



## LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

### PARTES DEL ARBITRAJE

**Demandante:** INMOBILIARIA Y CONSTRUCTORA SAN FERNANDO S.A.C. (en adelante "SAN FERNANDO" o "EL CONTRATISTA" o "EL DEMANDANTE")

**Demandado:** GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD (en adelante "EL GOBIERNO REGIONAL" o "LA ENTIDAD" o "LA DEMANDADA")

### TRIBUNAL ARBITRAL UNIPERSONAL

Abg. Juan Manuel Fiestas Chunga (Árbitro Único)

### TIPO DE ARBITRAJE

Institucional, Nacional y de Derecho

### ENTIDAD ADMINISTRADORA DEL ARBITRAJE

Centro de Arbitraje "ARBITRARE"

### SEDE DEL ARBITRAJE

Arbitrare Soluciones Legales y Arbitrales S.A.C

Avenida América Oeste Mz. B1 Lote 04 Oficina 601, Urbanización Covicorti, Trujillo

TRUJILLO, AGOSTO 2018

## LAUDO ARBITRAL

### Resolución N° 06

Trujillo, 28 de agosto de 2018

#### **I. ANTECEDENTES**

##### **1.1. Convenio arbitral, solicitud de arbitraje y designación de Tribunal Arbitral**

Con fecha 26 de diciembre de 2016, la INMOBILIARIA Y CONSTRUCTORA SAN FERNANDO S.A.C., debidamente representada por su Gerente General Carlos Javier Acosta Montes, con D.N.I Nro. 18181963, suscribió el Contrato N° 092-2016-GRLL-GRCO Contratación de la Ejecución de la Obra “Mejoramiento y Ampliación de la Infraestructura en la I.E. Abel Toro Contreras de Pacanga, Distrito de Pacanga – Chepén – La Libertad” Licitación Pública N° 011-2016-GRLL-GRCO (en adelante, “EL CONTRATO”) con el GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD, con RUC Nro. 20440374248. En la cláusula VIGÉSIMO TERCERA del Contrato, se estableció lo siguiente:

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

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

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

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

*Se establece como sede, a la ciudad de Trujillo, para la solución de controversias derivadas del presente contrato.”*

En fecha 04 de abril de 2018, LA DEMANDANTE, presentó Solicitud de Arbitraje al Centro de Arbitraje “ARBITRARE” de Arbitrare Soluciones Legales y Arbitrales S.A.C., la misma que fue admitida mediante Decisión Nro. 02-2018-CA/ARBITRARE de fecha 04 de abril de 2018, expedida por el director del Centro de Arbitraje. Asimismo, en dicha decisión, se designó como árbitro único a cargo del proceso, al abogado Juan Manuel Fiestas Chunga, quien aceptó dicha designación mediante Carta N° 023-2018-JMF, de fecha 06 de abril de 2018.

Mediante Carta N° 005-2018-CA/ARBITRARE, notificada de fecha 10 de abril de 2018, se comunicó la admisión de la Solicitud de Arbitraje Institucional a la Inmobiliaria y Constructora San Fernando S.A.C.

Asimismo, mediante Cartas N° 006 y 007-2018-CA/ARBITRARE, ambas notificadas de fecha 10 de abril de 2018, se notificó la solicitud de arbitraje institucional al Gobierno Regional de La Libertad y a la Procuraduría pública del Gobierno Regional de La Libertad, respectivamente.

A través de las Cartas 10, 11 y 12-2018-CA/ARBITRARE, notificadas el 11 de abril de 2018, al demandante y al demandado, respectivamente, se comunicó la aceptación del abogado Juan Manuel Fiestas Chunga como árbitro único, no habiendo las partes efectuado recusación alguna.

La Procuraduría Pública Regional de La Libertad, mediante Carta N° 0014-2018-GR-LL-GOB/PPR, de fecha 16 de abril de 2018, acepta la solicitud de arbitraje y la designación del abogado Juan Manuel Fiestas Chunga, como árbitro único.



Finalmente, mediante Cartas N° 013, 014 y 015-2018-CA/ARBITRARE, notificadas de fecha 18 de abril de 2018, dirigidas a la parte demandante y demandado, se notificó la citación a la Audiencia de Instalación.

## 1.2. Constitución del Tribunal y Reglas del Proceso Arbitral

El día 04 de mayo de 2018, se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral Unipersonal en la sede institucional del Centro de Arbitraje “Arbitrare”, contando con la presencia del árbitro único, abogado Juan Manuel Fiestas Chunga, asimismo se contó con la presencia del representante de la empresa INMOBILIARIA Y CONSTRUCTORA SAN FERNANDO S.A.C. y también con la presencia del abogado delegado de la PROCURADURÍA PÚBLICA DEL GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD. En la audiencia, el árbitro único declaró haber sido designado conforme a ley, por el Centro de Arbitraje “ARBITRARE”, ratificándose en su aceptación al cargo, manifestando que no tiene ninguna incompatibilidad ni compromiso con alguna de las partes y obligándose a desempeñar con imparcialidad, independencia y probidad la labor encomendada, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Ética del Centro.

En el mismo acto, quedó establecido que el arbitraje será institucional, nacional y de derecho, según lo establecido en la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado, y se designó como secretaria arbitral a la abogada Maricielo Stefane Zavaleta Pino, señalando como sede institucional del arbitraje el local del Centro de Arbitraje “ARBITRARE” ubicado en la Av. América Oeste Nro. 1565 (Mz. B1, lote 4) Of. 601 Urb. Covicorti, Distrito y Provincia de Trujillo, Departamento de La Libertad.

De igual manera, se estableció la legislación aplicable al proceso, siendo el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje “ARBITRARE”, la Ley de Contrataciones del Estado – Ley N° 30225 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF; y el Decreto Legislativo N° 1071 (en la Ley de Arbitraje)

## II. PROCESO ARBITRAL

### 2.1. Demanda

Mediante escrito de fecha 18 de mayo de 2018, Inmobiliaria y Constructora San Fernando S.A.C. presentó su demanda arbitral, solicitando en el petitorio:

**Pretensión Principal:** La aprobación y pago de la liquidación final de obra “Mejoramiento y Ampliación de la Infraestructura en la I.E. Abel Toro Contreras de Pacanga – Chepén – La Libertad” (Licitación Pública 011-2016-GRLL-GRCO) por un monto total de S/. 148,605.94 (Ciento cuarentiocho mil seiscientos cinco y 94/100 nuevos soles), que comprende:

- a) La devolución de una Penalidad retenida en la Valorización N° 01, por la suma de S/. 22,099.56 (Veintidós mil noventa y nueve con 56/00 soles), por haberse efectuado en forma ilegal y cuando no correspondía su aplicación.
- b) La inexistencia de Penalidades aplicadas conforme al procedimiento contractual establecidas en el Contrato de Ejecución de Obra.

**Pretensión Accesorio N° 01:** La declaración de nulidad de la liquidación final de obra contenida en el Oficio Nro. 260-2018-GRLL-GGR-GRI de fecha 21 de febrero del 2018 remitido por el Gerente Regional de Infraestructura del Gobierno Regional de La Libertad, que contiene y hace suyo los Informes:

- a) El Informe Nro. 07-2018-GRLL-GRI/SGL de fecha 21 de febrero del 2018 efectuado por la Sub Gerente de Liquidaciones del Gobierno Regional, Ing. Azucena Santa María Muro.
- b) El Informe Nro. 006-2018-GRI/SGL-HACA de fecha 20 de febrero del 2018, efectuado por la Ing. Hans Castillo Alva, Evaluador de la Sub Gerencia de Liquidaciones del Gobierno Regional.

**Pretensión Accesorio Común:** El pago de las costas y costos del proceso arbitral, que incluye el reembolso del pago de los honorarios del Árbitro, de la Secretaria Arbitral y del Centro de Arbitraje.

**Fundamentos de la Pretensión:**

La demandante alega que en el artículo 179 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se establecen las reglas procedimentales para la aprobación de la liquidación final de Obra, la cual debe estar debidamente sustentada, calculada, documentada y “argumentada” las posiciones de desacuerdo y/o la conformidad de las mismas ante el silencio de las partes, por lo que en la Liquidación de Obra, la normatividad de Contratación pública desfavorece a la parte que no manifiesta su voluntad o desacuerdo respecto de un documento. Además, la manifestación de desacuerdo no recae en la simple presentación de un documento que contenga información opuesta, sino la oposición sustentada e individual de cada uno de los contradichos.

Afirma que el procedimiento de Liquidación se ha efectuado dentro de los plazos y reglas establecidas en el Reglamento citado, con la salvedad que la contestación de la observación a la liquidación final, no contiene las razones motivadas ni argumentos que desvirtúen la observación a la aplicación de penalidades formulada por la demandante.

Que, mediante Oficio Nro. 260-2018-GRLL-GGR-GRI de fecha 21 de febrero del 2018 remitido por el Gerente Regional de Infraestructura del Gobierno Regional de La Libertad, se notificó a la demandante la liquidación final de obra, conjuntamente con el Informe Nro. 017-2018-GRLL-GRI/SGL de fecha 21 de febrero del 2018, con un saldo a favor de la contratista por la suma de S/. 27,058.37 soles.

La Carta Nro. 006-2018-ICSFSAC de fecha 02 de marzo del 2018 remitida por la demandante formulando las observaciones a la liquidación final de Obra, y planteando un saldo a favor de la contratista por la suma de S/. 148,605.94,



expresando las razones jurídicas por las cuales no procede la aplicación de penalidades.

Que, mediante Oficio Nro. 376-2018-GRLL-GGR-GRI de fecha 16 de marzo del 2018 de la Gerencia Regional de Infraestructura, se notificó a la demandante la ratificación de la liquidación final de obra, conjuntamente con los Informes Nro. 030-2018-GRLL-GRI/SGL de fecha 16 de marzo del 2017 e Informe Nro. 10-2018-GRI/HACA de fecha 16 de marzo del 2018, con un saldo a favor de la contratista por la suma de S/. 27,058.37 nuevos soles; la cual no expresa las razones de la desestimación de las observaciones formuladas por la demandante.

### **Respecto de la Pretensión Principal**

El contratista aduce que del análisis de la ratificación de la Liquidación de Obra formulada por el Gobierno Regional, que absuelve la observación formulada, se pueden verificar que no existe ninguna razón, ni argumento que explique las razones porque no son atendidas las observaciones formuladas, por lo que, al no contener ninguna explicación fundamentada, ni fundamento técnico, más la sola expresión ilegal de ratificar los informes, nos releve de toda prueba respecto a la falta de motivación de la ratificación de la liquidación, la cual se debe tener como no formulada y procederse a aprobar la liquidación de obra presentada por la demandante.

