido valorados por parte de la Entidad al momento de notificar con el apercibimiento del contrato. Más aún es que, luego de que el Consorcio haya hecho un reiterativo mediante la Carta N° 50-2018-CSR de fecha 19 de febrero de 2018, se puso en contacto con el área usuaria de la Entidad con la finalidad de hacer un seguimiento de la documentación que estaba siendo ingresada anteriormente y, además, el Consorcio mantuvo reuniones con la Ing. María Guzmán Urrunaga, responsable del área de liquidación de contratos de supervisión en las cuales se había acordado que la Entidad requería de información complementaria. Dichas reuniones y/o visitas a la Entidad cuentan con data fehaciente puesto que se encuentran en grabaciones de ingreso y documentación escrita de ingreso que se encuentran en poder del PSI.

Entonces, a raíz de dichas reuniones y que la Entidad tenía pleno conocimiento de las cartas Carta N° 30-2018-CSR y Carta N° 50-2018-CSR presentadas por el Consorcio, es que, a manera de buena fe contractual, el Consorcio presenta la Carta N° 51-2018-CSR con fecha 14 de marzo de 2018. Sin embargo, al no tener respuesta alguna por parte de la Entidad y haciendo esperar un plazo irrisorio es que una vez más, el Consorcio presenta la Carta N° 55-2018-CSR con fecha 05 de junio de 2018 en la cual se indica que las observaciones ya han sido levantadas y que adicionalmente a lo solicitado por el área responsable del contrato de servicios, presenta documentación complementaria a fin de dar cumplimiento final al informe previo a la liquidación del servicio.

Pese a todo lo indicado, la Entidad procedió a resolver el Contrato mediante carta notarial de fecha 21 de junio de 2018 sin tomar en cuenta las cartas relatadas anteriormente; es decir, Carta N° 30-2018-CSR, Carta N° 50-2018-CSR, Carta N° 51-2018-CSR y Carta N° 55-2018-CSR.

Entonces, ¿No vemos que se está vulnerando el derecho al debido proceso y en buena cuenta el derecho del Consorcio en que su documentación sea analizada, valorada y/o actuada? Bajo dicha pregunta, vemos que se puede responder de la siguiente manera.

A fin de que una prueba deba ser correctamente valorada en el proceso arbitral, debe cumplir ciertos requisitos o también conocidos como filtros para que puedan llegar a ser admitidos y estos son el principio de eventualidad, el principio de pertinencia, el principio de utilidad y el principio de licitud. Todo ello también con la finalidad de verificar si aquellos documentos guardan relación lógica con los hechos materia de controversia.

Analizando uno por uno los principios que acreditan una correcta valoración de la prueba, vemos que, en primer lugar, el principio de eventualidad aplicado al presente caso versa de la siguiente manera. Este principio se basa en que no se sorprenda al adversario con medios probatorios de último momento, que no alcance a controvertir, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda ejercitar eficazmente su defensa (Bustamante, 1997, p.179). Claramente se aprecia que la documentación de las 4 cartas ofrecidas y presentadas por el Consorcio fue presentada dentro del arbitraje y fueron actividad cursada al momento previo de la resolución contractual.

En segundo lugar, el principio de pertinencia exige que los medios probatorios ofrecidos guarden una relación lógico-jurídica con los hechos que sustentan la pretensión o la defensa, de lo contrario, no deben ser admitidos en el proceso o procedimiento (Bustamante, 1997). Aquí podemos observar que el Consorcio, al momento de presentar las cartas que levantan las observaciones, éstas guardan total coherencia lógica con la controversia puesto que, sin el análisis de estos documentos, no podría tomarse una decisión final por parte del árbitro. Fue el Consorcio quien al presentar las cartas lo hizo pensando en

el poder lograr cumplir con el objeto del contrato y buscar el bienestar plasmado en el interés público.

En tercer lugar, nos encontramos frente al principio de idoneidad o conducencia de los medios probatorios. Bajo este punto, se puede señalar que a este principio se le exige que el sujeto procesal cuide que los medios probatorios con los que pretende acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa sean aquellos que la ley permite utilizar para acreditar tales hechos (Bustamante, 1997). Es decir, este principio es peligroso de interpretar porque será el árbitro quien tenga la facultad de disponer sobre dichos medios probatorios y decidir si pueden valerse en el proceso. Además, este actuar del árbitro sería sólo válidas en tanto resulten justificadas por la necesidad de salvaguardar otro derecho de la contraparte o tercero involucrado. Sin embargo, en el presente caso no ocurre una afectación de un derecho de la contraparte o tercero, es más, fue el mismo Consorcio quien presentó, como ya lo volvemos a indicar, los documentos referidos a su levantamiento de observaciones.

Por último, conforme al principio de utilidad, señala que sólo deben ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, de tal manera que, si un medio probatorio ofrecido no tiene este propósito, debe ser rechazado de plano por aquel (Bustamante, 1997). Necesariamente estos documentos van a servir para que el árbitro pueda tener mayor conocimiento y amplitud al momento de tomar una decisión. El contenido de las cartas no tomadas en cuenta por la Entidad son determinantes para saber si se logró levantar las observaciones del Consorcio.

Como vemos, la documentación presentada por el Consorcio no fue tomada en cuenta por el árbitro por más que la Entidad haya aceptado en su argumentación que si tenía conocimiento de las mismas, pero no las toma en cuenta porque la resolución contractual ya había sido redactada previo a la emisión de los documentos del Consorcio.

El art. 33 de la Ley de Arbitraje señala que es el mismo Tribunal quien tiene la facultad de determinar de manera exclusiva el valor de las pruebas y que

por tanto ha tenido que tener actuar los documentos al momento de dar por analizado el tema del incumplimiento de obligaciones contractuales del Consorcio. Asimismo, todos los medios probatorios deben de ser valorados de forma conjunta; o sea, no se puede dar una correcta actuación y valoración probatoria si en este caso solamente hayan analizado una de las 4 cartas ingresadas previamente a la resolución contractual o solo la documentación presentada previa a la Carta N° 030-2018-CSR.

En ese sentido, según el profesor Thomas Clay (2012), señala que el árbitro es quien tiene el mayor número de obligaciones y siguiendo un orden lógico, es decir considerando el desarrollo del procedimiento arbitral y las divide en 3 categorías. Dentro de ellas encontramos a la obligación del árbitro en la prueba, que viene a ser la de brindar un trato equitativo de las partes a fin de deliberar un correcto laudo arbitral.

Por tanto, bajo este derecho constitucional a un debido proceso y viendo la afectación de la correcta valoración de la prueba considero que el razonamiento del árbitro no es tan analítico porque se basa en que el Consorcio nunca presentó adjuntos de las cartas subsanatorias; sin embargo, **la Entidad acepta a ver recibido los adjuntos y archivadores de observaciones, pero no se pronuncia sobre su correcta subsanación.** Entonces el deber de la Entidad era el de responder si está conforme o no, pero ese deber no le corresponde al árbitro por el hecho de que no es una persona especialista en temas técnicos de ingeniería y tampoco se observa que haya existido un peritaje.

Por último, en caso el árbitro no haya tenido acceso a los documentos y archivadores que la Entidad acepta haber tenido en su poder, previo a la resolución contractual, se debió efectuar con mayor ahínco el tema de la facultad que cuenta el árbitro en sede arbitral de solicitar una prueba de oficio mediante la cual solicite, ya sea durante la fase probatoria o en su extremo, en la fase previo a laudar, dicha información a fin de obtener mejores herramientas para resolver la controversia puesto que éste se encuentra facultado para incorporar al proceso medios probatorios de oficio y ordenar su posterior actuación.

Siendo esto así, en caso que las partes se hayan rehusado a presentar medios probatorios que el árbitro o tribunal arbitral consideren relevantes para resolver la controversia, éste tendría la opción de prescindir del medio de prueba, resolviendo únicamente con el material probatorio que ya obra en el proceso o sino considerar que el medio probatorio sea imprescindible para el conocimiento de los hechos (Arrarte, 2012, 2017). Sin embargo, vemos claramente que no se ha solicitado mayor información sobre este punto en la Audiencia de ilustración a sabiendas que el Consorcio había acreditado el levantamiento de observaciones mediante archivadores del área técnica.

4.1.3.2. Respecto a la falta de pronunciamiento sobre el levantamiento de observaciones por parte de la Entidad:

Se puede apreciar en un primer momento que la Entidad está reconociendo que hay archivadores y hubo un cruce de comunicaciones mediante las Cartas N° 30-2018-CSR, 50-2018-CSR, 51-2018-CSR y 55-2018-CSR que acreditaban que había tomado conocimiento del levantamiento de observaciones del informe final de liquidación del servicio por parte del Consorcio, tal como lo indica el fundamento N° 92:

92. De otro lado, el PSI admite haber recibido dichas comunicaciones, como se aprecia en la línea de tiempo que presentó en la Audiencia Única y que está comprendida en las láminas de la presentación que obran en el expediente.

En ese sentido, ha tenido que ser la misma Entidad quien debió haberse pronunciado sobre el correcto proceder del Consorcio al momento de indicar si las observaciones efectuadas por el PSI eran correctas o no.

Así también lo entiende la Opinión N° 010-2018/DTN que señala que, cuando en un contrato de consultoría de obra consistente en la elaboración de un Expediente Técnico de Obra, la Entidad advierte observaciones en el contenido de dicho Expediente, ésta debe manifestarle al contratista el sentido de tales observaciones, otorgándole el plazo correspondiente para su subsanación; debiendo precisarse que, en caso el contratista no cumpla

cabalmente con la subsanación de dichas observaciones, la Entidad podrá resolver el contrato, y aplicar las penalidades que correspondan desde el vencimiento del plazo previsto para subsanar. De ello se puede entender que, si bien es cierto, la Entidad le otorga un plazo al contratista para subsanar algunas observaciones detectadas, es la misma Entidad quien tiene la obligación de pronunciarse sobre la viabilidad de las mismas y no un tercero o en este caso un árbitro, salvo la controversia gire en torno a la correcta subsanación de las observaciones.

Ahora bien, el tema central en el que gira el problema del presente arbitraje es por el supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del Consorcio lo que devino en si las observaciones fueron correctamente subsanadas o no; sin embargo, el problema debió ser si es que se presentaron o no las observaciones y para ello, el poder de decisión partía de la misma Entidad para pronunciarse al respecto.

Pues bien, lo que señala la Opinión N° 016-2019/DTN es que se advierte que cualquiera de las partes contratantes puede resolver el contrato ante el incumplimiento de las obligaciones de su respectiva contraparte; para ello, previamente la parte perjudicada debe requerirle mediante carta notarial que cumpla con ejecutarlas dentro del plazo establecido.

Ante ello, podemos apreciar claramente que la normativa de contrataciones públicas previó que la misma Entidad debe comunicarle al Consorcio la existencia y el sentido de las observaciones que haya advertido, a efectos de que este último pueda subsanarlas dentro del plazo otorgado conforme al artículo 176 del Reglamento y de esa manera la Entidad pueda emitir la conformidad respectiva; es decir, **era la obligación por parte de la Entidad pronunciarse sobre las cartas N° 30-2018-CSR, carta N° 50-2018- CSR, carta N° 51-2018- CSR y carta N° 55-2018- CSR**, conforme lo establece la Ley y su Reglamento.

4.1.4. Potestad arbitral para pronunciarse fuera de lo solicitado – incompetencia del tribunal arbitral a asuntos no sometidos a controversia

Aunado a lo ya analizado, vemos que el árbitro hace mal en asumir el fundamento referido a que las observaciones han sido o no han sido subsanadas. Como el Consorcio reconoce las observaciones y él indica que no está acreditado que el levantamiento de sus observaciones mediante esas cartas haya sido subsanado correctamente, el árbitro no puede decir si estaba correcto o no ese informe.