Respecto del procedimiento contractual para la Imposición de Penalidades, la contratista alega que el contrato de ejecución de obra ha establecido un procedimiento para la Imposición de Penalidades en la cláusula décimo novena parte in fine, estableciéndose con notable claridad “Reglas para la aplicación de otras penalidades se requerirá el siguiente procedimiento”; apreciándose en el inciso e) que el procedimiento es seguido por el Inspector o Supervisor de Obra, y es éste funcionario el facultado contractualmente para la imposición de la penalidad, es decir, el acto administrativo es declarado por el Inspector o Supervisor de Obra, y no por ningún otro funcionario.

*“e) De no presentar el contratista el DESCARGO en el plazo otorgado, el inspector o supervisor de obra procederá a emitir un informe concluyendo que se debe aplicar la penalidad. Dicho Informe lo dirigirá a la entidad con copia al Contratista, a fin de deducirle la penalidad del pago de Valorización que corresponda”*

El demandante alega que el informe concluyendo la imposición de penalidad, efectuada por el Supervisor de Obra, y que es comunicada a la entidad como al Contratista, la misma que sirve de fundamento para efectuar la retención o deducción de la penalidad, en la Valorización de Obra que corresponda; por lo que, muy al margen del procedimiento instructor establecido en los incisos a) al d), el acto decisorio y que genera efectos jurídicos, es el informe de imposición de penalidad que efectúa el supervisor de obra, y en mérito al cual se procederá de ser el caso, a efectuar la retención indicada.

Respecto de la Indevida aplicación de la penalidad deducida en la Valorización N° 01, la contratista indica que se puede advertir del Informe de Liquidación Final de Obra, como del Informe de Ratificación de Liquidación Final de Obra, que el acto administrativo que genera la imposición de la penalidad y la retención efectuada en la Valorización N° 01, es el Informe N° 033-2017-GRLL-GRI-SGO-WAMV de fecha 10 de marzo del 2017 suscrito por el Ing. Wilmer Mayta Vásquez, Coordinador de Obra de la Sub Gerencia de Obras y Supervisión; en la cual se puede verificar que no se ha seguido con el procedimiento contractual, pues muy al margen de la existencia o no, de una Acta de Verificación y/o un asiento del cuaderno de Obra, el procedimiento para la imposición de la penalidad, se inicia con el informe del supervisor (procedimiento sancionador) que califica el hecho, sugiere la falta incurrida, otorga un plazo para los descargos y aporta la prueba; sin lo cual sencillamente se afectando al “Principio del Juez Natural”, como componente del debido procedimiento.

Asimismo, del Informe también se verifica que la autoridad decisoria no es el supervisor de obra, sino una funcionario administrativo de la Sub Gerencia de Obras y Supervisión, que si bien es cierto, tiene como facultad efectuar supervisión y control a la ejecución de las obras, también la obligación y deber



de cumplir los procedimientos contractuales por lo que, debió encaminar sus hallazgos al procedimiento contractual, es decir, comunicar al supervisor de obra para que inicie el procedimiento sancionador; por lo que, habiendo quebrantando las normas contractuales ha incurrido en causal de nulidad la imposición de la penalidad contenida en el informe N° 033-2017-GRLL-GRI-SGO-WAMV.

Respecto de la inexistencia de las penalidades deducibles en la Liquidación Final de Obra, la contratista afirma que al efectuarse la Liquidación Final de Obra se puede advertir que para la Imposición de 03 penalidades se fundamentan en el Informe N° 135-2017-GRLL-GRI-SGO-MAAR efectuada por la Abog. Milagros Ahon Ríos de la Gerencia Regional de Contrataciones; la misma que se fundamenta en la Carta N° 071-2017-MADCS/SO/PACANGA de fecha 25 de setiembre del 2,017 cursada por el supervisor de obra, y en la cual informa que no corresponde la aplicación de penalidad al contratista.

Por lo tanto, el Supervisor de Obra siguió el procedimiento contractual, y después de analizado los descargos del contratista, emitió el acto administrativo decisorio, concluyendo que no existe penalidad que aplicar al Contratista, por lo que, el acto administrativo sancionador ha concluido con desestimación de sanción por lo que, no existe el acto administrativo que sustente la imposición de la penalidad; por lo que, se está afectando el principio de la cosa decidida y con ello el debido procedimiento, lo que genera la nulidad de los actos administrativos que desconocen y afectan dicho principio.

La contratista menciona además que la Carta N° 114-2017-MADCS/SO/PACANGA de fecha 26 de Diciembre del 2017 suscrita por el Supervisor de la Obra, Ing. Mirko Vargas del Castillo, otorga su conformidad a la liquidación de obra planteada por el contratista, y por el cual además desconoce la retención efectuada en la Valorización N° 01 y reconoce que no existen penalidades que aplicar a el contratista, como consecuencia de los procedimientos sancionadores iniciados para aplicar penalidades dentro del contrato de ejecución de obra a su cargo.



### Respecto de la Pretensión Accesorio N° 01

El contratista afirma que de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 del T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el acto administrativo denominado ratificación de liquidación final de obra emitido por el demandado y contenido en el Oficio Nro. 376-2018-GRLL-GGR-GRI de fecha 16 de marzo del 2018 de la Gerencia Regional de Infraestructura, así como el Oficio Nro. 260-2018-GRLL-GGR-GRI de fecha 21 de febrero del 2018 remitido por el Gerente Regional de Infraestructura del Gobierno Regional de La Libertad debió reunir con los 5 requisitos de validez del acto administrativo; apreciándose que para determinar el objeto o contenido del acto administrativo, este debe ajustarse al ordenamiento jurídico, en el cual se encuentra la constitución, las leyes y reglamentos; y en el caso el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así como las normas que garantizan un debido procedimiento, tanto sustantivo como procesal; sin que esto se haya producido en el acto administrativo indicado.

Asimismo, de concordancia con el numeral 1.2. del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley 2744 Ley del Procedimiento Administrativo General establece que “Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”. De lo que se colige que este principio obliga a la administración a poner especial énfasis en el procedimiento declarativo de derechos para respetar “el objeto o contenido del acto administrativo”, respecto de los numerales siguientes:

*“5.3. No podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes; ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes*



*de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto.*

*5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por éstos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que otorgue posibilidad de exponer su posición al administrado y, en su caso, aporten las pruebas a su favor”*

Por lo tanto, en este sentido, el demandante afirma que el acto administrativo impugnado ha violentado varios de los componentes del debido procedimiento controlado y protegido por la Constitución, entre las cuales señala: “El derecho a exponer los argumentos de Defensa” y “El Derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho”; el primero como componentes del Debido procedimiento formal y la última referido al debido procedimiento sustantivo.

El demandante señala que el acto administrativo indicado debió cumplir con exponer las razones técnicas y jurídicas que fundamentan la decisión de ratificar la liquidación final de obra propuesta con fecha 21 de febrero del 2018, ya que el Oficio y los Informes que lo sustentan no detallan la información jurídica suficiente por lo que, la ausencia de motivación expresa la decisión de una violación expresa al debido procedimiento sustantivo, más aún si en la omisión se ha dejado de una cláusula contractual que establece el procedimiento a seguir en el caso de las penalidades invocadas.

En consecuencia, la demandante indica que ha quedado totalmente claro que la ratificación de la Liquidación Final de Obra no ha violentando el conjunto de derechos que le corresponde al Contratista y cuya tutela de dichos derechos precisamente corresponde a la propia entidad, sin embargo, a pesar de las observaciones formuladas, que no han sido absueltas en forma detenida y razonada, quebrantando el componente de absolver los argumentos de la defensa, en este caso, los argumentos de las observaciones, han persistido intencionalmente en la denegación de los derechos.





Por lo tanto, se aprecia claramente que el Informe Nro. 10-2018-GRLL-SGL-HACA de fecha 16 de marzo del 2018 suscrita por el Ing. Hans Castillo Alva, sólo se limita a justificar su decisión en el hecho de reconocer que es el supervisor el encargado de advertir en forma directa e inmediata el cumplimiento de los hechos para la aplicación de una penalidad, pero ello no enerva la obligación del área usuaria de supervisar la ejecución contractual; desviando en absoluto el objeto del debate, esto ¿Cuál es el órgano encargado de imponer la penalidad?; del mismo modo, el Informe N° 030-2018-GRLL-GRI/SGL de la Sub Gerencia de Liquidaciones que hace suyo en todos los términos el informe mencionado, y que como se podrá apreciar de se pronuncian sobre los argumentos expuestos en la Observación a la Liquidación Final de Obra; por lo que, se encuentra afecto a la causal de nulidad del acto administrativo.

### **Respecto de la Pretensión Accesorias Común**

La contratista señala que en el artículo 412 del Código Procesal Civil se establece el Principio de la condena en costas, y por el cual la parte vencida en juicio debe reembolsar las costas y costos del proceso, por lo que, dada la naturaleza intencional de los actos administrativos impugnados, la demandante solicita se aplique dicha condena en favor del demandado después de haberse declarada fundada las pretensiones demandadas.

### **2.2. ADMISIÓN A TRAMITE DE LA DEMANDA Y PAGO DE GASTOS ARBITRALES**

Mediante Resolución Nro. 01 de fecha 21 de mayo de 2018, se resolvió admitir a trámite la demanda presentada por Inmobiliaria y Constructora San Fernando S.A.C., y se corrió traslado al Gobierno Regional de La Libertad, para que presente su contestación en el plazo de diez (10) días hábiles.

Asimismo, se dejó constancia del pago de los gastos arbitrales que son de cargo de la demandante.



### 2.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A través del escrito N° 01 de fecha 04 de junio de 2018, el Procurador Público Adjunto del Gobierno Regional de La Libertad, contestó la demanda arbitral, sosteniendo que se declare infundadas las pretensiones de la demandante, conforme a los siguientes fundamentos:

#### **Respecto a los Fundamentos de las Pretensiones Demandadas**

El demandado alega que, con respecto al procedimiento de Liquidación Final de Obra, dicho procedimiento por parte de la entidad estuvo arreglada a derecho, conforme lo acreditará precedentemente.

Asimismo, con respecto a la Aprobación de la Liquidación Final de Obra; dicha liquidación efectuada por parte de la entidad estuvo de acuerdo a ley, conforme lo acreditará en el presente proceso arbitral.

Y con respecto a la Nulidad de la Liquidación Final de Obra efectuada por la entidad; los actos administrativos emitidos por el demandado se encuentran arregladas a derecho.

#### **Respecto de la Pretensión Principal**

El demandado señala que con fecha 26 de diciembre del 2016, la entidad y la contratista, suscribieron el contrato N° 092-2016-GRLL-GRCO, sobre contratación de la ejecución de la obra: “Mejoramiento y Ampliación de la Infraestructura en la I.E Abel Toro Contreras de Pacanga – Chepén – La Libertad”. Y con fecha 17 de febrero del 2017, la entidad y el Ing. Mirko Antonio Vargas del Castillo, suscribieron el Contrato N° 010-2017-GRLL-GRCO, sobre Contratación de Consultoría para la Supervisión de Obra.