Ahora bien, para analizar la siguiente afectación será bueno remitirnos al concepto del término de la incongruencia ultra petita en el ámbito civil y es cuando “el juez otorga más de lo que realmente pidieron las partes y que dicho criterio que se maneja en esta incongruencia para poder determinar cuándo se da más de lo pedido por las partes” (Hurtado, 2011), pero ¿Ello puede ser llevado al campo del arbitraje? Para eso nos remitimos a lo que señala el literal d) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje que establece que se puede pedir la anulación si es que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

Al respecto, lo que los árbitros pueden resolver son las materias que las partes, por pacto, le han sometido a decisión y se encuentran amparadas bajo un convenio arbitral. Asimismo, como lo señala Alfredo Bullard (2013), ello implica contemplar si la controversia está dentro del ámbito del convenio arbitral, y si estando dentro del ámbito del convenio arbitral, se encuentra dentro de los asuntos que las partes han sometido al tribunal, al plantear sus pretensiones o solicitudes.

Asimismo, bajo esta relación de lo que debe pronunciarse un juez y un árbitro sobre los temas de las figuras de los fallos extra petita o ultra petita, es que tanto los jueces y los árbitros están impedidos para pronunciarse si el asunto o materia sobre la que decidieron no fue objeto de discusión entre las partes

durante al desarrollo del arbitraje (Bullard, 2013, p.88). Por ello, como veremos, el árbitro deberá cuestionar solamente lo referido en la controversia.

Ello también se encuentra muy ligado al principio del kompetenz kompetenz puesto que este se trabaja bajo el hecho de que el mismo tribunal declara su competencia. Lo cierto es que ese principio no puede colisionar con la materia sometida a controversia y el convenio arbitral puesto ¿qué pasaría si ponemos en nuestro convenio que la nulidad o resolución del contrato no iba a ser materia de controversia? Entonces al final las partes pueden pedir la solicitud de exclusión arbitral en caso se haya considerado que el árbitro haya expresado algún tema de la materia controvertida, salvo dicho pronunciamiento haya sido justificado y necesario para brindar mayor claridad al laudo arbitral.

Asimismo, vemos que este principio ya ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional mediante los fundamentos 12 y 13 de la sentencia recaída bajo el Expediente N° 6167-2005-HC/TC:

“(...) Se precisa que, en el ámbito de sus competencias, es aplicable a la jurisdicción arbitral el principio de no interferencia contemplado en el artículo 139.2 de la Constitución. Asimismo, se reitera la plena vigencia del principio de la «kompetenz-kompetenz» que faculta a los árbitros a decidir sobre las materias de su competencia, a fin de evitar que alguna de las partes cuestione las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros, con el objeto de desplazar la controversia al terreno judicial (...)”.

Sin embargo, como ya lo hemos apreciado, tampoco se han advertido herramientas probatorias necesarias para que el árbitro haya podido hacer valer las cartas no contempladas ni respondidas por parte de la Entidad por lo que el árbitro se ha pronunciado sobre un tema que no ha sido traído a la controversia por las partes.

Entonces, el árbitro, conforme a los fundamentos de análisis del punto de incumplimiento de obligaciones, ¿ha debido pronunciarse sobre el tema de la conformidad del informe final previo a la liquidación? Pues lo que se señala en el fundamento N° 95 es lo siguiente:

“Ante la situación, y considerando que el Consorcio nunca cuestionó la legalidad o pertinencia de las observaciones, ni antes ni durante el presente arbitraje, sino que por el contrario ha remitido varias comunicaciones levantando las observaciones y avisando que estaban subsanadas, este árbitro único concluye que las distintas versiones del informe final que el Consorcio envió, no cumplen con los términos de referencia y por lo tanto habían sido correctamente observados”.
(Énfasis nuestro)

Dicho esto, lo que se encuentra en materia controvertida en el arbitraje es si se resolvió el contrato de manera correcta y si su fundamentación calzaba dentro de los incumplimientos de obligaciones contractuales del Consorcio. Pues viendo ello así, **el árbitro concluye fehacientemente que el Consorcio no ha cumplido con subsanar las observaciones** realizadas por la Entidad sin tener en cuenta que dicha actividad le correspondía al mismo PSI o en todo caso, en su fundamentación solicitar de manera de oficio la presencia de una herramienta valorativa como lo es un peritaje.

Entonces, ¿el hecho de que el árbitro haya solicitado un peritaje especializado nos hubiera llevado a aclarar la sustentación del árbitro? Considero que sí, puesto que el árbitro no tiene la especialidad para poder dar una respuesta sobre los requerimientos técnicos mínimos que se requirieren en estos temas de contrataciones públicas.

4.2.¿Se le puede aplicar penalidades al Contratista por no levantar observaciones fuera de plazo contractual?

4.2.1. Aproximación al desarrollo de las penalidades en el RLCE:

A manera previa de desarrollar el siguiente problema jurídico, es necesario tener en consideración bajo qué argumentos fácticos y normativos, las penalidades han sido supuestamente impuestas durante la prestación del servicio. Así pues, se tiene que, los contratos administrativos mantienen una naturaleza jurídica vinculada al derecho público puesto que, bajo una mirada del nuevo derecho administrativo, responde a una idea de que los privados empiecen a coadyuvar con sus actividades con la misión de la Administración pública mediante la institución contractual a fin de que también garantice al contratista que no se vulneren sus derechos.

En ese sentido, en un contrato administrativo, el principal actor viene a ser la Administración a fin de satisfacer necesidades públicas y posee determinadas características propias. Y es que la Administración Pública requiere la colaboración de la actividad privada para efectuar acciones que por sí misma no puede, lo cual a su vez obliga a que la contratación administrativa posea determinadas características y una regulación que se encuentra sometida a constantes cambios (Guzmán, 2007).

Pues bien, los contratos administrativos, en especial, los contratos con la finalidad de ejecutar de obras y prestar de servicios, amparadas bajo la Ley y Reglamento de las contrataciones con el Estado, mantienen un régimen especial en cuanto a un incumplimiento ya sea por la demora en la ejecución o prestación o ya sea por diversos factores tipificados en el contrato principal de las partes.

Bajo este contexto es que sale a relucir la importancia de las penalidades dentro de este tipo de contratos con un régimen especial. Según Erick Cuba Meneses (2019), una cláusula penal tiene una naturaleza accesoria, subsidiaria y condicional. Es accesoria porque su función jurídica depende de una obligación principal: la cláusula penal constituye la valuación anticipada de los daños y perjuicios por la inexecución de la obligación principal. Por ello, la nulidad de la obligación principal origina la nulidad de la cláusula penal,

pero la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal⁴.

Por otro lado, es subsidiaria porque no sustituye a la obligación principal; ella no permite al deudor liberarse de la obligación principal prometiendo cumplir la pena. La cláusula penal puede exigirla el acreedor, en caso de incumplimiento, y no el deudor. Se trata pues de una medida de seguridad del cumplimiento de la obligación principal, que la acompaña y no la reemplaza. Por último, es una obligación condicional porque para exigirla se requiere que el deudor incumpla la obligación principal; y este incumplimiento es un hecho futuro e incierto (Osterling y Castillo, p.303).

En ese sentido, las sanciones materializadas en las penalidades, son consecuencia del poder de direccionamiento, control y gestión que cuenta la Administración durante la ejecución de los contratos administrativos las que no buscan un fin de solamente sancionar sino ir a la par del enfoque de gestión por resultados que expresa la Ley de Contrataciones del Estado y se basa en proporcionar un marco coherente para la eficacia del desarrollo de las metas.

4.2.2. Clasificación y procedimiento de aplicación de las penalidades

Ya enfocándonos en el presente problema, la normativa señala que el contrato de supervisión ha establecido penalidades aplicables ante el incumplimiento injustificado de obligaciones del contratista. Dichas penalidades, previo análisis de incorporarlas al contrato, habiendo ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, encuentran su fundamento legal en el art. 165 y art. 166 del Reglamento.

- a) Penalidades por mora: son aquellas que se contraen ante un eventual retraso en el cumplimiento de una prestación o ejecución de obligación contractual; es decir, no se aplica al incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales en sí sino al retraso.

⁴ Artículo 1345 del Código Civil Peruano. La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal.

- b) Otras penalidades: son aquellas que la Entidad ha establecido previamente en los documentos del procedimiento de selección con información proveniente del requerimiento, que obliga a ella enlistar detalladamente los supuestos de aplicación de la mencionada penalidad (Álvarez y Álvarez, 2017, p.949).

En ese sentido, la normativa es clara al señalar que una penalidad por mora solamente va a regir cuando el contratista haya caído en un retraso injustificado en la ejecución de la prestación del servicio u obra.

Ahora bien, la Opinión N° 131-2019/DTN referido a la aplicación y procedimiento de penalidades en los servicios de consultoría señala que la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos de selección la aplicación de “*Otras penalidades*”, distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación; debiendo precisarse que para tal efecto, la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora previsto en el artículo 162 del Reglamento; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, **iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.**

En ese sentido, en caso detectemos la aplicación de las denominadas otras penalidades, están han de haber establecidas dentro del Contrato y Términos de Referencia, así como haberse establecido su procedimiento, por ejemplo, la emisión de un acta donde se acredite la falta.

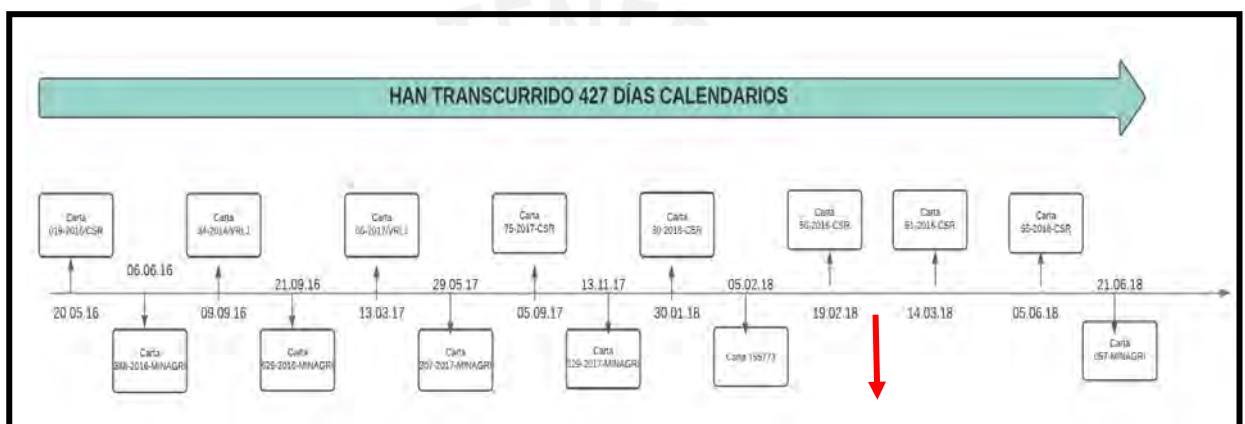
Pero, por otro lado, en cuanto al procedimiento de aplicación de penalidades por mora, no hay necesidad de intimación ni se necesita informes que acrediten que el Consorcio se encuentra en retraso siempre y cuando este sea injustificado.

4.2.3. Análisis de la procedencia de las penalidades

Para el presente problema, debemos mantener 2 posiciones que consideramos el Árbitro no ha tenido en consideración:

a. En caso se haya aplicado penalidades durante etapa de observaciones:

Es necesario realizar un cuadro del plazo que ha transcurrido desde que el Consorcio presentó el Informe final, requerido en los Términos de Referencia, y la fecha de la resolución contractual:



Elaboración propia

Es decir, se aprecia que la Entidad habría tomado un plazo excesivo de 427 días calendarios a fin de determinar la acción resolutoria del contrato. Durante ese tiempo, se aprecia que fue la misma Entidad que otorgaba un plazo para que el Consorcio pueda subsanar las observaciones que se detectaban a fin de proseguir con la aprobación de la liquidación y dar por culminada el proyecto de obra.

Al respecto, la Opinión vinculante del OSCE N° 189-17/DTN manifiesta que en caso la Entidad advirtiera la existencia de observaciones, ésta deberá manifestarle al contratista el sentido de dichas observaciones, otorgándole el plazo correspondiente para su subsanación; siendo que, si el contratista no cumpliera cabalmente con la subsanación de las observaciones advertidas, la Entidad podría resolver el contrato, y aplicar

las penalidades previstas⁵ en los documentos del procedimiento de selección, según corresponda.