El demandado alega que con fecha 18 de febrero del 2017, el Ing. Wilmer Mayta Vásquez, inspector de la obra, en el asiento 20 del Cuaderno de Obra, realizó la anotación siguiente:



*“Personal Profesional del Contratista:*

*-Ing. Residente. - Ing. José Luis Saldaña León.*

*(...)*

*Habiendo la Entidad suscrito el Contrato para la Supervisión de la Obra el día 17 de febrero del 2017, se da por finalizado las actividades del inspector de obra quedando a partir de hoy sábado 18 de febrero como responsable de la supervisión el Contratista ingeniero Mirko Antonio Vargas Del Castillo.*

El demandado señala que suscribieron la respectiva anotación el ingeniero residente y el Gerente General de la contratista, tomaron conocimiento del caso, es decir de la inasistencia del Ing. Asistente del Residente, se trató de justificar en el asiento 21 del Residente, sin embargo, en dicho asiento no menciono la ausencia del especialista en “seguridad”.

El demandado hace referencia que mediante Informe N° 033-2017-GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMV, del Coordinador de la Obra, correspondiente al pago de la Valorización de Obra N° 01 (S/ 521,098.20 –Febrero 2017); en el cuadro N° 01 se cuantifica entre otras penalidades, el monto de penalidad al Asistente del Residente por S/ 22,096.56 y monto de penalidad al Especialista en Seguridad de Obra por S/ 22,096.56, siendo el monto efectivo a pagar al Contratista de S/ 476,899.08, posterior a ello con carta N° 010-2017-ICSFSAC-CJAM/GG, de fecha 03 de abril del 2017, el Gerente General de la empresa contratista presenta sus descargos sobre la penalidad, por inasistencia del Asistente del Residente y Especialista en Seguridad de obra, pronunciándose al respecto el ing. Wilmer A. Mayta Vásquez, inspector de la obra, mediante informe N° 043-2017-GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMV, evaluando y concluyendo que el contratista no había sustentado fehacientemente su descargo, por lo que la penalidad persiste.

Asimismo, menciona que con Carta N° 015-2017-ICSFSAC-CJAM/GG de fecha 27 de abril del 2017, el Gerente General de la contratista, presentó sus descargos sobre la penalidad en el que describe el procedimiento para aplicar las penalidades, por inasistencia del Asistente del Residente y Especialista en Seguridad de obra, pronunciándose al respecto el ing. Wilmer A. Mayta

Vásquez, inspector de la obra, mediante informe N° 049-2017-GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMV, evaluando y concluyendo que en la penalidad aplicada a la empresa contratista en la Valorización de Obra N° 01, no se realizó el Acta de Verificación por cuanto el inspector de obra hizo uso del Cuaderno de Obra, que luego fue firmado por el ingeniero residente y por el Gerente General de la empresa Contratista, posteriormente con Carta N° 020-2017--ICSFSAC-CJAM/GG de fecha 19 de Mayo del 2017, el Gerente General de la contratista reitera sus descargos sobre la penalidad, por inasistencia del Asistente del Residente y Especialista en Seguridad de obra, pronunciándose al respecto el Ing. Wilmer A. Mayta Vásquez, inspector de la obra, mediante informe N° 062-2017-GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMV, de fecha 30 de Mayo del 2017, evaluando y concluyendo: que el contratista emitió sus descargos y el Coordinador de la Sub Gerencia de la Obra, revisó e informó los respectivos descargos.

Además, el demandado indica que mediante Informe N° 020-2018-GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMV, de fecha 24 de enero del 2018, el ing. Wilmer A. Mayta Vásquez, se pronuncia que la penalidad en la Valorización N° 01, persiste y fue descrita en el INFORME N° 033-2017-GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMV.

El demandado argumenta que de la revisión de los actuados y del análisis de los mismos se puede inferir que en la cláusula décimo novena del Contrato N° 092-2016-GRLL-GRCO, establece en el numeral 11 el supuesto de aplicación de otras penalidades: Penalidad 11: falta de permanencia del personal propuesto.- El Residente y los profesionales especialistas propuestos en la oferta técnica deben dirigir la ejecución de los trabajos efectuados por el contratista, asistiendo en forma permanente y todos los días laborales de la obra, y los demás profesionales durante el plazo de su participación de acuerdo a las partidas de su especialidad, en caso contrario se aplicará una multa por su inasistencia, siendo suficiente la sustentación de este hecho con un acta firmada por el personal de la entidad que visito la obra y dejando constancia con un responsable de la obra.



Si bien es cierto que en el procedimiento descrito en el Contrato se menciona que debe emitirse un Acta de Verificación, también es cierto que el Ing. Wilmer A. Mayta Vásquez, en calidad de inspector de la obra, fue responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato, en este caso la observación realizada se anotó en el cuaderno de Obra, siendo firmado por el ingeniero residente (ing. José Luis Saldaña León) y por el Gerente General de la Empresa contratista Inmobiliaria y Constructora San Fernando S.A.C. (Sr. Carlos Javier Acosta Montes), actuación que prueba que el contratista tomo conocimiento oportuno de tales hechos (Otras Penalidades), es decir el contratista tuvo todo el derecho para ejercer su defensa, haciéndolo de menar efectiva según sus cartas siguientes:

HECHO IMPUTADO	CARTA	FECHA	INFORME	CONCLUSION
FALTA DE PERMANENCIA DEL PERSONAL PROPUESTO (NUMERAL 11)  "Inasistencia del Asistente del Residente: ING. JOSE EULOGIO CUMPA ANGELES y Especialista en Seguridad de obra	N° 010-2017-ICSFSAC-CJAM/GG	03 de abril del 2017	N° 043-2017-GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMV	Que el contratista no había sustentado fehacientemente su descargo, por lo que la penalidad persiste.
	N° 015-2017-ICSFSAC-CJAM/GG	27 de abril del 2017	N° 049-2017-GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMV	Que, en la penalidad aplicada a la contratista en la Valorización de Obra N° 01, no se realizó el Acta de Verificación por cuanto el inspector de obra hizo uso del Cuaderno de Obra, que luego fue firmado por el ingeniero residente y por el Gerente General de la contratista.
	N° 020-2017-ICSFSAC-CJAM/GG	19 de mayo del 2017	N° 062-2017-GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMV	Que, el contratista emitió sus descargos y el Coordinador de la Sub Gerencia de la Obra, revisó e informó los respectivos descargos, siendo que persisten las discrepancias en relación a las penalidades aplicadas.





Igualmente, de la revisión del Contrato N° 008-2017-GRLL-GRCO, se establece en su CLAUSULA SEGUNDA: OBJETO (...) En ese sentido, se obliga a ejecutar la obra con los siguientes profesionales:

JOSE EULOGIO CUMPA ANGELES	INGENIERO RESIDENTE	Ingeniero Civil	CIP N° 35689	5.81 años
ELEUTERIO SANCHEZ VEGA	ESPECIALISTA EN CONTROL DECALIDAD	Ingeniero Civil	CIP N° 40173	3.17 años
BRENDA MALU CORCUERA LU	ESPECIALISTA ARQUITECTURA	Arquitecta	CAP N° 8636	2.02 años
JULIAN YANAVILCA RAMOS	ESPECIALISTA INSTALACIONES SANITARIAS	Ingeniero Sanitario	CIP N° 7353	3.75 años
OSCAR FRANCISCO CASTILLO ANICAMA	ESPECIALISTA INSTALACIONES ELECTRICAS	Ingeniero Mecánico Electricista	CIP N° 24200	2.83 años

En ese sentido, el demandado menciona que es necesario precisar que la ejecución de la obra: “MEJORAMIENTO DEL SERVICIO MEDUCATIVO DEL NIVEL INICIAL DE LA I.E N° 2019 ADITA ZANNIERE DE MURGIA, CENTRO POBLADO MENOR ALTO TRUJILLO, DISTRITO EL PORVENIR-PROVINCIA TRUJILLO-LA LIBERTAD”, se inició el 01 de febrero del 2017, teniendo como personal clave (ingeniero residente) al Ing. José Eulogio Cumpa Ángeles, y la ejecución de la obra: “MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA EN LA I.E ABEL TORO CONTRERAS DE PACANGA – CHEPÉN – LA LIBERTAD”, se inició el 03 de febrero del 2017 teniendo como personal clave (asistente de residente) al Ing. José Eulogio Cumpa Ángeles, de lo mencionado se puede advertir que la misma persona estuvo laborando de manera paralela en ambas obras (centro poblado menor alto Trujillo y distrito de Pacanga), pero también es cierto que con fecha 15 de febrero del 2017, se suscribió la Primera Adenda al Contrato N° 008-2017-GRLL-GRCO, con el objeto de sustituir al Ingeniero Residente José Eulogio



Cumpa Ángeles, por el Ing. Luis Alejandro Lombardi Ramos, por ende no se puede afirmar que ha existido un doble rol de funciones, pues el Asiento N° 20 fue realizado el 18 de febrero del 2017, fecha en la cual ya se había realizado la sustitución del Ing. José Eulogio Cumpa Ángeles, en la mencionada obra.

El Decreto Supremo N° 350-2015-EF- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, precisa en el artículo 4° que: *“El órgano encargado de las contrataciones tiene como función la gestión administrativa del contrato, que involucra el trámite de perfeccionamiento, aplicación de penalidades, procedimiento de pago en lo que corresponda, entre otras actividades de índole administrativo; siendo que la supervisión de la ejecución del contrato le compete al área usuaria o al órgano al que se le haya asignado tal función”*; en razón a ello y en base a los principios de jerarquía y temporalidad de la norma, respecto de los contratos derivados de procedimientos de selección convocados con esta nueva ley y Reglamento, corresponde que en atención a la información remitida y brindada por el área usuaria, la Gerencia Regional de Contrataciones aplique las penalidades de ser el caso.

En tal sentido, en el trámite de la Valorización N° 01 el área usuaria, en este caso la Sub Gerencia de Obras y Supervisión, a través del coordinador de obra (antes inspector de obra), informo de manera oportuna la aplicación de la respectiva penalidad (Cláusula Décimo Novena del Contrato N° 092-2016-GRLL-GRCO, numeral 11 el supuesto de aplicación de otras penalidades: falta de permanencia del personal propuesto) a la empresa contratista; por la ejecución de la obra.

En ese orden de ideas, si bien es cierto que el ing. Mirko Antonio Vargas del Castillo había suscrito el Contrato N° 010-2017-GRLL-GRCO, para la contratación del Servicio de Consultoría para la Supervisión de obra, el 17 de febrero del 2017, también es cierto que hasta antes de la suscripción del mencionado contrato el inspector de la Obra era el Ing. Wilmer A. Mayta Vásquez, siendo este el facultado y encargado de velar por el cumplimiento y



ejecución de la obra, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 160° Funciones del Inspector o Supervisor”, del Decreto Supremo N° 350-2015-EF.

El demandado manifiesta que también es cierto que los hechos descritos en el Asiento N° 20, no han sido desmentidos por parte del Contratista, pues no han adjuntado los medios de prueba pertinentes, idóneos y conducentes que acrediten lo manifestado en sus descargos presentados.

La entidad indica que la Sub Gerencia de Obras y Supervisión (área usuaria) es el órgano competente encargado de velar por la ejecución de la obra y a través del Ing. Wilmer A. Mayta Vásquez, quien fue inspector de la obra.

Por todo lo mencionado anteriormente y en base al análisis de los actuados, el demandado señala que no procede la devolución de la aplicación de penalidad (Valorización N° 01), por la ejecución de la obra.

#### **Respecto de la Pretensión Accesorio N° 01**

La Entidad señala que con Carta N° 114.-2017-MADCS/SO/PACANGA, de fecha 26 de diciembre el Ing. Mirko Vargas del Castillo, Consultor de la supervisión de la obra, alcanzó el expediente de liquidación elaborado por la empresa contratista Inmobiliaria y Constructora San Fernando S.A.C., indicando que habiendo revisado la aplicación de reajustes de fórmulas polinómicas, le corresponde a la empresa contratista un saldo a su favor por la suma de S/ 148,605.94 soles, incluido IGV, concluyendo que la documentación alcanzada se encuentra revisada y completamente conforme.

Asimismo, hace referencia que mediante Memorandum N° 004-2018-GRLL-GRI/SGL de fecha 18 de enero del 2018, se comunicó al Ing. Hans castillo Alva, profesional de la Sub Gerencia de Liquidaciones, que debía revisar y elaborar la liquidación de ejecución de la obra:, que fue ejecutada por la empresa contratista Inmobiliaria y Constructora San Fernando S.A.C.



La entidad, señala que luego de efectuar la revisión de la Liquidación presentada por la empresa contratista, se hacen las siguientes observaciones:

- El Contratista en su Resumen de Liquidación de obra, está solicitando la devolución de penalidad aplicada por el importe de S/ 22,099.56 (incluye IGV), al respecto se señala:
  - a) Con informe N° 033-2017-GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMV, de fecha 13 de marzo del 2017, el Ing. Wilmer Mayta Vásquez, Coordinador de la indicada obra, detalla que le corresponde al contratista la aplicación de penalidades por la no asistencia de dos (02) profesionales según el detalle del siguiente recuadro:

Monto del Contrato Vigente	Penalidad 11: El Residente y los profesionales especialistas propuestos en la oferta técnica, deben dirigir la ejecución de los trabajos (...) asistiendo en forma permanente y todos los días (...)	Penalidad Autorizada S/.
5,524,889.40	Asistente del Residente: Ing. José E. Cumpa Ángeles.	
	4/1000	22,099,56
	Especialista- Seguridad en obra: Ing. Jesús Risco Guevara.	
	4/1000	22,099,56

Total, penalidad S/ 44,199.12

Asimismo, de la documentación adjuntadas se determinó que en la Valorización N° 01, solamente se retuvo al contratista el monto de S/ 22,099.56.

- b) Con Oficio N° 723-2017-GRLL-GGR-GRI-SGO de fecha 21 de Diciembre del 2017, la Sub Gerencia de Obras y Supervisión alcanzo la documentación para tener en cuenta en la liquidación de obra, adjuntando el Informe N° 135-2017-MAAR de la Gerencia de Contrataciones, en la cual se determina la aplicación de penalidad a la empresa contratista por la suma de S/ 77,348.45 por encontrarse al día el cuaderno de obra (S/ 55,248.89) y por no encontrarse en obra personal profesional propuesto (S/ 22,099.56)



En tal sentido se determinó el saldo a descontar por concepto de penalidad, determinando la suma S/ 99, 448.01, según el siguiente detalle

Penalidad	Autorizada	Retenida	Saldo por descontar
Asistencia irregular profesionales en Obra	S/ 44,199.12	S/ 22,099.56	S/ 22,099.56
Cuaderno de obra no estuvo al día	S/ 55,248.89	----- ----	S/ 55,248.89
Asistencia irregular del asistente de Residente y Especialista en Seguridad	S/ 22,099.56	----- ----	S/ 22,099.56
			S/ 99,448.01

Finalmente, la entidad precisa que teniendo en cuenta la observación antes mencionada, se ha elaborado una nueva liquidación, la cual arroja un saldo a favor del contratista por el importe de S/ 27,058.37 según el siguiente detalle:

Reajuste de Precios ..... S/ 126.506.38  
 Saldo de Penalidades autorizadas..... S/ 99,448.01  
 Saldo a favor S/ 27,058.37.

### Respecto de la Pretensión Accesorio Común

Finalmente, el demandado señala que conforme se advierte de autos; no le asiste el derecho a la contratista demandante, a las pretensiones demandadas, en tal sentido se debe declarar infundada la pretensión accesorio común y por consiguiente disponer que la demandante cumpla con asumir los costos y costas del arbitraje; en razón de que no existe obligación principal que tenga el Gobierno Regional La Libertad a favor de la empresa demandante.

### 2.4. DETERMINACIÓN DE LA MATERIA A RESOLVER. ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS.

Mediante Resolución Nro. 02 de fecha 05 de junio de 2018, se resolvió tener por contestada la demanda por el Gobierno Regional de La Libertad y tener por



ofrecidos los medios de prueba, y se puso a conocimiento de Inmobiliaria y Constructora San Fernando S.A.C. Asimismo, se determinó como materia a resolver, lo siguiente:

- a. Determinar si corresponde la aprobación y el pago de la LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA “Mejoramiento y Ampliación de la Infraestructura en la I.E. Abel Toro Contreras de Pacanga – Chepén – La Libertad” (Licitación Pública 011-2016-GRLL-GRCO) por un monto total de S/. 148,605.94 (ciento cuarentiocho mil seiscientos cinco y 94/100 nuevos soles) a favor de Inmobiliaria y Constructora San Fernando S.A.C., que comprende:
  - i. La devolución de una Penalidad retenida en la Valorización N° 01, por la suma de S/. 22,099.56 (Veintidós mil noventa y nueve con 56/00 soles).
  - ii. La inexistencia de Penalidades aplicadas conforme al procedimiento contractual establecidas en el Contrato de Ejecución de Obra.
- b. Determinar si corresponde la DECLARACIÓN DE NULIDAD de la LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA contenida en el Oficio Nro. 260-2018-GRLL-GGR-GRI de fecha 21 de febrero del 2018 remitido por el Gerente Regional de Infraestructura del Gobierno Regional de la Libertad, que contiene y hace suyo los Informes:
  - i. El Informe Nro. 017-2018-GRLL-GRI/SGL de fecha 21 de febrero del 2018 efectuado por la Sub Gerencia de Liquidaciones del Gobierno Regional, Ing. Azucena Santa María Muro.
  - ii. El Informe Nro. 006-2018-GRI/SGL-HACA de fecha 20 de febrero del 2018, efectuado por la Ing. Hans Castillo Alva, Evaluador de la Sub Gerencia de Liquidaciones del Gobierno Regional.
- c. Determinar a quien corresponde el Pago de las costas y costos del proceso arbitral, que incluye el reembolso del pago de los honorarios del Árbitro, de la Secretaria Arbitral y del Centro de Arbitraje.



De igual manera, se admitieron los siguientes medios de prueba, ofrecidos por las partes:

- a. Los medios probatorios ofrecidos por la parte demandante en su escrito de demanda, de fecha 18 de mayo de 2018, detallados en el acápite “VII. Medios Probatorios”, consistentes en documentales, los cuales son los siguientes:
- Contrato de Obra “Mejoramiento y Ampliación de la Infraestructura en la I.E. Abel Toro Contreras de Pacanga – Chepén – La Libertad”.
  - Oficio N° 260-2018-GRLL-GGR-GRI de fecha 21 de febrero del 2018, comunica Liquidación Final de Obra.
  - Informe N° 017-2018-GRLL-GRI/SGL del 21 de febrero del 2018.
  - Informe N° 006-2018-GRI/SGL-HACA del 20 de febrero del 2018.
  - Carta Notarial Nro. 006-2018-ICSFSAC de fecha 02 de marzo del 2018 Observación de Liquidación Final de Obra.
  - Oficio N° 376-2018-GRLL-GGR-GRI de fecha 16 de marzo del 2018, comunica Ratificación de Liquidación Final de Obra.
  - Informe N° 030-2018-GRLL-GRI/SGL del 16 de marzo del 2018.
  - Informe N° 010-2018-GRI/SGL-HACA del 16 de marzo del 2018.
  - Informe N° 033-2017-GRLL-GRI-SGO-WAMV de fecha 10 de marzo del 2017 que establece la primera penalidad.
  - Informe N° 135-2017-MAAR de fecha 15 de diciembre del 2017 que establece la segunda penalidad.
  - Carta N° 114-2017-MADS/SO/PACANGA.
  - Carta N° 071-2017-MADS/SO/PACANGA.
  - Acta de Conciliación Nro. 29-2018-CON-CCAE-CCPLL.
- b. Los medios probatorios ofrecidos por la parte demandada en su escrito de comparecencia – contesta demanda arbitral, de fecha 04 de junio de 2018, detallados en el acápite “V. Medios Probatorios”, consistentes en documentales, los cuales son los siguientes:



- El mérito de la Copia fedateada del contrato N° 092-2016-GRLL-GRCO.
- El mérito de la Copia fedateada de la carta Notarial N° 040-2018-GRLL/GGR/GRCO, de fecha 08 de febrero de 2018.
- El mérito del oficio N° 321-2018-GRLL/GGR(GRCO, de fecha 14 de marzo de 2018 y sus anexos: Informe N° 178-2019-GRLL-GGR-GRI-SGO; Informe N° 059-2018-GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMV; Informe N° 062-2017-GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMV; Carta N° 020-2017-ICSFSAC-CJAM/GG; Informe N° 049-2017-GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMV; Carta N° 015-2017-ICSFSAC-CJAM/GG, Informe N° 048-2017-GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMV; Oficio N° 234-2017-GRLL-GRA/SGTES; Informe N° 043-2017-GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMV; Carta N° 010-2017-ICSFSAC-CJAM/GG; Informe N° 033-2017-GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMV; Oficio N° 1180-2018-GRLL-PRE/PPR.
- El expediente de Liquidación final de la obra derivado del Contrato N° 092-2016-GRLL-GRCO; de ejecución de la obra.

Asimismo, en dicha Resolución se ofició a la Gerencia Regional de Infraestructura del Gobierno Regional de la Libertad, para que cumpla con remitir a la sede administrativa del arbitraje, el expediente de Liquidación final de la obra derivado del Contrato N° 092-2016-GRLL-GRCO. Finalmente, se dejó constancia del incumplimiento de pago de los gastos arbitrales que son de cargo de la demandada, facultando a el contratista a que en el plazo de 10 días asuma el pago de los gastos arbitrales que son de cargo de su contraparte o plantee una alternativa de pago.