Pues bien, en ningún momento del transcurso de las comunicaciones, el Consorcio se ha opuesto o ha manifestado su inconformidad por las observaciones determinadas por la Entidad, es más, es cierto que ha cumplido con subsanarlas a razón de evitar dilatar el tiempo y es que con las Cartas N° 30-2018-CSR, 50-2018-CSR, 51-2018-CSR y 55-2018-CSR que cumplió con presentar el levantamiento de observaciones que al final no fueron tomados en cuenta por la Entidad al momento de efectuar la resolución contractual, como ya lo hemos visto en el capítulo anterior.

La Entidad, mediante Carta Notarial N° 129-2017-MINAGRI de fecha 05 de setiembre de 2017 apercibe al contratista a fin de que cumpla con sus obligaciones de presentar el informe final, puesto que, para ellos, no se había entregado nada. Sin embargo, las comunicaciones e intercambio de documentación valorativa vienen a ser clara prueba de que el Consorcio mantenía vigente el principio de buena fe a fin de cumplir con las expectativas de los Términos de Referencia.

Esto se manifestó en diversas oportunidades, dado que se había mantenido reuniones en las instalaciones de la Entidad con el área usuaria para hacer un seguimiento a la documentación presentada, donde en dichas reuniones, la ing. María Guzmán Urrunaga, encargada del área de liquidación de contratos de supervisión, comunicó que se requería de información complementaria a la ya entregada posteriormente a el apercibimiento del contrato.

El hecho que la Entidad, internamente, haya solicitado información “complementaria” acredita que las observaciones ya fueron levantadas y que se estaba solicitando información que no se encontraba dentro de los Términos de Referencia, escapando de la buena fe que el Consorcio estaba

⁵En concordancia con el criterio contenido en la Opinión N° 023-2017/DTN, para que proceda la aplicación de penalidades, **distintas a la penalidad por mora**, las mismas deben estar contempladas en las Bases Integradas y/o en la proforma del contrato que forma parte de estas, pues en caso de no haberse previsto en ninguno de estos documentos, dichas penalidades no podrán ser aplicadas al contratista durante la etapa de ejecución contractual.

manteniendo en ese plazo. Siendo esto así, el mal actuar de la Entidad devino en considerar este plazo como incumplimiento por parte del Consorcio y bajo su responsabilidad llegar al monto máximo de penalidades.

Ahora bien, bajo ese contexto, la Entidad puede señalar que debido al plazo excesivo que se ha brindado al Consorcio a fin de cumplir con sus obligaciones, es que ha llegado a una acumulación máxima de penalidades por mora, conforme al art. 169 del RLCE; sin embargo, ese plazo que se señala en la imagen adjunta, ¿ha sido responsabilidad del Consorcio?

Para ello es necesario tener en consideración que el hecho que en realidad la penalidad no se aplica estrictamente por un incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales sino por el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones (Álvarez y Álvarez, 2017, p.949).

En ese sentido, el hecho de aplicar penalidades por el plazo de levantamiento de observaciones, que ha otorgado de manera unilateral la Entidad, no debería ser considerado como una penalidad automática o por mora ni mucho menos estaría encajando dentro de otras penalidades al no estar establecido o tipificado dentro del Contrato principal y porque el levantamiento de observaciones no forma parte del plazo de ejecución contractual.

Ello se le suma lo que señala recientemente la Opinión N° 050-2021/DTN puesto que cuando el levantamiento de las observaciones se realice dentro del plazo otorgado por la Entidad, en aplicación del numeral 168.4 del artículo 168 del Reglamento, no cabe la aplicación de penalidades al contratista, independientemente del tiempo que se hubiese demorado la Entidad en pronunciarse y emitir la conformidad.

Bajo este contexto, podríamos indicar que, en caso se haya establecido que los 427 días calendarios son imputables directamente al Consorcio y que ese plazo fue determinante para acumular el monto máximo de penalidad, ésta devendría en ilegal porque conforme lo señala el Reglamento de la

Ley de Contrataciones y las opiniones vinculantes del OSCE, este plazo de demora por parte de la Entidad no es atribuible como demora al Consorcio.

Por lo tanto, en la etapa de observación lo que corresponde no es penalidad por mora sino otras penalidades siempre que esas estén detalladas en el contrato. Como hemos visto, la aplicación de penalidades por mora está ligada a incumplimientos o retrasos injustificados de la prestación y en este caso la prestación era el informe final. De ahí para adelante ya no es presentación del levantamiento de observaciones porque no está vinculada al objeto del contrato.

b. En caso no se haya aplicado penalidades durante etapa de observaciones:

El análisis que realiza el árbitro en el fundamento referido a la acumulación del máximo de penalidades, se aprecia una falta de motivación al mismo puesto que solamente se basa en lo siguiente:

• ***Sobre la acumulación del máximo de penalidades.***

102. Respecto de la acumulación de penalidades, como señala el artículo 169º del Reglamento de la LCE, "no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a acumulación del monto máximo de penalidad por mora. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato".

103. Este Árbitro Único aprecia que no hay discrepancia entre las partes respecto de los sucesivos envíos de distintas versiones del Informe Final. Al no haber cuestionado el CONSORCIO las observaciones, ni mucho menos acreditado que su última versión del Informe Final sí cumplía con las exigencias de los términos de referencia, se puede concluir que el Informe Final no cumplía con dichas exigencias. En todo caso, correspondía al CONSORCIO acreditar que las observaciones eran improcedentes o que ya habían sido subsanadas, lo cual no ha sido acreditado. Por tanto, al no haberse subsanado las observaciones dentro del plazo otorgado bajo apercibimiento, se concluye que el Informe Final no ha sido presentado, a pesar de todo el tiempo transcurrido.

Es decir, en caso el Consorcio haya llegado al máximo de aplicación de la penalidad por mora debido al retraso injustificado al momento de presentar el informe final previo a la liquidación del contrato, éste se vería diluido en el sentido que el árbitro no realiza el análisis a fondo de dicho supuesto, es más, no se aprecia en la Resolución del laudo arbitral la fórmula concerniente a cómo se ha podido llegar a ese monto máximo de penalidad.

En esa misma línea, podemos entender que la motivación que ha realizado el árbitro deviene en incorrecta puesto que no se aprecia en el fundamento 102 y 103 referidos al análisis del correcto proceder de las penalidades máximas. En ese sentido, es necesario en traer a colación el concepto de la motivación insuficiente señalado en el fundamento 7.d) de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 728-2008-HC/TC mediante el cual se indica lo siguiente:

“Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido el Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo”.

En ese sentido, aterrizando este concepto a nuestra hipótesis, conforme lo señala el profesor Julio Wong Abad (2003), el Tribunal Constitucional estima que la insuficiencia debe apreciarse caso por caso y, como ya ha sostenido en ocasiones anteriores, no garantiza el hecho de que se constituya una motivación no implica consecuentemente que los árbitros se deban pronunciar sobre cada argumento esgrimido por las partes.

Sin embargo, es evidente que al momento de efectuar un argumento que pueda ser determinante en la controversia, este si deba contar con la exhaustividad necesaria a fin de tomar dicha decisión sin la necesidad de que posteriormente se pueda juzgar, mediante la vía del recurso de anulación de laudo.

Por tanto, se puede observar que en caso se pueda fundamentar que los 187 días de demora en la presentación del informe final por parte del Consorcio constituían una acumulación del monto máximo de penalidades. ¿Por qué el árbitro no motivó mediante cuadros o mecanismos gráficos que puedan evidenciar el correcto proceder? Sin perjuicio de ello, procedió a analizar el tema de las observaciones, dando a entender que la motivación, si bien es cierto existía, no era suficiente.

4.2.4. La razonabilidad del plazo y su vinculación al principio de seguridad jurídica.

Por último, como ya hemos observado, la Entidad al momento de entender la situación de las observaciones detectadas en la entrega del informe final, previo a la liquidación, debió manifestarse por la procedencia del correcto levantamiento de dichas observaciones; sin embargo, por más que el Consorcio nunca cuestionó la legalidad o pertinencia de las observaciones ni antes ni durante el presente proceso, sino que por el contrario ha remitido varias comunicaciones levantando observaciones y avisando que estaban subsanadas, no le quita lo sustancial del asunto, pues éste debería ser que la Entidad, en una clara afectación al principio de seguridad jurídica, ha otorgado un plazo de 427 días al Consorcio a fin de que pueda subsanar las observaciones, las cuales en principio se alegaron haber sido cumplidas, pero que fue la misma Entidad quien nunca se pronunció sobre dicho proceder.

Más aún fue el hecho que no se haya tomado en consideración las últimas cartas donde se evidenciaba el levantamiento de observaciones provenientes, también, de la información solicitada por el área usuaria; sin embargo, ¿Cómo afecta este principio de seguridad jurídica? Pues, la seguridad jurídica consiste, en esencia, en que el Derecho será cumplido y, por consiguiente, que las conductas de las personas, pero principalmente del Estado, sus órganos y organismos, serán predecibles. Lo esencial de la seguridad jurídica es poder predecir la conducta de las personas y del poder a partir de lo que manda el Derecho. Puede ser que las personas discrepen con esas conductas, pero cuando tienen seguridad jurídica saben cuáles son las que predetermina el

Derecho. Esto permite organizar la propia vida y sus situaciones de manera jurídicamente correcta (Rubio, 2006, p.79).

Así también, el mismo Tribunal Constitucional, mediante la sentencia 0001-0003-2003-A0TC, en su fundamento 3, señala que:

“(...) Mediante dicho principio se asegura a todos los individuos una expectativa razonablemente fundada sobre cómo actuarán los poderes públicos y, en general, los individuos al desarrollarse e interactuar en la vida comunitaria (...)”.

Es decir, la confiabilidad como garantía de cumplimiento otorgado por la Entidad avala en primera instancia que la resolución contractual no debía de efectuarse, puesto que por más que ésta estaba facultada conforme al art. 169 del RLCE, el plazo irrisorio que ha hecho esperar la Entidad demuestra la certeza de que el Consorcio ha tenido la mejor disponibilidad de continuar con la absolución de las observaciones; sin embargo, el PSI no tomó en consideración sus últimas pruebas.

Así también, estos actos de mala fe en el cumplimiento de los contratos como un espíritu de evadir las cláusulas del contrato; es decir, hay un abuso en determinar el incumplimiento o tomar una solución abusiva de disputas (haciendo interpretaciones antojadizas de las cláusulas del contrato, a fin de tomar ventajas sobre la otra parte para lograr la renegociación); remedios oportunistas; y, finalmente, abuso del poder de terminación del contrato (Zusman, 2005, P.25).

Ahora bien, ese plazo de 427 días que esperó la Entidad para notificar la resolución del contrato al Consorcio deviene claramente en un acto de mala fe contractual siendo que ese tiempo que se basó en tratativas extensivas que no se buscaba en sí una aclaración y subsanación del levantamiento de observaciones sino en hacer efectiva la documentación sustentatoria de la resolución contractual.

5. Conclusiones

Luego de efectuar el análisis al Expediente N° 1795-195-18-PUCP (Consortio Santa Rosa contra el Programa Sectorial de Irrigaciones – PSI), a manera de conclusión, podemos indicar los siguientes puntos resaltantes:

- Se considera que el árbitro no ha tenido en consideración la aplicación de los principios de la Ley de contrataciones con el Estado, como lo es la eficiencia y eficacia junto al principio de la finalidad pública, utilizados como directrices a fin de que una Entidad pública o privada pueda tomar mejores decisiones a fin de garantizar el beneficio de nuestra población.
- Se considera que ha existido una vulneración al derecho de defensa, más específico en el derecho de la valoración probatoria, derecho implícito y reconocido por el Tribunal Constitucional, debido a que el árbitro no ha actuado las Cartas N° 30-2018-CSR, Carta N° 50-2018-CSR, Carta N° 51-2018-CSR y Carta N° 55-2018-CSR de una manera debida al momento de plasmar su decisión arbitral.
- Se considera que el árbitro se ha pronunciado sobre una materia controvertida no puesta en discusión por las partes como lo es que se pronuncie sobre la correcta absolución de las observaciones del PSI. En ese sentido, su vinculación al principio del kompetenz kompetenz se vería influenciado al momento de laudar.
- Luego de analizar la naturaleza de las penalidades y de su procedencia en el marco de las contrataciones con el Estado, se considera que el árbitro no ha efectuado una correcta motivación al momento de analizar las causales de aplicación de penalidad y del cómo llegó al monto máximo de dichas penalidades.
- Asimismo, no se ha tomado en consideración el principio de seguridad jurídica, reconocido por diversas sentencias del Tribunal Constitucional, mediante el cual se vulnera la certeza que se ha generado en el Consortio a fin de que se pueda continuar con la prestación del servicio, así como el hecho de haber otorgado un plazo de 427 días para subsanar las observaciones detectadas por el PSI.

6. Recomendaciones

Ahora bien, luego de apreciar a las conclusiones a las que se ha llegado en el presente informe jurídico, considero pertinente que, en los arbitrajes, en especial los que versan sobre contrataciones públicas, deba tenerse en consideración lo siguiente:

- Como bien sabemos, los temas más delicados dentro de las contrataciones públicas, es el tema de la resolución contractual por el cual se da por finalizado un contrato de forma irreversible, generando de por sí daños colaterales con las personas o población que se vería beneficiada con la ejecución de todo tipo de obra contractual. En ese sentido, los principios, usados como directrices, siempre deben ser tomados con consideración al momento de efectuar el análisis de caso por caso; es decir, no debe regirse bajo una interpretación literal de la norma.
- La valoración probatoria, derecho implícito al debido proceso, debe ser correctamente evaluada y actuada a fin de no incurrir en la vulneración de este derecho fundamental. Entonces, ¿violar un derecho fundamental nos abre el camino a poder solicitar una acción de amparo? Ello ya es un camino jurídico con otro sustento.
- La debida motivación en el mundo jurídico siempre ha sido un tema que se presta a una interpretación de cada juzgador. Bajo ese parámetro, ¿quién nos dice que lo que ha motivado un árbitro es correcto? Se debe tener en consideración siempre tratar de dar respuesta a las pretensiones solicitadas por las partes a fin de evitar caer en causales de anulación de laudos y consecuentemente caer en el Poder Judicial.
- El hecho de incurrir en causal de anulación de laudo por falta de motivación, no significa que lo actuado por el árbitro sea incorrecto, sino que ha sido insuficiente y en el correcto respeto al derecho al debido proceso, mantener la igualdad de armas de las partes. En ese sentido, debe brindarse un respeto por el debido proceso en cualquier etapa del arbitraje sea el caso que fuese.

7. Referencia Bibliográfica:

- Álvarez Pedroza, Alejandro (2017). *Comentarios al Reglamento y la Ley de Contrataciones del Estado*. Lima: Editorial Instituto Pacífico S.A.C.
- Arrarte Arisnabarreta, Ana María (2012). La actividad probatoria en el arbitraje y la colaboración judicial en la generación de prueba. *Revista Advocatus*, 01(26), 203-2019. Recuperado de [file:///C:/Users/LEGAL/Downloads/4122-Texto%20del%20art%C3%ADculo-15751-1-10-20190625%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/LEGAL/Downloads/4122-Texto%20del%20art%C3%ADculo-15751-1-10-20190625%20(2).pdf)
- Bullard Gonzáles, Alfredo (2011). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: Editorial Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones.
- Bullard Gonzáles, Alfredo (2013). ¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación. *Revista Internacional de Arbitraje*. Edición julio-diciembre 2013. 55-93. Recuperado de <https://www.bullardabogados.pe/publications/wpcontent/uploads/2013/11/ALFR-EDO-BULLARD.pdf>
- Bustamante Alarcón, Reynaldo. (1997). El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. *En Ius Et Veritas*. 14(14). 171-185. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15713/16149>
- Cuba Meneses, Erick (22 febrero, 2019) La buena fe contractual vs penalidades en los contratos públicos: caso de la ley de contrataciones del Estado. Recuperado de <https://tidaunmsm.com/articulos/la-buena-fe-contractual-vs-penalidades-en-los-contratos-publicos-caso-de-la-ley->

- Clay, Thomas (2012). El Árbitro. Colección Cátedra Bancolombia. Serie Arbitraje Internacional. Fernando Mantilla Serrano. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Bancolombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Gálvez Ñañez, Ricardo (2019). La ejecución del contrato de obras públicas (derecho positivo). Lima: Editorial Instituto Pacífico S.A.C.
- Hernández Diez, Sandro (2015). Apuntes sobre la reforma en materia de contratación pública, *en: Derecho & Sociedad, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, (44). 99-107. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14392>
- Hurtado Reyes, Martín (2011). Cómo se puede manifestar la incongruencia en el proceso civil. *En Justicia y Derecho*, (06). Recuperado de [https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/04/La incongruencia-en-el-proceso-civil-HURTADO-REYES-M.-A.-.pdf](https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/04/La_incongruencia-en-el-proceso-civil-HURTADO-REYES-M.-A.-.pdf)
- Presidencia de la República (2012). Decreto Legislativo N° 1017. Octubre 2012. Consulta: 30 de abril de 2021. [https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley de Contrataciones 2012 web.pdf](https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley_de_Contrataciones_2012_web.pdf)
- Rodríguez Ardiles, Ricardo (2011) Resolución de contrato por incumplimiento de obligación esencial no pactada en los contratos sujetos a la ley de contrataciones del estado. Lima: *Arbitraje PUCP*. (1), 40-48. Recuperado en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9356>
- Rubio Correa, Marcial (2006). El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial PUCP.

- Wong Abad, Julio Martín (2003). La Motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Una revisión de la jurisprudencia de la subespecialidad comercial. Lima: Jurista Editores EIRL.
- Zusman, Shochana (2005). La buena fe contractual. *En revista Themis Revista de Derecho.* (51). 19-30. Recuperado en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8787/9176>



LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE: **CONSORCIO SANTRA ROSA**

DEMANDADO: **PROGRAMA SECTORIAL DE IRRIGACION – PSI
DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO**

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL: **Alvaro Alberto Silva Rudat** (Árbitro Único)
designado por la Corte del Centro de Análisis y
Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad
Católica del Perú)

SECRETARIO ARBITRAL: **Piero Humberto Ordoñez Jáuregui**

Secretario Arbitral del Centro de Análisis y
Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad
Católica del Perú

Decisión N° 9

En Lima, a los 23 días del mes de setiembre del año dos mil diecinueve, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y los argumentos expuestos en la contestación de demanda, dicta el laudo siguiente para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL E INSTALACION DEL ARBITRO UNICO

1.1 El Convenio Arbitral.

1. Con fecha 4 de marzo de 2014, el Programa Subsectorial de Irrigaciones – PSI del Ministerio de Agricultura y Riego (en adelante, PSI) y el Consorcio Santa Rosa (en adelante, el CONSORCIO) conformado por la empresa Hermann Briceño Contratistas Generales SRL y la empresa Organización Técnica de

Apoyo a la Construcción Civil y Saneamiento EIRL suscribieron el Contrato de Servicio de Consultoría (en adelante, el Contrato) para la Supervisión de la Obra "Instalación del Sistema de Riego Quicato – Parcco, distrito de Acocro – Huamanga – Ayacucho", el cual, en su cláusula décimo sexta, incluye el siguiente convenio arbitral:

CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 184°, 199°, 201°, 209°, 210° y 212° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado,

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. El arbitraje será resuelto, por un Tribunal Arbitral, bajo la organización y administración del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de acuerdo con su Reglamento.

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

1.2 Constitución del Tribunal Arbitral.

2. El abogado Dr. Alvaro Alberto Silva Rudat aceptó al designación efectuada por la Corte de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el Centro) el 01 de octubre de 2018.

Así, conforme a lo dispuesto en el artículo 24° del Reglamento de Arbitraje del Centro, el Tribunal Arbitral Unipersonal quedó válidamente constituido en la fecha de aceptación del abogado Dr. Alvaro Alberto Silva Rudat.

1.3 Reglas del proceso arbitral.

4. El 18 de octubre de 2018, la Secretaria Arbitral envió a las partes la Comunicación N° 4, mediante la cual solicitó a las partes que, de considerarlo pertinente a sus intereses, presentaran por correo electrónico una propuesta conjunta de modificación a las reglas establecidas aplicables al presente arbitraje, dentro del plazo de cinco (05) días hábiles, de conformidad con el artículo 43° del Reglamento.
5. Con fecha 23 de octubre de 2018 el PSI presentó su propuesta de modificación de las reglas, en los términos que constan en dicha comunicación. El CONSORCIO no se pronunció sobre la propuesta de reglas, a pesar de haber sido notificado. Tampoco se pronunció sobre la propuesta presentada por el PSI.
6. Con fecha 17 de diciembre de 2018, el Arbitro Único expidió la Decisión N° 1, mediante la cual determinó las reglas aplicables al presente arbitraje.

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

7. Son de aplicación las siguientes normas: la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, LCE) modificado por la Ley N° 29873, así como su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el Reglamento de la LCE), y sus modificatorias
8. Asimismo, será de aplicación supletoria el Reglamento de Arbitraje del Centro vigente a partir del año 2017, el Decreto Legislativo 1071 (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje), las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas de derecho privado.
9. En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Arbitro Único resolverá en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

III. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL CONSORCIO

10. Con fecha 28 de diciembre del 2018 el CONSORCIO presentó su demanda arbitral, en los términos siguientes:

Primera pretensión: Que el Arbitro Único ordene a la Entidad dejar sin efecto la Carta Notarial N° 160223 de fecha de recepción 21 de junio de 2018, donde la Entidad ha decidido resolver el contrato.

Segunda pretensión: Que el Arbitro Único ordene a la Entidad realizar la devolución del fondo de garantía de fiel cumplimiento a favor del Consorcio Santa Rosa por el valor de S/ 50,267.29, más los intereses legales hasta la fecha de pago.

Tercera pretensión: Que el Arbitro Único ordene a la Entidad emita la resolución que aprueba la liquidación del contrato de consultoría de obra.

Cuarta pretensión: Que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad a pagar el íntegro de las costas y costos del proceso arbitral.

11. Como sustento de su demanda, el CONSORCIO sostiene lo siguiente:

- **Fundamentos de la primera pretensión: Que se ordene a la Entidad dejar sin efecto la Carta Notarial N° 160223 de fecha de recepción 21 de junio de 2018, donde la Entidad decidió resolver el contrato.**

12. El CONSORCIO señala que con fecha 02 de marzo de 2014 celebraron con el PSI el Contrato de Servicio de Consultoría para la "Supervisión de la obra Instalación del Sistema de Riego Quicato - Parcco. Distrito de Acocro, Huamanga, Ayacucho.

13. Indica que dicho contrato está sujeto al Decreto Legislativo N° 1017 (Ley de Contrataciones del Estado), su modificatoria la Ley N° 29873 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y sus modificatorias Decreto Supremo N° 021-2009-EF, Decreto Supremo N° 154-2010-EF, Decreto Supremo N° 046-2011-EF y Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

14. Sostiene que con el PSI se produjo una controversia en la etapa de liquidación de obra, donde habiendo presentado la documentación requerida por el PSI y habiendo cumplido con el levantamiento de observaciones, el PSI decidió resolver el contrato. Ello, a pesar de tener voluntad de llegar a un acuerdo, el cual no se dio por parte del PSI.
15. En relación con la primera pretensión, sostiene que con posterioridad a la recepción de la obra presentaron el Informe Final de Supervisión al PSI, quien realizó de forma reiterada y en diferentes tempos una serie de observaciones que el CONSORCIO ha procedido a absolver una por una.
16. Alega que mediante Carta N° 30-2018-CSR de fecha 29 de enero de 2018 y notificada al PSI el 30 de enero de 2018, el CONSORCIO presentó el Informe Final de Supervisión mencionando que las observaciones fueron levantadas de forma detallada, y adjuntaron 4 (cuatro) archivadores de palanca conteniendo el Informe Final y un archivador conteniendo solamente el levantamiento de observaciones.
17. Mediante Carta Notarial N° 155773, recibida por el CONSORCIO el día 05 de febrero de 2018, el PSI les comunicó el apercibimiento de un supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales, aduciendo haber incumplido el compromiso contractual de levantar las observaciones, y se les otorgó un plazo de 10 días calendarios para cumplir con ejecutar lo solicitado.
18. Señala que, a fin de cumplir con lo requerido por el PSI, el CONSORCIO presentó la Carta N° 50-2018-CSR con fecha de recepción 19 de febrero de 2018, donde precisaron que las observaciones formuladas ya fueron levantadas y puestas de conocimiento a la Entidad el día 30 de enero de 2018 mediante Carta N° 30-2018-CSR.