## 2.5. SOBRE EL PAGO DE LOS GASTOS ARBITRALES SUBROGADOS Y ALEGATOS

Al manifestar su intención de asumir los pagos que son de cargo de la Entidad, se notificaron los recibos por honorarios a Inmobiliaria y Constructora San Fernando S.A.C., y así mismo, la Gerencia Regional de Infraestructura del Gobierno Regional cumplió con remitir el expediente de liquidación de ejecución de obra solicitado; por lo que Mediante Resolución Nro. 03 de fecha 22 de junio de 2018 se resolvió tener por cumplido lo solicitado a la Gerencia Regional de Infraestructura del Gobierno Regional de La Libertad, y tener por presentado el exhibicional ofrecido por el Gobierno Regional de La Libertad: Expediente de Liquidación final de la Obra, el mismo que se puso a conocimiento de la Inmobiliaria y Constructora San Fernando S.A.C., para que en el plazo de diez (10) días hábiles se apersona al Centro de Arbitraje a fin de revisar dicho expediente.; y se tiene por cumplido el pago de gastos arbitrales por subrogación que son de cargo de LA ENTIDAD demanda.

Mediante Resolución Nro. 04 de fecha 10 de julio de 2018, se resolvió declarar cerrada la etapa probatoria del proceso arbitral, y se otorgó el plazo de cinco (05) días hábiles a las partes para que presenten sus alegatos escritos y/o soliciten informe oral.

## 2.6. CIERRE DE INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR

A través de Resolución Nro. 05 de fecha 17 de julio de 2018, se resolvió tener por presentado los alegatos escritos presentado por el Gobierno Regional de La Libertad, el mismo que se puso a conocimiento de la otra parte; y así mismo, se tuvo por presentado los alegatos escritos de la Inmobiliaria y Constructora San Fernando S.A.C., el mismo que se puso a conocimiento de la otra parte; se declaró cerrada la instrucción del presente proceso arbitral y se señaló el plazo de 30 días hábiles para laudar. Dicha resolución, se notificó a Inmobiliaria y



Constructora San Fernando S.A.C. con fecha 17 de julio de 2018, y al Gobierno Regional de La Libertad con fecha 19 de julio de 2018.

### III. PARTE CONSIDERATIVA

#### Marco Normativo

El Arbitro Único advierte en primer lugar que el Contrato proviene de la Licitación Pública N° 011-2016-GRLL-GRCO, proceso de selección que fue convocado el 21 de setiembre del 2016 según la información que obra en el portal del SEACE.

De ello se establece que las relaciones jurídicas derivadas del CONTRATO se regulan por la Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley), y el Decreto Supremo N° 350-2015-EF que aprueba su Reglamento (en adelante el Reglamento).

Por tanto, cuando en el presente laudo se hace mención a la Ley y al Reglamento, debe entenderse que se refieren a los textos de dichas normas jurídicas, antes de las modificaciones incorporadas mediante Decreto Legislativo N° 1341 y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, respectivamente, ambos vigentes desde el 3 de abril de 2017.

#### Análisis de los Puntos Controvertidos

**PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:** Determinar si corresponde la aprobación y el pago de la LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA “Mejoramiento y Ampliación de la Infraestructura en la I.E. Abel Toro Contreras de Pacanga – Chapén – La Libertad” (Licitación Pública 011-2016-GRLL-GRCO) por un monto total de S/. 148,605.94 (ciento cuarentiocho mil seiscientos cincos y 94/100 nuevos soles) a favor de Inmobiliaria y Constructora San Fernando S.A.C., que comprende:



- i. **La devolución de una Penalidad retenida en la Valorización N° 01, por la suma de S/. 22,099.56 (Veintidós mil noventa y nueve con 56/00 soles).**
- ii. **La inexistencia de Penalidades aplicadas conforme al procedimiento contractual establecidas en el Contrato de Ejecución de Obra.**

1. Al respecto, en la doctrina la liquidación final del contrato de obra está concebida como un proceso de cálculo, técnico, ceñida a las condiciones contractuales y normativas aplicables a la relación específica bajo contrato, siendo su finalidad determinar, fundamentalmente, el costo total de la obra y el saldo económico resultante, el mismo que puede arrojar saldo sea a favor o en contra del contratista o de la Entidad<sup>1</sup>.
2. El acto de liquidación tiene como propósito que se efectúe un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá, teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales, el quantum final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar a cargo de las partes del contrato<sup>2</sup>.
3. Concluida la etapa de liquidación, las relaciones jurídicas generadas por el contrato se extinguen, al haber alcanzado este su finalidad, esto es satisfacer los intereses de cada una de las partes. Es por ello que el procedimiento de liquidación de obra debe garantizar que cada una de las prestaciones haya sido debidamente verificada por cada una de las partes, de manera que los sujetos contractuales tengan la oportunidad de expresar en forma inequívoca su satisfacción o insatisfacción con la ejecución del contrato<sup>3</sup>.
4. En la cláusula Décimo Quinta del CONTRATO, las partes pactaron que “La Liquidación de la obra se sujetará a lo establecido en el artículo 179°, 180° y 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”.

<sup>1</sup> Miguel Salinas Seminario. Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra. Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2ª edición – 2003. Pág. 44.

<sup>2</sup> OPINION N° 087-2008/DOP.  
<sup>3</sup> OPINION N° 042-2006/GNP.

5. En efecto, el artículo 179° del RLCE regula el procedimiento de liquidación de obra, estableciendo una serie de pasos para que el contratista o la Entidad comuniquen o se pronuncien sobre la liquidación final o sus observaciones – de ser este el caso- a la otra parte del contrato, con la finalidad de dar por concluida la etapa de ejecución contractual y la consecuente extinción de las obligaciones para ambas partes.

**Artículo 179.- Liquidación del Contrato de Obra**

*El contratista debe presentar la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad debe pronunciarse con cálculos detallados, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificar al contratista para que este se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.*

*En caso el contratista no presente la liquidación en el plazo previsto, es responsabilidad de la Entidad elaborar la liquidación en idéntico plazo, siendo los gastos a cargo del contratista. La Entidad notifica la liquidación al contratista para que este se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.*

*La liquidación queda consentida o aprobada, según corresponda, cuando, practicada por una de las partes, no es observada por la otra dentro del plazo establecido.*

*Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, esta debe pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se considera aprobada o consentida, según corresponda, la liquidación con las observaciones formuladas.*

*En el caso que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquella debe manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, la parte que no acoge las observaciones debe solicitar, dentro del plazo previsto en la Ley, el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, vencido el plazo se considera consentida o aprobada, según corresponda, la liquidación con las observaciones formuladas.*

*Toda discrepancia respecto a la liquidación, incluso las controversias relativas a su consentimiento o al incumplimiento de los pagos que resulten de la misma, se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.*

*En el caso de obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, la liquidación final se practica con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la liquidación se practica con los*





*precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación.*

*No se procede a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.*

6. Según se observa, el citado artículo regula un procedimiento especial cuyo objetivo está dirigido a que se pueda obtener la liquidación final de obra. El logro de dicho objetivo se encuentra subordinado a que alguna de las partes active el procedimiento, es decir, presente la liquidación del contrato en los plazos que prevé el Reglamento.
7. Según el procedimiento establecido en la norma citada, si una de las partes recibe la liquidación elaborada por la otra y se encuentra en desacuerdo con la misma, puede manifestarlo por escrito; si dicho escrito no es contestado por la parte que remitió la liquidación, en el plazo legal, se tendrá por aprobada la liquidación presentada con los ajustes y correcciones provenientes del escrito de desacuerdo.
8. También se aplica el mismo criterio del RLCE en los casos en que la parte manifiesta su desacuerdo adjuntando su Liquidación de forma extemporánea. En ambos casos, la Liquidación que quedará consentida o aprobada es la que contenga las correcciones y modificaciones realizadas por una parte ante el silencio u observación no eficaz por defectuosa o insuficiente de la otra parte.
9. En suma, durante el procedimiento de liquidación de obra, es importante respetar los requisitos y plazos de la presentación del documento de liquidación, pero también debe respetarse los plazos y requisitos para presentar las observaciones y para pronunciarse sobre dichas observaciones. La norma jurídica que regula todo ello es clara: si no se cumplen los plazos y/o los requisitos, se producirán los efectos que la misma norma establece.
10. En este marco conceptual y normativo, el Árbitro procede a meritar las pruebas aportadas por ambas para sustentar sus posiciones para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no



en el marco del proceso; teniendo en cuenta que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de tales hechos. Asimismo, en aplicación del Principio de “Comunidad o Adquisición de la Prueba”, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció.

11. En el presente caso, del análisis de los medios probatorios aportados por ambas partes fluye que el CONTRATISTA presentó a LA ENTIDAD la correspondiente Liquidación de Obra, incluyendo dentro de ella el rubro 1.02 denominado: “Devolución de penalidad mal aplicada”. Por su parte, LA ENTIDAD observó la mencionada Liquidación consignando en el rubro H PENALIDADES: “Asistencia irregular profesionales en obra S/ 44,199.12”, “Constató que Cuaderno de obra no estuvo llenado S/ 55,248.89”, y “Asistencia irregular de jefe de seguridad y asistente S/ 22,099.56”. Como consecuencia de esas diferencias, la Liquidación de Obra presentada por el CONTRATISTA arroja un saldo a su favor de S/ 148,605.94, en tanto que la Liquidación observada identifica un saldo de S/ 27,058.37 a favor del CONTRATISTA.
12. Apreciándose que la discrepancia existente entre las Liquidaciones planteadas por las partes tiene su origen en la aplicación de las penalidades antes señaladas, corresponde analizar si es o no válido incorporarlas en la Liquidación de obra.
13. En el CONTRATO que celebraron las partes, las penalidades están reguladas en la cláusula Décimo Novena, que establece dos tipos de penalidades: penalidad por retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del CONTRATO, y otras penalidades por infracciones previstas en el Capítulo VII del Título VI del RLCE, así como infracciones referidas a seguridad en la obra, aseguramiento de calidad, y “contractuales”. Estos últimos se encuentran especificados en la tabla de Penalidades inserta en dicha cláusula; en la cual

además de precisarse el supuesto de hecho de motivaría la aplicación de penalidad, precisa la forma de cálculo y el procedimiento para la aplicación correspondiente.