Con ello, sostienen que el CONSORCIO cumplió con lo solicitado por el PSI en su carta de apercibimiento.

Por tanto, considera que la carta de apercibimiento otorgando 10 días calendario para el levantamiento de observaciones, fue remitida cuando estas observaciones ya habían sido levantadas, como consta en las Cartas N° 30-

2018-CSR y N° 50-2018- CSR, ambas notificadas al PSI el 30 de enero de 2018 y el 19 de febrero de 2018, respectivamente.

19. Agrega que el PSI no atendió a los documentos que fueron presentados con las Cartas N° 30-2018-CSR y N° 50-2018-CSR, ambas notificadas al PSI el 30 de enero de 2018 y el 19 de febrero de 2018, respectivamente.

Esta no atención por parte de la Entidad, es corroborada por el PSI como figura en el MEMORANDO N° 0418-2018-MINAGRI-PSI-OAF de fecha 27 de febrero de 2018.

20. Manifiesta que días después de haber presentado la Carta N° 50-2018-CSR, en varias oportunidades se acercaron personalmente a las oficinas del PSI, específicamente al área usuaria, para hacer seguimiento a la documentación presentada, donde la responsable de liquidación de contratos de supervisión - Ing. María Guzmán Urrunaga - les comunicó de forma verbal que necesitaba información complementaria. Agregan que los registros de visitas con día, fecha y hora se encuentran en poder y dominio del PSI.
21. Atendiendo a lo requerido por el área usuaria, según indican en el párrafo precedente, remitieron al PSI la Carta N° 51-2018-CSR de fecha de recepción 14 de marzo de 2018, donde entregaron información complementaria al Informe Final de Supervisión. Señalan que un principio que rige a la contratación pública es la buena fe, en consecuencia, lo solicitado por la especialista del área usuaria de forma verbal fue perfectamente atendible como información complementaria.
22. Mediante Carta N° 55-2018-CSR notificada al PSI el día 05 de junio de 2018, el CONSORCIO solicitó al PSI que atienda la Carta N° 51-2018-CSR y reiteraron que todas las observaciones habían sido levantadas.
23. Sostiene que el PSI sin atender a los documentos presentados, decidió resolver el contrato, mediante carta notarial de fecha 21 de junio de 2018,
24. Aduce que en la carta resolutoria y en sus anexos no se hace referencia a las Cartas N° 30-2018-CSR y N° 50-2018-CSR, donde daban cumplimiento estricto a lo solicitado por el PSI en su carta de apercibimiento.

25. Dichos documentos no solo no fueron atendidos, sino que muy por el contrario fueron considerados como no presentados por el PSI y por ello el PSI de forma abusiva decidió resolver el contrato. Es decir, no ha existido causal de resolución del contrato, por lo que corresponde que el Arbitro Único deje sin efecto la mencionada resolución de contrato.
26. Sostiene que el PSI ha vulnerado el artículo 40, inciso e) de la LCE que establece lo siguiente:

"...En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial..."

27. Sostienen que el PSI hizo caso omiso de sus comunicaciones de levantamiento de observaciones, y decidió resolver el contrato, sin mencionar las cartas aludidas del CONSORCIO, y sin indicar las razones por las cuales el levantamiento de observaciones no satisfacía con los intereses del PSI, es decir no ha existido motivación en la carta resolutoria.
30. Señalan que toda resolución administrativa debiera estar motivada, en consecuencia, no ha existido causal para la resolución del contrato.
31. Además, el PSI ha vulnerado el artículo 168 del Reglamento de la LCE que establece lo siguiente:

Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso e) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:

- 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*
- 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo: o*
- 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169.

32. Resalta el CONSORCIO que había cumplido perfectamente con levantar las observaciones, por lo que el PSI ha vulnerado la norma citada y sin justificación alguna ha resuelto el contrato.
33. Por estas consideraciones solicitan al Árbitro Único dejar sin efecto la mencionada resolución de contrato de supervisión de la obra al no encontrarse conforme a derecho.
- **Fundamentos de la segunda pretensión: Que, el Arbitro único ordene a la Entidad realizar la devolución del fondo de garantía de fiel cumplimiento a favor del Consorcio Santa Rosa por el valor de S/ 50,267.29, más los intereses legales hasta la fecha de pago.**
34. Reitera el CONSORCIO que cumplió de forma escrupulosa con el Contrato, esto es, con supervisar la obra por el espacio de 330 días calendario por el monto de S/ 445 500.00.
35. Posteriormente, mediante Resolución Directoral N° 881-2015-MINAGRI-PSI de fecha 17 de diciembre de 2015, el PSI decidió aprobar el presupuesto adicional N° 01 por mayores servicios de supervisión en la suma de S/ 57,172.86 por el espacio de 78 días calendarios.
36. La garantía de fiel cumplimiento retenida por la Entidad es el 10% del monto del contrato total, es decir S/ 50,267.29 (Cincuenta mil doscientos sesenta y siete con 29/100 soles) más los intereses legales hasta la fecha de pago.
37. Señalan que el servicio de supervisión de obra se encuentra cumplido en su totalidad, y que la obra fue recepcionada por el PSI sin observación alguna. Asimismo, el CONSORCIO cumplió con subsanar las observaciones que fueron advertidas por el PSI en su carta de apercibimiento.
38. El PSI actuó de mala fe, al resolver el contrato de supervisión sin causal que la sustente. En consecuencia, al declararse fundada la primera pretensión, solicitan al Árbitro Único ordenar al PSI la devolución del fondo de garantía de fiel

cumplimiento del contrato principal y del presupuesto adicional N° 01, siendo el valor total de S/ 50,267.29 más los intereses legales hasta la fecha de pago.

39. Como fundamento jurídico, cita el artículo 155 del Reglamento de la LCE cuyo segundo señala párrafo lo siguiente:

"En los casos que resulte aplicable la retención del diez por ciento (10%) del monto del contrato original como garantía de fiel cumplimiento, dicha retención se efectuará durante lo primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, con cargo de ser devuelto a la finalización del mismo".

- **Fundamentos de la tercera pretensión Que, el árbitro único ordene a la Entidad emita la resolución que aprueba la liquidación del contrato de consultoría de obra.**

40. Indican que la cláusula novena del contrato en su primer párrafo establece lo siguiente:

"La conformidad del servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y será otorgado por la Oficina de Supervisión de la Dirección de Infraestructura de Riego".

41. Señala haber cumplido con la supervisión de la obra de forma escrupulosa, producto de ello es que la obra fue recibida por el PSI sin observación alguna. Asimismo, haber cumplido con el levantamiento de observaciones como consta en las Cartas N° 30-2018-CSR y N° 50-2018-CSR, ambos notificadas al PSI el 30 de enero de 2018 y el 19 de febrero de 2018, respectivamente.

42. Por estas consideraciones, concluyen que el servicio de contrato de consultoría se encuentra culminado y conforme, correspondiendo al Árbitro Único ordenar al PSI que emita la resolución que aprueba la liquidación del contrato de consultoría de obra.

- **Fundamentos de la cuarta pretensión: Que el tribunal arbitral ordene a la Entidad a pagar el íntegro de las costas y costos del proceso arbitral.**

43. Señala que el PSI les ha ocasionado un grave daño de índole moral y económico, ya que no han podido contar con el certificado o constancia de conformidad por el servicio de supervisión realizado, y no han podido postular a otras obras y poder laborar por causas imputables a la demandada.

IV. DE LA CONTESTACION DE DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL PSI

44. Con fecha 27 de febrero del 2019, el PSI contestó la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos y solicitando que la misma sea declarada infundada, en atención a los fundamentos de hecho y de derecho que expone en su escrito.
45. Señala que con fecha 02 de marzo de 2014, el PSI y el CONSORCIO suscribieron el Contrato de Servicio de Consultoría para la Supervisión de la citada obra por la suma de S/ 445,500.00, por un plazo de 330 días calendario, distribuida de 300 días para la supervisión de obra y 30 días para la revisión de la liquidación del contrato de obra. El inicio del plazo de ejecución fue el 01 de abril de 2014, teniendo como fecha prevista de término el 26 de enero de 2015.
46. Asimismo, señala que durante la ejecución de la obra el PSI aprobó seis (06) adicionales de obra, cinco (05) deductivos vinculantes, y seis (06) ampliaciones de plazo, teniendo como nueva fecha de término el 21 de agosto de 2015.
47. Indica que con fecha 29 de julio de 2015, conforme al asiento N° 470, la obra concluyó dentro del plazo contractual.
48. Mediante Carta N° 035-2015-CSR/JS-EPQ del 10 de agosto de 2015, el CONSORCIO comunicó el término de la obra y solicitó la conformación del comité de recepción.
49. Asimismo, el 07 de octubre de 2015, luego de la verificación de los trabajos, se realizó la recepción de la obra.

50. Agrega que mediante Carta N° 657-CRO de fecha 04 de diciembre de 2015, el CONSORCIO presentó al PSI la liquidación final del contrato de obra.
51. Mediante Resolución Directoral N° 066-2016-MINAGRI-PSI de fecha 01 de febrero de 2016, el PSI aprobó la liquidación del contrato por S/ 7'652,357.82.
52. Mediante Carta N° 19-2016/CONSORCIO "SANTA ROSA" del 20 de mayo de 2016, el CONSORCIO solicitó la devolución de fondo de garantía y presentó el informe final.
53. Mediante Carta N° 388-2016-MINAGRI-PSI-DIR del 06 de junio de 2016, el PSI realizó observaciones al informe final presentado por el CONSORCIO.
54. Mediante la Carta N° 034-2014/VRLJ de fecha 09 de setiembre de 2016, el CONSORCIO presentó nuevamente el informe final, el que consta de cinco (5) archivadores.
55. Mediante Carta N° 629-2016-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 21 de setiembre de 2016, el PSI realizó observaciones al informe final y solicitó que se haga el levantamiento de las mismas.
56. Mediante Carta N° 005-2017/VRLJ de fecha 13 de marzo de 2017, el CONSORCIO presentó por tercera vez el informe final de su servicio en cuatro (04) archivadores y un (01) DVD.
57. Mediante Carta N° 307-2017-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 29 de mayo de 2017, el PSI realizó observaciones al informe final del CONSORCIO.
58. Mediante Carta N° 075-2017-CSR de fecha 05 de setiembre de 2017, el CONSORCIO presentó su informe final, con el levantamiento de observaciones.
59. Mediante Carta Notarial N° 0129-2017-MINAGRI-PSI-OAF de fecha 13 de noviembre de 2017, el PSI comunicó al CONSORCIO los incumplimientos de obligaciones contractuales incurridos al no cumplir con la entrega del informe final conforme a los Términos de Referencia, otorgándole un plazo de diez (10) días calendario para la subsanación del referido informe bajo apercibimiento de resolver el contrato.

60. Finalmente, mediante Carta Notarial N° 0057-2018-MINAGRI-PSI-OAF de fecha 21 de junio de 2018, se comunicó al CONSORCIO la resolución de contrato debido al incumplimiento de sus obligaciones contractuales y por haber alcanzado la máxima penalidad.
61. En relación con la primera pretensión principal, señalan que de conformidad con lo establecido en los numerales 10.3 y 11.6 de los Términos de Referencia, el CONSORCIO se encuentra obligado a presentar un informe final dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la recepción de la obra. Sin embargo, el 20 de mayo de 2016 (196 días fuera de plazo) mediante Carta N° 19-2016/CONSORCIO "SANTA ROSA" el CONSORCIO presentó el referido informe, el mismo que fue objeto de observación a través de la Carta N° 388-2016-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 06 de junio de 2016.
62. Alega que el CONSORCIO, mediante las Cartas Nos. 034-2014/VRLJ, 005-2017/VRLJ y 075-2017-CSR, sucesivamente presentó informes que fueron objeto de observaciones. Asimismo, que el CONSORCIO presentó informes que no se ajustaban a los términos contractuales durante el periodo comprendido entre el 20 de mayo de 2016 y el 05 de setiembre de 2017, razón por la cual se decidió conminarlo a cumplir con dichos términos contractuales bajo apercibimiento de resolución contractual, apercibimiento que fue comunicado mediante la Carta Notarial N° 0017-2018-MINAGRI-PSI-DIR, comunicación que se ajusta a las disposiciones contenidas en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
63. Ante el incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del CONSORCIO, se le requirió su cumplimiento mediante Carta Notarial N° 0017-2018-MINAGRI-PSI-OAF, notificada el 03 de febrero de 2018, otorgándole un plazo de diez (10) días calendario para cumplir con sus obligaciones.
64. La demora del CONSORCIO en cumplir sus obligaciones contractuales originó que se acumularan penalidades ascendentes al máximo establecido en la normatividad de contrataciones del Estado, lo cual faculta a resolver el contrato.
65. De este modo, tanto por los incumplimientos contractuales no redimidos, pese al plazo otorgado y a la acumulación de penalidades, mediante la Carta Notarial N° 0057-2018-MINAGRI-PSI-OAF, notificada el 22 de junio de 2018, se

comunicó al CONSORCIO la resolución del contrato por las causales contempladas en el artículo 168° del Reglamento de la LCE.

66. Resalta el PSI que al emitir la Carta Notarial N° 0057-2018-MINAGRI-PSI-OAF, se observó escrupulosamente el procedimiento establecido en el artículo 169° del Reglamento para resolver el contrato, tanto por la causal relativa al incumplimiento de obligaciones contractuales establecida en el numeral 1 del artículo 168° del Reglamento como por la causal relativa al numeral 2, ya que se apercibió notarialmente al CONSORCIO otorgándole un plazo para cumplir sus obligaciones y luego de haber expirado dicho plazo sin que el CONSORCIO cumpliera con dichas obligaciones, se comunicó notarialmente la resolución. Siendo así, en lo que atañe a la causal relativa a acumulación del monto máximo de penalidad, se cumplió con comunicar la decisión de la Entidad de resolver el contrato.
67. Asimismo, señala que la cláusula novena del contrato menciona que si existe alguna observación se le dará al contratista un plazo no menor de (02) ni mayor de diez (10) días calendario para subsanarla. En caso no se subsane las observaciones efectuadas, la Entidad podrá resolver el contrato. Por tanto, ante el incumplimiento del CONSORCIO el PSI estaba habilitado para resolver el contrato.
69. Asimismo, cita el artículo 168° inciso 1 del Reglamento de la LCE que faculta a la Entidad a resolver un contrato cuando se incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello, y el artículo 176° del mismo Reglamento, que establece que el procedimiento de recepción y conformidad está a cargo del PSI. Empero, el PSI no realizó este acto debido a que el servicio prestado por el CONSORCIO no cumplió con las características y condiciones ofrecidas, considerándose como no ejecutada la prestación y aplicándose las penalidades que corresponda. Cita también el artículo 1362° del Código Civil, de aplicación supletoria, que regula el principio de la buena fe en materia de contractual.
69. Finalmente, alega que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos. Sostiene que el CONSORCIO no ha cumplido con acreditar el petitorio de su

demanda, pretendiendo que sus afirmaciones sean aceptadas por el Tribunal Arbitral, razón por la cual se deberá declarar infundada la demanda.

70. En cuanto a la segunda pretensión principal, señala que el artículo 158° del Reglamento de la LCE dispone que la garantía de fiel cumplimiento debe estar vigente hasta "...el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultaría de obras", razón por la cual esta pretensión debe ser declarada infundada.
71. Respecto a la tercera pretensión principal, señala que se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 179° del Reglamento, según el cual para proceder a la liquidación del contrato de consultoría de obra se requiere la conformidad de la última prestación, conformidad que en el presente caso no se ha otorgado debido al incumplimiento contractual incurrido por el CONSORCIO, por lo que esta pretensión también debe ser declarada infundada.
72. Finalmente, en cuanto a la cuarta pretensión principal, solicita condenar al demandante al pago de los costos y costas en el supuesto que se declare infundada la demanda arbitral, no siendo aplicable el principio de equidad toda vez que la parte perdedora de un proceso debe asumir todos los gastos arbitrales generados.

V. FIJACIÓN DE CUESTIONES CONTROVERTIDAS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS

73. Mediante Decisión N° 6, se determinaron las siguientes cuestiones controvertidas:

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único deje sin efecto la Carta Notarial N° 160223, a través de la cual la Entidad resuelve el contrato.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Entidad la devolución del fondo de garantía de fiel cumplimiento por el valor de S/ 50,267.29 (Cincuenta mil doscientos

sesenta y siete con 29/100 soles) más los intereses legales hasta la fecha de pago.

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Entidad que emita la resolución que aprueba la liquidación del contrato de consultoría de obra.

CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Entidad el pago del íntegro de las costas y costos del proceso arbitral.

Asimismo, se admitieron como medios probatorios los documentos señalados en el numeral 6) del análisis de dicha Decisión, y se convocó a las partes a una audiencia de ilustración de hechos y sustentación de posiciones.

Dicha audiencia se llevó a cabo el 18 de junio del 2019.

VI. ALEGATOS FINALES Y CIERRE DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

74. Mediante Decisión N° 7, de fecha 05 de julio del 2019, se otorgó a las partes el plazo de diez (10) días para que presenten sus alegatos finales.

El PSI presentó sus alegatos escritos. El CONSORCIO no cumplió con absolver dicho trámite, habiendo vencido el plazo el 23 de julio del 2019

VII. PLAZO PARA LAUDAR

75. Mediante Decisión N° 8, de fecha 05 de agosto del 2019, el Arbitro Único declaró el cierre de las actuaciones arbitrales, y fijó el plazo para laudar en cuarenta (40) días hábiles, prorrogable por una única vez en diez (10) días hábiles.

VIII. CONSIDERANDOS:

8.1 CUESTIONES PRELIMINARES

76. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- i) El Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo con el convenio arbitral celebrado por las partes;
- ii) En momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en la Decisión N° 1;
- iii) El CONSORCIO presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto.
- iv) El PSI fue debidamente emplazado con la demanda, la misma que contestó;
- v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios. Asimismo, las partes tuvieron oportunidad de presentar sus alegatos por escrito.
- vi) Las partes tuvieron oportunidad de informar oralmente al Árbitro Único en la audiencia convocada con tal fin.
- vii) El análisis del presente caso y las conclusiones a las que arribe el Arbitro Único, serán efectuadas de conformidad con la documentación aportada por las partes, así como de la información que de modo indubitable se desprende de los actuados que obran en el expediente del caso, habiéndose tenido en cuenta en su integridad, aún en caso de no ser expresamente mencionada en el análisis;
- viii) Los hechos a los que se refiere el análisis del caso son los presentados por las partes, y que han sido establecidos en los numerales III y IV del presente laudo, en concordancia con la información que obra en el expediente del proceso, así como los que se mencionan en los demás acápite del presente Laudo Arbitral;
- ix) El Arbitro Único está procediendo a emitir el laudo dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

De otro lado, el Arbitro Único 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 hayan sido tomadas en cuenta para su decisión.

8.2. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LAS PRESTENCIONES PLANTEADAS

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único deje sin efecto la Carta Notarial N° 160223, a través de la cual la Entidad resuelve el contrato.

77. Como se puede apreciar de la reseña de las posiciones de ambas partes, el CONSORCIO cuestiona la resolución del Contrato alegando lo siguiente: (i) no haber incurrido en incumplimiento contractual, pues el Informe Final fue presentado y todas las observaciones fueron subsanadas, y (ii) El PSI ha resuelto el Contrato sin haberse pronunciado sobre las comunicaciones previamente el CONSORCIO le había remitido.

Para determinar si el contrato fue válidamente resuelto por el PSI, el Árbitro Único deberá analizar (i) si la Entidad cumplió con la formalidad para la resolución que establece el Contrato, la LCE y el Reglamento de la LCE; y (ii) si se presentaron las causales invocadas por el PSI para resolver el Contrato.

- ***El cumplimiento de la formalidad.***

78. La resolución consiste en una acción destinada a hacer cesar los efectos de un contrato afectado por vicios sobrevinientes al momento de su celebración. Sin duda, la resolución del contrato es una figura que reviste extrema importancia para el Derecho, en la medida de que va a acarrear la pérdida de eficacia de la relación contractual.

79. Al respecto, De La Puente y Lavalle¹, señala que: "(...) *la resolución deja sin efecto la relación jurídica patrimonial, la convierte en ineficaz, de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones.*"
80. Por su parte, García de Enterría² señala que la resolución "(...) *es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte.*"
81. En la cláusula décimo tercera del Contrato no se establece un mecanismo particular para resolver el contrato, sino que se hace referencia al procedimiento establecido en la LCE y su Reglamento, razón por la cual la parte que desea resolver el contrato, deberá seguirlo al pie de la letra y, de no hacerlo, sin duda, el acto resolutorio será nulo.
82. En efecto, la cláusula décimo tercera del Contrato establece que "*cualquiera de las partes podrá resolver el Contrato, de conformidad con los artículos 40, inciso c), y 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 167 y 168 del Reglamento. De darse el caso, LA ENTIDAD procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.*"
83. Sobre el particular el inciso c) del artículo 40° de la LCE establece lo siguiente:

"Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

(...)

c) Resolución de contrato por incumplimiento: *En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido*

¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I*, Lima: Palestra Editores S.R.L., 2001, pág. 455.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo I*, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.

materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que manifieste la decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista.

El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento".

Asimismo, el artículo 44 de la LCE establece lo siguiente:

"Artículo 44.- Resolución de los contratos

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

(...)".

Por su parte, el artículo 167° del Reglamento de la LCE establece lo siguiente:

"Artículo 167.- Resolución de Contrato

Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto".

Finalmente, los artículos 168° y 169° del Reglamento de la LCE establecen lo siguiente:

"Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:

- 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*
- 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
- 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación*

(...)".

"Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

En el caso de las contrataciones efectuadas a través de la modalidad de Convenio Marco, las comunicaciones antes indicadas se deberán realizar a través del SEACE.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento."

84. Como puede evidenciarse, la resolución contractual se materializa una vez que la parte requerida recibe la comunicación donde su contraparte (la parte afectada) le informa la decisión de resolver el mismo; por tanto, desde aquel momento, el contrato dejará de surtir efectos y ambas partes -Entidad y contratista- quedarán desvinculadas. En tal sentido, el Derecho es absolutamente formalista cuando se trata de la resolución, tal como se puede apreciar citado artículo 169º del Reglamento de la LCE.
85. En el presente caso, el Arbitro Único aprecia lo siguiente:
- Que, mediante Carta Notarial N° 0017-2018-MINAGRI-PSI-OAF, recibida por el CONSORCIO el 03 de febrero del 2018, el PSI otorgó al CONSORCIO un plazo de diez (10) días para subsanar observaciones, bajo apercibimiento de resolución. El CONSORCIO admitió haber recibido esta carta, como se aprecia en su escrito de demanda y en la octava diapositiva de la presentación que utilizó en la Audiencia Única de fecha 18 de junio de 2019.
 - El PSI resolvió el Contrato mediante Carta Notarial N° 0057-2018-MINAGRI-PSI-OAF, de fecha 21 de junio del 2018. En dicha comunicación, el PSI afirmó lo siguiente:
 - o Que el CONSORCIO no presentó el Informe Final de acuerdo a los Términos de Referencia, hecho que fue apercibido mediante Carta Notarial N° 0017-2018-MINAGRI-PSI-OAF.
 - o Que mediante Carta N° 307-2017-MINAGRI-PSI-DIR, notificada el 29 de mayo de 2017, el PSI había observado el Informe Final, y lo devolvía dándolo por no admitido.
 - o Que, al no haber presentado el Informe Final, el CONSORCIO ha excedido el tiempo máximo permitido y acumulado 186 días calendarios de atraso, lo cual ha generado la acumulación del monto máximo de penalidad por mora.
86. Como se puede apreciar, el PSI imputó al CONSORCIO haber incurrido en dos causales de resolución: (i) no haber subsanado las observaciones, y (ii) haber acumulado el monto máximo de penalidad.