14. De acuerdo a lo establecido en el artículo 132 del Reglamento, el contrato debe establecer las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las cuales deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la contratación. En su segundo párrafo dicha norma establece que *“La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades.”* Y en su párrafo tercero prescribe: *“En el caso de obras, dentro de las otras penalidades que se establezcan en los documentos del procedimiento, deben incluirse las previstas en el capítulo VII del presente título”*.
15. Se advierte que las penalidades previstas en la normativa de contrataciones del Estado son: la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”, y “otras penalidades”, las cuales se encuentran reguladas conforme a lo establecido en los artículos 133 y 134 del Reglamento, respectivamente. La finalidad de establecer dichas penalidades no es otra que desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que le hubiera causado tal incumplimiento o retraso en la ejecución de las prestaciones a su cargo<sup>4</sup>.
16. Respecto de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, el artículo 133 del Reglamento preceptúa: *“En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente formula (...)”*.
17. Por su parte, el artículo 134 del Reglamento regula la aplicación de otras penalidades, en los términos siguientes: *“Los documentos del procedimiento de*

<sup>4</sup> OPINIÓN N° 151-2017/DTN

*selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 133, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, debe incluir supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.”.*

18. De ello se desprende que la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos de selección la aplicación de penalidades distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, para lo cual la Entidad debe prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación, además de definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora; asimismo, debe delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido, y establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad. Además, las otras penalidades son calculadas de forma independiente a la penalidad por mora; y tienen un tratamiento diferenciado respecto de la penalidad prevista en el artículo 133 del Reglamento.
19. En el presente caso, el CONTRATISTA cuestiona la validez de la penalidad aplicada ya aplicada (por lo que inserta dentro de la Liquidación de Obra la devolución del importe correspondiente), así como de las penalidades que LA ENTIDAD considera descontar en la Liquidación de Obra (por no haber sido descontadas en las valorizaciones pagadas), afirmando que no se ha cumplido en ninguno de los dos casos el procedimiento previsto en la cláusula Décimo Cuarta del CONTRATO.
20. El CONTRATISTA no plantea la ausencia o defecto de alguno de los cuatro requisitos para la validez jurídica de las “otras penalidades” que se establezcan en un contrato de obra regido por la Ley y el Reglamento: *objetividad, razonabilidad, congruencia y proporcionalidad*. El cuestionamiento es más bien



de naturaleza formal: incumplimiento del procedimiento establecido en el CONTRATO; toda vez que para la falta de permanencia del personal propuesto (numeral 11 de la tabla de otras penalidades) el procedimiento indica: “Según informe del inspector o supervisor de la obra, según corresponda por cada vez que esto ocurra.”; y en la parte final de la mencionada Décimo Cuarta, se establece en detalle el siguiente procedimiento:

**PARA LA APLICACIÓN DE OTRAS PENALIDADES SE SEGUIRÁ EL SIGUIENTE PROCEDIMIENTO:**

a. Si el inspector, supervisor de la obra o funcionarios de la entidad, según corresponda, advierte que el contratista ha incurrido en una o más de las penalidades indicadas anteriormente, elaborará un acta de verificación, la cual será suscrita obligatoriamente por este, pudiendo además ser suscrita por uno o más de los trabajadores presentes o de ser posible por autoridad local.

b. El inspector o supervisor de la obra, según corresponda elaborará un informe y trasladará dicha acta al contratista o a su residente adjuntando copia del acta indicada en el párrafo anterior, calificando el tipo de penalidad incurrida indicando el plazo para presentar su descargo, el cual no será mayor de 3 días hábiles contados a partir del día siguiente de recibida la notificación.

c. El contratista presentará su descargo debidamente sustentado ante el inspector o supervisor de la obra, según corresponda.

d. El inspector o supervisor de la obra, según corresponda, evaluará el descargo del contratista, emitiendo informe concluyendo si se debe o no aplicar la penalidad en que hubiere incurrido al contratista, en igual plazo. Dicho informe lo dirigirá a la Entidad con copia al contratista, a fin de deducirse la penalidad del pago de valorización que corresponda.

e. De no presentar el contratista el descargo en el plazo otorgado, el inspector o supervisor de la obra procederá a emitir su informe concluyendo que se debe aplicar la penalidad. Dicho informe lo dirigirá a la Entidad con copia al contratista, a fin de deducirse la penalidad del pago de valorización que corresponda.

21. En tal sentido, corresponde analizar cada una de las penalidades consideradas en la observación formulada por LA ENTIDAD a la Liquidación de Obra, a fin de determinar si se habría producido el incumplimiento del procedimiento previsto en el contrato, y de ser el caso si tal incumplimiento es parcial, tardío o defectuoso, pues cada una de esas hipótesis tienen diferentes efectos jurídicos.
22. Así, en la Liquidación que contiene las observaciones formuladas por la ENTIDAD a la Liquidación que presentó el CONTRATISTA, se aprecia que para la determinación del saldo final de liquidación (rubro J), LA ENTIDAD deduce la aplicación de penalidad:



(J) SALDO FINAL DE LIQUIDACION			
			Saldo Final
Monto a cancelar en Efectivo			126,506.38
Aplicación de penalidad			99,448.01
Devolución de Fondo de Garantía			0.00
TOTAL			S/. 27,058.37

Siendo que la penalidad mencionada, en realidad son tres, conforme se detalla en el rubro H, en el modo siguiente:

(H) PENALIDADES				
		Multa Autorizada	Multa Retenida	Saldo por descontar
Asistencia irregular profesionales en obra	S/.	44,199.12	S/.	22,099.56
Costato que Cuaderno obra no estuvo llenado	S/.	55,248.89	S/.	55,248.89
Asistencia irregular de jefe de seguridad y asist	S/.	22,099.56	S/.	22,099.56
				S/. 99,448.01

23. El hecho que origina la primera de las penalidades aplicadas: "Asistencia irregular profesionales en obra", consiste en la ausencia en obra del Asistente de Residente y del especialista en seguridad, ocurrido el 18 de febrero del 2017. Ello fue registrado por el Inspector de Obra en el asiento N° 20 del Cuaderno de Obra, al consignar como personal profesional del contratista únicamente al ingeniero residente José Luis Saldaña León. Dicho registro si bien no es propiamente un Acta, constituye un documento idóneo y con fuerza jurídica dada la naturaleza y características que el RLCE otorga al Cuaderno de Obra, teniendo en cuenta además que a través de las anotaciones en el Cuaderno de Obra ambas partes contratantes toman conocimiento de los hechos relevantes que ocurren durante la ejecución de la obra, con lo cual cada una de las partes puede ejercer su derecho a manifestar lo que considere conveniente a su derecho y ejercer su derecho de defensa según el caso.
24. Por tal razón, el registro en el Cuaderno de Obra de un hecho que debía constar en un acta firmada por ambas partes, constituye un incumplimiento defectuoso del procedimiento, mas no un incumplimiento total o absoluto; defecto formal que ha sido subsanado mediante actos posteriores de ambas partes en la medida que:



- En el Asiento N° 21 del Cuaderno de Obra, de fecha 18 de febrero, esto es el mismo día de registrada la presencia únicamente del Residente de Obra, éste anotó, entre otros hechos, que *“se coordinó con el asistente para que vaya a la cantera a verificar el agregado que se viene recibiendo”*. Se aprecia así que los Asientos N° 20 y 21 del Cuaderno de Obra contienen los dichos del Inspector de Obra y del Residente, con sus respectivas firmas, lo que en conjunto viene a ser materialmente lo mismo que el Acta a que se hace mención en la parte final de la cláusula Décimo Novena del CONTRATO.
- Al evaluar la Valorización N° 01, el Coordinador de Obra de LA ENTIDAD emitió el informe N° 033-2017-GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMW de fecha 10 de marzo de 2017, manifestando que procede la aplicación de penalidades por no asistencia de dos (02) profesionales en la fecha indicada. La emisión de dicho Informe por el Coordinador de Obra de LA ENTIDAD, se explica razonablemente por el hecho de que al tiempo de ocurrir los hechos el mismo profesional se desempeñó como Inspector de Obra, por lo que tenía conocimiento directo de ellos.
- Dicho informe fue puesto en conocimiento del CONTRATISTA mediante carta N° 095-2017-GRLL-GRI-SGO para que formule su descargo.
- EL CONTRATISTA presentó su descargo el 03 de abril de 2017 mediante carta N° 10-2017-ISFSAC-CJAM/GG, manifestando que el Asistente del Residente *“se encontraba en la cantera de Talambo viendo la calidad de los materiales que nos estaban abasteciendo tal como consta en el cuaderno de obra Asiento N° 21”*, y que el especialista en seguridad *“estuvo presente en la Obra tal como consta en la hoja de la charla de seguridad de ese día, así como los ATS de los trabajos que se estaban ejecutando ese día, sin embargo al momento que el Ing. Wilmer Mayta visitó la Obra no se encontró presente por que se encontraba coordinando con la Policía de Pacanga sobre las extorsiones que nos venían haciendo en la obra y la constante presencia de personas extrañas por los alrededores, tal es así que el día 21 de febrero a*



*las 0.30horas quemaron parte del cerco de triplay de la obra..., por lo que se encontraba coordinando para la policía nos brinde el apoyo respectivo”.*

Se verifica así que el CONTRATISTA tuvo pleno conocimiento de la infracción imputada, que tuvo plena oportunidad de realizar su defensa, y que en efecto ejerció su derecho de defensa sin limitación alguna.

- El descargo del CONTRATISTA fue evaluado por el Coordinador de Obra de LA ENTIDAD, quien analizó y se pronunció sobre cada uno de los argumentos de defensa y medios de prueba aportados por el CONTRATISTA en su descargo, tal como se aprecia en el Informe N° 043-2017- GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMW de fecha 19 de abril de 2017. El análisis es objetivo, concluyéndose que EL CONTRATISTA no probó la justificación de la ausencia de sus dos profesionales antes mencionados, ya que (en adición a lo analizado en el Informe) ni en esa instancia ni en el presente arbitraje el CONTRATISTA ha presentado los pasajes de su Asistente de la localidad de Pacanga a Talambo y viceversa, o alguna constancia de dicho transporte, tampoco ha presentado el informe del Asistente sobre su visita a las canteras, o algún otro documento que acredite el desplazamiento de su Asistente a las canteras. Y en cuanto al Especialista en Seguridad, en adición a lo analizado en el Informe, el árbitro constata que en la copia de la denuncia policial presentada como medio de prueba por el CONTRATISTA en su carta N° 32-2017-ICSFSAC-CJAM/GG de fecha 25 de setiembre del 2017, consta que el Residente de Obra manifestó a la Policía Nacional del Perú lo siguiente: “ASÍ MISMO SEÑALA QUE DESDE QUE SE DIO INICIO A LA MENCIONADA OBRA EL DIA 20ENE2017, HASTA LA FECHA LA EMPRESA ENCARGADA NO HA SIDO VICTIMA DE NINGUN TIPO EXTORCION NI AMENAZA”. Siendo una declaración brindada a una autoridad por parte del responsable de la obra el 21 de febrero de 2017, se puede inferir válidamente que el 18 de febrero de 2017 no había motivo real para que el Especialista en Seguridad estuviera coordinando con la Policía Nacional del Perú *“sobre las extorsiones que nos*



*venían haciendo en la obra y la constante presencia de personas extrañas por los alrededores”.*

- El Informe antes mencionado fue puesto en conocimiento del CONTRATISTA, según fluye de la carta N° 15-2017-ICSFSAC-CJAM/GG de fecha 26 de abril del 2017, a través de la cual manifestó que “se hizo el descargo respectivo”, y agrega que no se ha cumplido con los puntos indicados en el procedimiento para aplicar penalidades.
- Esta carta fue nuevamente materia de análisis y opinión por el Coordinador de Obra dando origen al Informe N° 049-2017- GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMW de fecha 09 de mayo de 2017 pronunciándose sobre el procedimiento seguido.
- El Informe N° 049 antes mencionado fue también puesto en conocimiento del CONTRATISTA quien hizo uso de su derecho de defensa mediante carta N° 20-2017-ICSFSAC-CJAM/GG de fecha 19 de mayo de 2017 reiterando que no se ha cumplido el procedimiento establecido en el CONTRATO.
- La carta N° 20 antes mencionada, fue nuevamente objeto de análisis y opinión por parte del Coordinador de Obra dando origen al Informe N° 062-2017- GRLL-GGR-GRI-SGO-WAMW de fecha 30 de mayo de 2017, reiterándose que las anotaciones el Cuaderno de Obra son elementos suficientes para la aplicación de penalidades.
- Finalmente, después de numerosas comunicaciones de ida y vuelta, que resulta ya innecesario describirlas dado lo ampliamente relatado en las líneas precedentes, la Gerencia Regional de Contrataciones de LA ENTIDAD determinó que no procede la solicitud de devolución de la penalidad aplicada y descontada en la valorización N° 01. Esta declaración de voluntad viene a constituir la decisión administrativa de aplicar la penalidad. De manera que el árbitro verifica que la aplicación de la penalidad por los hechos ocurridos el 18 de febrero de 2017 no fue un acto de voluntad del Coordinador de Obra,



sino del área competente, esto es el órgano encargado de las contrataciones según lo establece el Art. 4° del RLCE en su segundo párrafo.