87. En cuanto la falta de subsanación de observaciones, este Arbitro Único concluye que se ha seguido el procedimiento establecido en el LCE y su Reglamento para poder resolver un contrato, al haberse remitido por vía notarial la carta de apercibimiento, y posteriormente haberse remitido por vía notarial la carta resolutoria.
88. Adicionalmente, debe tenerse presente que el contrato fue resuelto también por la causal consistente en la acumulación del máximo de penalidades. En este caso, no era necesaria la remisión previa de una carta otorgando un plazo bajo apercibimiento, como lo establece el tercer párrafo del artículo 169° del Reglamento de la LCE. En este supuesto, basta en el envío de la carta resolutoria, teniendo derecho el contratista a iniciar una controversia en caso considere que no corresponde la aplicación de las penalidades.
89. Por lo tanto, habiendo el PSI invocado dos causales distintas para resolver el Contrato, este Arbitro Único aprecia que para ambas causales se ha seguido la formalidad establecida, por lo que la resolución efectuada no es cuestionable por temas de forma.

• ***El incumplimiento en la entrega del Informe Final.***

90. El PSI sostiene que el Informe Final presentado por el CONSORCIO había sido objeto de observaciones, las que no fueron nunca subsanadas. Por su lado, el CONSORCIO sostiene que todas las observaciones habían sido subsanadas, y que más bien el PSI nunca se pronunció sobre las subsanaciones.
91. Resumiendo los hechos que el CONSORCIO ha admitido tanto en su escrito de demanda como en su presentación en la Audiencia Única, tenemos lo siguiente:
- i. Que mediante Carta N° 19-2016/CONSORCIO "SANTA ROSA", de fecha 20 de mayo de 2016, el CONSORCIO presentó su Informe Final.
 - ii. Que, el PSI devolvió el Informe Final mediante Carta N° 388-2016-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 07 de junio de 2016, formulando observaciones.
 - iii. Que mediante Carta N° 034-2014/VRLJ, de fecha 09 de setiembre de 2016, el CONSORCIO envió al PSI la subsanación de las observaciones.

- iv. Que, el PSI observó nuevamente el Informe Final mediante Carta N° 629-2016-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 21 de setiembre de 2016.
 - v. Que mediante Carta N° 005-2017/VRLJ, de fecha 13 de marzo de 2017, el CONSORCIO envió al PSI nuevamente el Informe Final.
 - vi. Que, el PSI observó nuevamente el Informe Final mediante Carta N° 307-2017-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 29 de mayo de 2017.
 - vii. Que mediante Carta N° 075-2017/CSR, de fecha 05 de setiembre de 2017, el CONSORCIO envió al PSI nuevamente el Informe Final y el levantamiento de observaciones
 - viii. Que mediante Carta N° 030-2018/CSR, de fecha 30 de enero de 2018, el CONSORCIO envió al PSI "un archivador más del levantamiento de observaciones", que sumado a los cinco archivadores enviados con anterioridad, daban un total de seis archivadores remitidos.
 - ix. Que, mediante Carta N° 017-2018-MINAGRI-PSI-OAF de fecha 02 de febrero de 2018, el PSI otorgó al CONSORCIO un plazo de diez días para subsanar observaciones, bajo apercibimiento de resolución
 - x. Que mediante Carta N° 50-2018/CSR, de fecha 19 de febrero de 2018, el CONSORCIO reiteró al PSI que ya había subsanado las observaciones.
 - xi. Que mediante Carta N° 51-2018/CSR, de fecha 14 de marzo de 2018, el CONSORCIO remitió al PSI información adicional a su Informe Final. El CONSORCIO menciona en la audiencia que dicha información adicional se había sido solicitada verbalmente en las oficinas del PSI.
92. De otro lado, el PSI admite haber recibido dichas comunicaciones, como se aprecia en la línea de tiempo que presentó en la Audiencia Única y que está comprendida en las láminas de la presentación que obran en el expediente.
93. En cuanto al contenido de las observaciones, el CONSORCIO en ningún momento las ha cuestionado. Por el contrario, de las comunicaciones intercambiadas, y aceptadas por ambas partes, se aprecia que siempre hizo un esfuerzo por subsanarlas. El contenido de las observaciones puede apreciarse en los Informes que el PSI presentó como prueba con su Escrito N° 4, que no han sido cuestionados por el CONSORCIO.



94. Sin embargo, el contenido de las subsanaciones no ha sido presentado, pues el CONSORCIO únicamente ha presentado las Cartas N° 30-2018-CSR, 50-2018-CSR y 51-2018-CSR, todas enviadas en el año 2018, pero sin los adjuntos.

No se han presentado las comunicaciones remitidas en los años 2016 y 2017, a través de las cuales el CONSORCIO remitió el Informe Final y/o subsanaba observaciones.

95. Ante tal situación, y considerando que el CONSORCIO nunca cuestionó la legalidad o pertinencia de las observaciones, ni antes ni durante el presente arbitraje, sino que por el contrario ha remitido varias comunicaciones levantando las observaciones y avisando que estaban subsanadas, este Arbitro Único concluye que las distintas versiones del Informe Final que el CONSORCIO envió no cumplen con los términos de referencia y por lo tanto habían sido correctamente observados.

96. El CONSORCIO ha alegado que las Cartas N° 30-2018-CSR y N° 50-2018-CSR nunca fueron respondidas por el PSI, lo que motivó que tenga que enviar la Carta N° 51-2018-CSR.

97. Sobre el particular, se puede apreciar que la Carta N° 30-2018-CS -adjunto a la cual se remitió una versión del Informe Final- fue remitida días antes de la Carta N° 017-2018-MINAGRI-PSI-OAF, mediante la cual se apercibió al CONSORCIO. Por tanto, la Carta N° 30-2018-CS fue respondida por el PSI formulando observaciones y otorgando un plazo de diez días para la subsanación.

98. A su vez, la N° 50-2018-CSR fue remitida el 19 de febrero del 2018, adjuntado 5 archivadores, de los cuales uno era para levantar observaciones.

Con posterioridad a esta carta, el PSI remitió la carta resolutoria por considerar que las observaciones no habían sido levantadas.

99. Por lo tanto, este Arbitro Único concluye que no ha habido violación de los derechos del CONSORCIO en la actuación del PSI. Más bien, los sucesivos y reiterados envíos de versiones del Informe Final y de intentos de subsanar observaciones acreditan la conformidad por parte del CONSORCIO con el contenido de las observaciones, y una extemporaneidad considerable en

relación con el cronograma establecido en los términos de referencia. El CONSORCIO no ha acreditado en este arbitraje que su último envío sí cumplía con los términos de referencia, pues ni siquiera lo ha presentado como medio probatorio ni ha solicitado al Árbitro Único un pronunciamiento al respecto.

100. Si bien existen cartas con observaciones que no han sido presentadas por ninguna de las partes, hay coincidencia en las presentaciones de ambas partes en la Audiencia Única en el sentido de que dichas cartas fueron remitidas y recibidas.
101. Por tanto, este Arbitro Único concluye que ha existido incumplimiento contractual por parte del CONSORCIO, pues no se han respetado las fechas de entrega contractualmente pactadas, y además no se ha cumplido con el contrato respecto del contenido del Informe Final.

- ***Sobre la acumulación del máximo de penalidades.***

102. Respecto de la acumulación de penalidades, como señala el artículo 169° del Reglamento de la LCE, "no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a acumulación del monto máximo de penalidad por mora. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato".
103. Este Árbitro Único aprecia que no hay discrepancia entre las partes respecto de los sucesivos envíos de distintas versiones del Informe Final. Al no haber cuestionado el CONSORCIO las observaciones, ni mucho menos acreditado que su última versión del Informe Final sí cumplía con las exigencias de los términos de referencia, se puede concluir que el Informe Final no cumplía con dichas exigencias. En todo caso, correspondía al CONSORCIO acreditar que las observaciones eran improcedentes o que ya habían sido subsanadas, lo cual no ha sido acreditado. Por tanto, al no haberse subsanado las observaciones dentro del plazo otorgado bajo apercibimiento, se concluye que el Informe Final no ha sido presentado, a pesar de todo el tiempo transcurrido.
104. No habiéndose solicitado un pronunciamiento expreso sobre la procedencia o improcedencia de las observaciones, teniendo en consideración que en este

supuesto no corresponde un apercibimiento previo, y dado el tiempo transcurrido, se concluye que el PSI cumplió con el procedimiento para resolver el Contrato por acumulación del monto máximo de penalidad.

105. En consecuencia, la primera pretensión debe ser declarada infundada.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Entidad la devolución del fondo de garantía de fiel cumplimiento por el valor de S/ 50,267.29 (Cincuenta mil doscientos sesenta y siete con 29/100 soles) más los intereses legales hasta la fecha de pago.

106. El cuarto y quinto párrafo de la cláusula duodécima del Contrato señalan lo siguiente:

"Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o de la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de Fiel Cumplimiento o por el monto diferencial de la propuesta (de ser el caso)".

"Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, LA ENTIDAD podrá resolver el contrato por incumplimiento".

Es decir, de aplicarse una penalidad, ésta puede ser deducida de la garantía, que en el presente caso es una retención del 10 % del monto del Contrato, conforme a la cláusula séptima del Contrato. A su vez, el monto máximo de la penalidad es el 10% del monto del Contrato.

107. Asimismo, el artículo 39° de la LCE establece lo siguiente:

Artículo 39°.- Garantías

(...)

En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios, así como en los contratos de ejecución y consultoría de obras que celebren las Entidades con las Micro y Pequeñas Empresas, éstas últimas pueden otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto total a contratar, porcentaje que será retenido por la Entidad.

(...)

"Sin perjuicio de la conservación definitiva de los montos retenidos, el incumplimiento injustificado por parte de los contratistas beneficiados con lo dispuesto en el presente artículo, que motive la resolución del contrato, da lugar a la inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un período no menor a un (1) año ni mayor a dos (2) años."
(subrayado nuestro)

Los artículos 164° y 170° del Reglamento de al LCE establecen lo siguiente:

Artículo 164°.- Ejecución de garantías

Las garantías se ejecutarán a simple requerimiento de la Entidad en los siguientes supuestos:

(...)

2. La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado. (subrayado nuestro)

(...)

Artículo 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

(...)

108. Por lo tanto, un efecto de la resolución del contrato es la ejecución de las garantías. El OSCE ha interpretado las normas citadas en la OPINIÓN N° 015-2018/DTN, emitida el 31 de enero de 2018 (interpretando las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF). Según dicha Opinión:

2.1 "En el caso que un servicio no haya sido cumplido oportunamente, habiendo sido resuelto por penalidad

máxima alcanzada por el contratista, existe la posibilidad que la garantía de fiel cumplimiento referida en el inciso 2 del artículo 164 de la Ley de Contrataciones del Estado pueda ser requerida y aplicada como consecuencia de la resolución del contrato al haber quedado consentida; y asimismo sea exigible al contratista el pago de la penalidad por mora, teniendo en cuenta que la garantía de fiel cumplimiento retenida es un monto equivalente a la penalidad por mora generada?" (Sic).

2.1.1 En principio, debe indicarse que, en el ámbito de la anterior normativa de contrataciones del Estado, el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista podía determinar la aplicación de penalidades al contratista y/o la resolución del contrato.

Así, el segundo párrafo del artículo 48 de la anterior Ley disponía lo siguiente: "El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el **incumplimiento injustificado** de sus obligaciones contractuales, **de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento.**" (El subrayado es agregado).

Al respecto, cabe anotar que las penalidades previstas en el anterior Reglamento eran: ***i) "penalidad por mora en la ejecución de la prestación"***³ y, ***ii) "otras penalidades"***⁴, las cuales cumplían una doble función; por un lado, desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y, por el otro, resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso u otros incumplimientos en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado.

2.1.2 En ese contexto, el artículo 165 del anterior Reglamento regulaba la ***"penalidad por mora en la ejecución de la prestación"***, en virtud del cual, en caso de configurarse el **retraso injustificado** en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad debía aplicar al contratista dicha penalidad por cada día de retraso, **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.

Con relación a lo anterior, cabe indicar que la aplicación de la citada penalidad se realizaba cuando la Entidad verificaba que el contratista no había solicitado una ampliación de plazo, o habiéndola solicitado

³ Regulada en el artículo 165 del anterior Reglamento.

⁴ Regulada en el artículo 166 del anterior Reglamento.

ésta no hubiera sido aprobada⁵. Cabe precisar que la Entidad debía resolver dicha solicitud y notificar su decisión al contratista, conforme a lo establecido en el artículo 175 del anterior Reglamento⁶.

En este punto, corresponde señalar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 165 del anterior Reglamento "Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta⁷, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.". Adicionalmente, dicho dispositivo preceptuaba que: "En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente (...)". (El resaltado es agregado).

De esta manera, el referido artículo regulaba la aplicación de la "**penalidad por mora en la ejecución de la prestación**", disponiendo que ésta se aplicaba de manera automática, cuando la Entidad verificaba el retraso injustificado por parte del contratista en la ejecución de la prestación objeto del contrato.

En ese orden de ideas, si la Entidad determinaba la aplicación automática de la "**penalidad por mora en la ejecución de la prestación**", ésta la deducía: i) de los pagos a cuenta; ii) del pago final; iii) en la liquidación final; o si fuera necesario, iv) se cobraba del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.

2.1.3 De otro lado, el artículo 168 del anterior Reglamento establecía como una de las causales de resolución del contrato por incumplimiento cuando el contratista "*Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo*".

⁵ De conformidad con lo establecido en el numeral 41.6 del artículo 41 de la anterior Ley, "*El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.*".

⁶ Conforme a lo señalado en el artículo 175 del anterior Reglamento, procedía la ampliación del plazo contractual en los siguientes casos: i) Cuando se aprobaba un adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso el contratista ampliaba el plazo de las garantías que hubiera otorgado; ii) por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista; iii) por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad; y, iv) por caso fortuito o fuerza mayor.

⁷ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 197 del anterior Reglamento, "Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas el último día de cada periodo previsto en las Bases, por el inspector o supervisor y el contratista.". (El subrayado es agregado).

En esa medida, cuando el contratista había llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, la Entidad estaba en la facultad de resolver el contrato, dejando sin efecto las obligaciones de las partes.

Adicionalmente, dicha resolución generaba la ejecución en su totalidad de las garantías de fiel cumplimiento⁸ y la garantía adicional por el monto diferencial de la propuesta –esta última de corresponder-, siempre que la resolución hubiera quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se hubiera declarado procedente la decisión de resolver el contrato, tal y como lo disponía el numeral 2 del artículo 164 del anterior Reglamento.

Por tanto, cuando se hubiera llegado a acumular el monto máximo de penalidad por mora o el monto máximo de otras penalidades, la Entidad se encontraba en la facultad de resolver el contrato por incumplimiento, supuesto en el cual ejecutaba la garantía de fiel cumplimiento, siempre que dicha resolución hubiera quedado consentida.

2.1.4 Ahora bien, es objeto de la consulta determinar si resuelto un contrato por haber alcanzado el monto máximo de penalidad y ejecutada la garantía de fiel cumplimiento (constituida en modo de retención) ante dicha resolución, corresponde requerir al contratista el monto máximo de penalidad por mora no cobrada.

Sobre el particular, debe reiterarse que la garantía de fiel cumplimiento tenía una doble función: compulsiva y resarcitoria. Era compulsiva, puesto que lo que buscaba era compeler u obligar al contratista a cumplir con todas sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecutar las garantías presentadas por este. Asimismo, era resarcitoria, dado que, lo que se pretendía a través de su ejecución era indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento de las obligaciones del contratista.

Dicho lo anterior, la principal función de la garantía de fiel cumplimiento era la de cautelar el logro del objeto contractual; en consecuencia, ante un incumplimiento del contrato por parte del

⁸ Conforme al artículo 39 de la anterior Ley, en los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios, así como en los contratos de ejecución y consultoría de obras que celebraran las Entidades con las Micro y Pequeñas Empresas, éstas últimas podían otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto total a contratar, porcentaje que era retenido por la Entidad.

contratista, esta garantía servía de medio para compensar a la Entidad.

Así, si bien conforme al artículo 165 del anterior Reglamento dicha garantía podía ser ejecutada para cobrar el monto resultante de las penalidades calculadas al contratista, tal medida era aplicable en la medida que no se hubiera efectuado la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, ya que –conforme se indicó en el párrafo precedente- dicha resolución implicaba la ejecución total de la garantía de fiel cumplimiento por dicho concepto.

En ese sentido, si la Entidad procedió a resolver el contrato al haberse llegado a acumular el monto máximo de penalidad por mora y ante ello ejecuta la garantía de fiel cumplimiento por dicha resolución sin que se haya podido cobrar el monto de la penalidad, la ejecución de la garantía no puede usarse para amortizar la referida penalidad.

Por su parte, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre señalan que si bien es imposible que un deudor se encuentre en mora dentro de un contrato ya resuelto, en la medida que la resolución implica la extinción de la condición moratoria del deudor, *“Lo expresado no significa, en modo alguno que las penalidades moratorias no puedan exigirse luego de que el contrato haya sido resuelto, entendiéndose que lo susceptible de exigibilidad serían las penalidades ya devengadas mientras el deudor se encontraba en condición de moroso. (...) En ese sentido podría afirmarse que las penalidades a cobrar son penalidades “pasadas” y no penalidades “presentes”*⁹

En ese sentido, la resolución de contrato no implica, en modo alguno, que las penalidades moratorias pendientes no puedan ser exigidas.

Conforme a lo anterior, habiendo la Entidad resuelto el contrato por causa imputable al contratista y ejecutado la garantía de fiel cumplimiento -como consecuencia de la resolución contractual- sin que el proveedor haya cumplido con abonar el monto máximo de penalidad por mora calculado durante la vigencia del contrato, la Entidad en su calidad de garante del interés público deberá adoptar las acciones que resulten necesarias a efectos de cobrar la penalidad por mora.

⁹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Vol. XVI - Cuarta Parte - Tomo XV, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pág. 2764.

Por tanto, si la Entidad procedió a resolver el contrato al haberse llegado a acumular el monto máximo de penalidad por mora y ante ello ejecuta la garantía de fiel cumplimiento por dicha resolución sin que se haya podido cobrar el monto de la penalidad, la ejecución de la garantía no puede usarse para amortizar la referida penalidad, correspondiendo a la Entidad solicitar el pago de dicha penalidad al proveedor”.

109. Por lo tanto, la garantía puede ser ejecutada por acumular el monto máximo de la penalidad o por resolución del contrato. En el presente caso, habiéndose resuelto el contrato, y habiéndose determinado, al resolver la primera pretensión, que la resolución fue válida, corresponde a la Entidad ejecutar la garantía, independientemente del monto del daño irrogado. Asimismo, también corresponde ejecutar la garantía por haber acumulado el monto máximo de penalidad, pues el CONSORCIO no ha acreditado haber cumplido a satisfacción de la Entidad sus prestaciones contractuales.

En consecuencia, la segunda pretensión es infundada.

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Entidad que emita la resolución que aprueba la liquidación del contrato de consultoría de obra.

110. Tal como está redactada la pretensión, se está solicitando se ordene al PSI que emita una resolución que aprueba la liquidación del contrato. Es decir, se está asumiendo que existe una liquidación, y que ésta está pendiente de aprobación.
111. No obstante, no se ha acreditado en el presente proceso que el CONSORCIO haya presentado una liquidación del Contrato al PSI. Por tanto, no corresponde ordenar que se apruebe una liquidación, si dicha liquidación no existe.
112. Sin perjuicio de ello, se analizará si corresponde emitir una liquidación del Contrato. Al respecto, la cláusula novena del Contrato establece que la conformidad del servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 176° del Reglamento de la LCE.

Dicho artículo establece lo siguiente:

"Artículo 176.- Recepción y conformidad

La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

Tratándose de órdenes de compra o de servicio, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

De existir observaciones se consignaran en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

Las discrepancias en relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la Entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos."

A su vez, el artículo 42° de la LCE establece lo siguiente:

"Artículo 42°.- Culminación del contrato

(...)

Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será

elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquella pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente.

De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

El expediente de contratación se cerrará con la culminación del contrato”.

A su vez, el primer párrafo del numeral 1) del artículo 179 del Reglamento de la LCE establece que *"El contratista presentará a la Entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación. (...)."* Conforme al numeral 2 del mismo artículo, la Entidad debe efectuar la liquidación en caso el contratista no la haya efectuado dentro del plazo que tenía para efectuarla.

113. Como puede apreciarse, el supervisor de obra debe presentar la liquidación de su contrato a la Entidad dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación de su contrato.

De lo actuado en el presente arbitraje, se aprecia que el PSI no ha otorgado la conformidad a la última prestación del CONSORCIO, pues el informe final nunca fue aprobado por el PSI, y como hemos visto al analizar la primera pretensión, el CONSORCIO realizó sucesivos intentos por subsanar observaciones que nunca fueron cuestionadas.

114. La conformidad del informe final tiene como consecuencia inmediata, según el artículo 177° del Reglamento de la LCE, el derecho al pago del contratista. La no obtención de la conformidad genera que el CONSORCIO se vea impedido de presentar la Liquidación del Contrato, conforme al artículo 179° del Reglamento de la LCE y en específico con el artículo 142° de la LCE que señala lo siguiente: *"(...) Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de la recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente. (...)"*.

115. Por lo tanto, no habiéndose emitido la conformidad por parte del PSI, no corresponde ordenar al PSI que emita una liquidación del Contrato.

En consecuencia, la tercera pretensión debe ser declarada infundada.

CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Entidad el pago del íntegro de las costas y costos del proceso arbitral.

116. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73º de la Ley de Arbitraje, al no existir estipulación alguna de las partes sobre la asunción o distribución de los costos y costas del arbitraje en la cláusula arbitral, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida, pudiendo el tribunal arbitral distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En ese sentido, el Árbitro Único decidirá el tema de los costos del arbitraje, atendiendo a la inexistencia del pacto y considerando el resultado del presente laudo.

117. El Árbitro Único considera que ambas partes han tenido razones suficientes para litigar y llevar adelante el presente arbitraje y que no se trata de una acción arbitraria, temeraria o maliciosa de ninguna de ellas. Además, considera que la conducta de ambas partes en el desarrollo del mismo ha sido correcta, por lo que concluye que los costos y gastos arbitrales deben ser asumidos en partes iguales por ellas, con excepción de los costos y gastos de su propia defensa que deben ser asumidos por cada una de las partes.

IX. LAUDO

PRIMERO: Declarar INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda. En consecuencia, no corresponde ordenar al PSI dejar sin efecto la carta resolutoria remitida el 21 de junio del 2018.

SEGUNDO: Declarar INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda. En consecuencia, no corresponde ordenar al PSI la devolución del fondo de garantía de fiel cumplimiento a favor del CONSORCIO.

TERCERO: Declarar INFUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda. En consecuencia, no corresponde ordenar al PSI que emita la resolución que aprueba la liquidación del contrato.

CUARTO: Declarar que cada una de las partes asumirá sus propios gastos de defensa y el 50% de los costos comunes del presente arbitraje.



ALVARO ALBERTO SILVA RUDAT
Arbitro Único