25. De los hechos antes descritos y analizados se concluye que para la aplicación de la penalidad por la infracción prevista en el numeral 11 de la Tabla de Otras Penalidades de la cláusula Décimo Novena del CONTRATO, se siguió un procedimiento de similares características a la establecida en la parte final de dicha cláusula; participando los mismos actores dotados de idoneidad técnica y competencia; que permitió al CONTRATISTA conocer de inmediato y de forma clara y expresa el hecho infractor, ejercer su derecho de defensa en forma plena y sin limitaciones ni condicionamientos, ejerciendo además su derecho a contradecir, a ser escuchado, a presentar medios de prueba y a recibir de la ENTIDAD una respuesta coherente, razonable y ajustada a los hechos y al derecho; materializándose en los hechos del respeto al debido procedimiento, y alcanzándose así los mismos objetivos del procedimiento previsto en la parte final de la mencionada Cláusula Décimo Novena del CONTRATO.
26. Por ello, la ausencia del Acta de Verificación puede ser calificado como un acto afectado por vicio no trascendente, según lo previsto en el numeral 14.2.3 del Texto Único de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, puesto la elaboración de un Acta de Infracción (realización correcta del procedimiento previsto en el CONTRATO) no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final es decir la aplicación de la penalidad; y cuyo incumplimiento no afectó el debido proceso del administrado, como se tiene analizado.
27. Siendo así, se concluye que la penalidad por las infracciones ocurridas el 18 de febrero de 2017, tiene sustento en los hechos, en el CONTRATO y en la normativa aplicable, no procediendo la devolución de S/ 22,099.56 deducido o retenido en la Valorización N° 01; siendo además procedente deducir otro importe similar en la Liquidación de Obra que no fue retenida de la Valorización N° 01.

28. En cuanto a las penalidades por no estar al día el Cuaderno de Obra al momento de la visita a la obra efectuada el 15 de junio de 2017 por funcionarios de LA ENTIDAD (S/ 55,248.89), y la asistencia irregular del asistente de Residente y especialista en seguridad (S/ 22,099.56), fluye de los medios probatorios aportados por ambas partes, lo siguiente:

- En el asiento N° 201 de fecha 15 de junio de 2017, el Residente de obra anotó, entre otros hechos, lo siguiente: *“Se recibe la visita de del personal del Gobierno Regional y verificaron la obra.”* En el asiento N° 202 de la misma fecha, el Supervisor de Obra también anotó: *“Se recibe la visita de 02 representantes de la Entidad (Gobierno regional)”*. Con estos registros, y los numerosos informes sobre los hechos, se establece que la visita a la obra por dos funcionarios de LA ENTIDAD se realizó el 15 de junio del 2017, y no el 15 de julio como se menciona en el Informe N° 135-2017-MAAR y demás documentos derivados a partir de dicho Informe; haciéndose presente que ninguna de las partes ha presentado en este arbitraje la copia del Acta de verificación que se habría extendido con motivo de esa visita.
- De acuerdo con el antes mencionado Informe N° 135-2017-MAAR, la visita habría sido realizada por dos representantes de la Oficina de Control Interno (OCI) de la ENTIDAD, quienes verificaron, entre otras cosas, en relación al Cuaderno de Obra: *“7. ... que el cuaderno de obra no se encontraba al día, solamente había registro del asiento 193 no se encontraban firmadas y selladas por el supervisor de obra”*. *“8. Se verificó que desde el Asiento 179 al 193 no se encontraban firmadas y selladas por el supervisor de obra”*. En cuanto al Cuaderno de Cuadro de Asignación de Personal: *“El Ing. Residente manifiesta que este documento no lo tenía. Además, no se evidencia que los profesionales propuestos hayan asistido la primera semana de iniciado la obra”*.
- Frente a esas observaciones, el Supervisor de Obra emitió su Informe mediante Carta N° 057-2017-2017-MADCS/SO/PACANGA, entregado a

LA ENTIDAD el 15 de agosto de 2017, exponiendo las razones por las cuales el Cuaderno de Obra tenía registros hasta el 09 de junio de 2017, y que el cuaderno de autocontrol de permanencia en obra de la empresa contratista no fue solicitado por los funcionarios del OCI, entre otros aspectos. En dicha Carta, el Supervisor de Obra manifiesta que no procede aplicar penalidades por ninguna de esas dos observaciones. Posteriormente, la Supervisión de Obra ratificó su opinión mediante carta N° 071-2017-MADCS/SO/PACANGA de fecha 27 de setiembre de 2017.

- No obstante la opinión de la Supervisión de Obra en el sentido de no proceder la aplicación de penalidades por los dos hechos antes mencionados, decidió aplicar las dos penalidades, según fluye del Informe N° 135-2017-MAAR; y deducirlas en la Liquidación de Obra, como consta en el Oficio N° 260-2018-GRLL-GGR-GRI de fecha 21 de febrero del 2018, así como en el Informe N° 017-2018-GRLL-GRI/SGL de fecha 21 de febrero del 2018, y en el Informe N° 006-2018-GRI/SGL-HACA de fecha 20 de febrero del 2018.
- En el Informe N° 006-2018-GRI/SGL-HACA, numeral 3, literal b) se manifiesta que en el Informe N° 135-2017-MAAR *“de la Gerencia de Contrataciones, ... se determina la aplicación de penalidad ... por la suma de S/ 77,348.45, por concepto de no encontrarse al día cuaderno de obra (S/ 55,248.89) y por no encontrarse en obra personal profesional propuesto (S/ 22,099.56)”*.
- Del contenido del Informe N° 135-2017-MAAR se establece que se trata de un informe legal, es decir de un documento que contiene una opinión especializada en materia jurídica. Dicha opinión fue solicitada tanto por el Coordinador de Obra como por la Sub Gerencia de Obras y Supervisión; y por la Sub Gerencia de Liquidaciones. Asimismo, se aprecia que en la última página de dicho informe, consta, entre otros, un PROVEIDO de la Gerencia Regional de Contrataciones que dispone: *“Pase a: Subgerencia de Liquidaciones. Para: se remite lo solicitado”*, lo cual no constituye más que





un acto de traslado de una opinión legal hacia otra oficina de la misma ENTIDAD, mas no un acto de voluntad del titular de la Gerencia Regional de Contrataciones de aplicar las penalidades mencionadas.

- No existe en este arbitraje algún documento que permita determinar que la titular de la Gerencia Regional de Contrataciones, órgano competente para aplicar penalidades según lo establecido en párrafos precedentes de este laudo, aprobó o autorizó o decidió aplicar dichas penalidades por los actos que habrían sido registrados en el Acta de Visita de los funcionarios de OCI el 15 de junio de 2017.

29. De lo antes descrito se puede establecer que, en el caso de estas dos últimas penalidades, falta la opinión favorable del Supervisor de Obra para la aplicación de la penalidad, y falta la expresión de voluntad de la Gerente Regional de Contrataciones para aplicarlas. Es decir, faltan dos elementos trascendentes del acto: la forma y la competencia; elementos que no han sido subsanados por LA ENTIDAD y por tanto no es posible conservar el acto de penalización. Independientemente de ello, el árbitro deja constancia que en este caso de no haberse producido el vicio, el contenido y el resultado del acto habrían sido los mismos, pues analizados los hechos de fondo se establece que si es razonable que el Cuaderno de Obra haya sido trasladado de la obra a otro lugar para salvaguardarlo de los actos delictivos que venían realizando personas ajenas en la obra, lo que justifica el retraso de cuatro días en el registro de las ocurrencias, y su anotación provisional en un cuaderno borrador cuya existencia ha sido acreditada por el Contratista en este arbitraje mediante la presentación de las copias adjuntas a su carta N° 32-2017-ICSFSAC-CJAM/GG; y en cuanto a la penalidad por inasistencia de personal profesional en la obra, el Acta de Verificación levantada por el OCI se refiere a que faltaría la evidencia de *“que los profesionales propuestos hayan asistido la primera semana de iniciado la obra”*, lo cual no constituye la verificación de un hecho coetáneo, concreto,



evidente (como si lo fue en la verificación que hizo el Inspector de Obra el 18 de febrero de 2017).

30. De lo antes analizado se concluye que las penalidades por no estar al día el Cuaderno de Obra al momento de la visita a la obra efectuada el 15 de junio de 2017 por funcionarios de LA ENTIDAD (S/ 55,248.89), y la asistencia irregular del asistente de Residente y especialista en seguridad (S/ 22,099.56), no proceden por estar viciadas de nulidad por vicios trascendentes; y como tal, no pueden ser aplicadas ni deducidas en la Liquidación de la Obra.
31. Ahora bien, del análisis realizado se ha establecido que, de las cuatro penalidades, dos son procedentes y las otras dos no lo son; o, lo que es lo mismo, en la Liquidación de Obra no es procedente incluir la devolución de S/ 22,099.56, y tampoco corresponde excluir la penalidad de S/ 22,099.56, las cuales constituyen las dos penalidades por las infracciones ocurridas el 18 de febrero de 2017. Siendo así, la Liquidación de Obra presentada por el CONTRATISTA no puede ser aprobada, y tampoco puede disponerse el pago de S/ 148,605.94, puesto que esta cifra comprende la devolución de la primera penalidad retenida de la Valorización N° 01, y la no aplicación de la segunda penalidad.
32. Por tanto, la primera pretensión principal de la demanda es INFUNDADA en el extremo que solicita la devolución de S/ 22,099.56, y la no deducción de la segunda penalidad de S/ 22,099.56; y FUNDADA en el extremo sobre las penalidades aplicadas por los hechos a que se refiere el Acta de Verificación de fecha 15 de junio de 2017, en tanto no son conformes al procedimiento contractual establecido.
33. Como consecuencia de ello, no es jurídicamente posible ordenar el pago de S/ 148,605.94 que pretende el CONTRATISTA en su demanda arbitral, sino únicamente el importe de S/ 82,307.26 por concepto de saldo a favor del CONTRATISTA establecido en la Liquidación de obra, según cálculo que se



efectúa en forma conjunta con el análisis de la Liquidación de obra elaborada por LA ENTIDAD que se efectúa en el numeral 41 de la parte considerativa del presente laudo.

**SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde la DECLARACIÓN DE NULIDAD de la LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA contenida en el Oficio Nro. 260-2018-GRLL-GGR-GRI de fecha 21 de febrero del 2018 remitido por el Gerente Regional de Infraestructura del Gobierno Regional de la Libertad, que contiene y hace suyo los Informes:**

- i. **El Informe Nro. 017-2018-GRLL-GRI/SGL de fecha 21 de febrero del 2018 efectuado por la Sub Gerencia de Liquidaciones del Gobierno Regional, Ing. Azucena Santa María Muro.**
- ii. **El Informe Nro. 006-2018-GRI/SGL-HACA de fecha 20 de febrero del 2018, efectuado por la Ing. Hans Castillo Alva, Evaluador de la Sub Gerencia de Liquidaciones del Gobierno Regional.**

34. Al respecto se verifica que con el Oficio Nro. 260-2018-GRLL-GGR-GRI de fecha 21 de febrero del 2018, la Gerencia Regional de Infraestructura de LA ENTIDAD comunica al CONTRATISTA que la liquidación de la obra elaborada por el Gobierno Regional La Libertad ha determinado que existe un saldo a favor del CONTRATISTA que asciende a la suma de S/ 27,058.37, haciéndole llegar además el Informe Nro. 017-2018-GRLL-GRI/SGL, el cual a su vez hace mención que mediante Informe Nro. 006-2018-GRI/SGL-HACA de fecha 20 de febrero del 2018 se ha revisado la liquidación de obra presentada por el CONTRATISTA y aprobada por la Supervisión de Obra, y se ha elaborado una nueva liquidación, determinándose que existe un saldo a favor del CONTRATISTA que asciende a la suma de S/ 27,058.37.

35. A su turno el Informe Nro. 006-2018-GRI/SGL-HACA contiene el análisis de la Liquidación de obra presentada por el CONTRATISTA y las observaciones que le formula en razón de lo siguiente:



a) *El contratista en su Resumen de Liquidación de obra, está solicitando la devolución de penalidad aplicada por el importe de S/ 22,099.56 (Inc IGV)”*

b) *Con Oficio N° 723-2017-GRLL-GGR-GRI-SGO de fecha 21 de diciembre de 2017, la Sub Gerencia de Obras y Supervisión, alcanzó la documentación para tener en cuenta en la liquidación de obra, adjuntando el Informe N° 135-2017-MAAR de la Gerencia de Contrataciones, en la cual de determina la aplicación de penalidad...”*

4. *Teniendo en cuenta la observación antes mencionadas, se ha elaborado una nueva liquidación, la cual arroja un saldo a favor del contratista por el importe de S/ 27,058.37,...*”

36. Como se aprecia, LA ENTIDAD observó la Liquidación de obra presentada por el CONTRATISTA, y además elaboró una nueva liquidación con los cálculos detallados que se describen en los cuadros y tablas adjuntas al mencionado Informe Nro. 006-2018-GRI/SGL-HACA; cumpliendo así los requisitos específicos previstos en el Art. 179° del RLCE antes citado.

37. De la apreciación razonada de dicha Liquidación de obra elaborada por la ENTIDAD, el árbitro verifica que cuenta con la fundamentación y argumentación suficiente, no debiendo olvidarse que la Liquidación es “*un proceso de cálculo, técnico, ceñida a las condiciones contractuales y normativas aplicables a la relación específica bajo contrato, siendo su finalidad determinar, fundamentalmente, el costo total de la obra y el saldo económico resultante, el mismo que puede arrojar saldo sea a favor o en contra del contratista o de la Entidad*” como se ha señalado, de tal manera que su sustento argumentativo no requiere la forma de prosa narrativa, si no que se manifiesta en expresiones numéricas, específicamente aritméticas. Por tanto, no se verifica la falta de motivación o argumentación que alega el CONTRATISTA al fundamentar su pretensión nulificante.



38. De otro lado, en la demanda se ha planteado la pretensión de nulidad como una pretensión accesoria de la primera pretensión principal, de manera que una vez establecida la suerte de la primera, la segunda está sujeta a aquella.
39. Por tanto, habiéndose establecido que la primera pretensión principal de la demanda arbitral es infundada en el extremo que solicita la devolución de S/ 22,099.56 y la no deducción de la segunda penalidad de S/ 22,099.56; y fundada en el extremo sobre las penalidades aplicadas por el Acta de Verificación de fecha 15 de junio de 2017; se establece también que la Liquidación de obra elaborada por LA ENTIDAD es válida en la parte que no devuelve S/ 22,099.56 y deduce la segunda penalidad de S/ 22,099.56; y nula en la parte que deduce las penalidades aplicadas por el Acta de Verificación de fecha 15 de junio de 2017.
40. Siendo así, la pretensión accesoria de la primera pretensión principal de la demanda arbitral es infundada en la parte que la Liquidación de obra elaborada por LA ENTIDAD que no considera la devolución de S/ 22,099.56 y deduce la segunda penalidad de S/ 22,099.56; y fundada en la parte que deduce las penalidades aplicadas por los hechos a que se refiere el Acta de Verificación de fecha 15 de junio de 2017.
41. En tal sentido, de la Liquidación de obra elaborada por el CONTRATISTA deberá retirarse el numeral 1.02 "*Devolución de penalidad mal aplicada*", y agregarse en el rubro 6.00 los importes de las dos penalidades por las infracciones detectadas el 18 de febrero de 2017, a razón de S/ 22,099.56. Y en la Liquidación de obra elaborada por LA ENTIDAD deberá mantenerse en el rubro (H) *PENALIDADES* únicamente la penalidad por "*Asistencia irregular profesionales en obra*" por un importe de S/ 22,099.56 cada una, con un total de S/ 44,199.12; y retirarse de dicha Liquidación las penalidades denominadas "*Constató que Cuaderno obra no estuvo llenado*" y "*Asistencia irregular de jefe de seguridad y asisten*", por S/ 55,248.89 y S/ 22,099.56 respectivamente; quedando el cálculo del saldo final de liquidación (rubro J), del modo siguiente:



Monto a cancelar en efectivo:	S/ 126,506.38
Aplicación de penalidad:	44,199.12
<u>Deducción de Fondo de Garantía:</u>	<u>0.00</u>
Total, Saldo Final a favor del contratista:	S/ 82,307.26

**TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar a quien corresponde el Pago de las COSTAS Y COSTOS del proceso arbitral, que incluye el reembolso del pago de los HONORARIOS del Árbitro, de la Secretaria Arbitral y del Centro de Arbitraje.**

42. Al respecto, el numeral 1° del artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071 que Ley General Arbitraje, regula que “*el Arbitro Único tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Árbitro Único podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso...*”,
43. En el presente caso, el árbitro único verifica que no existe acuerdo entre las partes respecto al presente punto, que las partes han tenido una conducta procesal adecuada, y que ambas partes del arbitraje tuvieron razones atendibles para litigar, habida cuenta que sus interpretaciones y valoraciones tenían apariencia de verosimilitud, requiriéndose de un tercero que determine la legalidad o no de la penalidad aplicada luego de un análisis de la normativa y del CONTRATO. Siendo así, corresponde disponer que cada parte asuma el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del árbitro único y de los gastos administrativos pagados al Centro de Arbitraje.
44. Ahora bien, consta en el expediente arbitral que EL CONTRATISTA ha pagado la totalidad de los honorarios de los árbitros, así como los gastos administrativos del Centro de Arbitraje, por lo que corresponde disponer que, en ejecución del



presente laudo, LA ENTIDAD restituya al CONTRATISTA el 50% de tales importes, previa liquidación que debe realizar la Secretaria Arbitral.

45. Asimismo, en ejecución del presente laudo LA ENTIDAD deberá reconocer y pagar al CONTRATISTA el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del abogado defensor de este último, debidamente acreditados con el contrato de su propósito y/o los recibos de honorarios pagados a dicho profesional.

Por los fundamentos expuestos, el árbitro único, en ejercicio de las facultades que le confiere la Constitución Política del Estado, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, la Ley de Arbitraje y el Convenio Arbitral;

**LAUDA:**

**PRIMERO: DECLARANDO FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión principal de la demanda arbitral; en consecuencia:

- a) **APROBAR** la Liquidación de Obra elaborada por Inmobiliaria y Constructora San Fernando S.A.C., en la parte que no incluye como deducciones las penalidades aplicadas por los hechos a que se refiere el Acta de Verificación de fecha 15 de junio de 2017.
- b) **NO APROBAR** la Liquidación de obra elaborada por Inmobiliaria y Constructora San Fernando S.A.C., en la parte que incluye en el rubro 1.02 la devolución de penalidad y no incluye como deducción la penalidad de S/ 22,099.56.
- c) **DISPONER** que el Gobierno Regional La Libertad pague a Inmobiliaria y Constructora San Fernando S.A.C., el importe de S/ **82,307.26 (Ochenta y dos mil trescientos siete con 26/100 Soles)**, por concepto de saldo a favor de Liquidación de obra.

**SEGUNDO: DECLARANDO FUNDADA EN PARTE** la pretensión accesoria de la primera pretensión principal de la demanda arbitral; en consecuencia: **DECLARAR NULA** la parte de la Liquidación de Obra elaborada por el Gobierno Regional La Libertad que deduce las penalidades aplicadas con motivo del Acta de Verificación de fecha 15 de junio de 2017; y **DECLARAR VÁLIDA** la misma Liquidación de obra elaborada por LA ENTIDAD en la parte que no devuelve S/ 22,099.56 y deduce la segunda penalidad de S/ 22,099.56 por las infracciones detectadas el 18 de febrero de 2017.

**TERCERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la tercera pretensión de la demanda arbitral, sobre costos y costas del arbitraje; en consecuencia: **DISPONER** que el Gobierno Regional La Libertad asuma el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del árbitro único y de los gastos administrativos pagados al Centro de Arbitraje, debiendo en ejecución de laudo **RESTITUIR** a Inmobiliaria y Constructora San Fernando S.A.C., el cincuenta por ciento (50%) de tales importes, previa liquidación que debe realizar la Secretaría Arbitral; así como **RECONOCER Y PAGAR** a Inmobiliaria y Constructora San Fernando S.A.C., el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del abogado defensor de este último, previa acreditación con el contrato de su propósito y/o los recibos de honorarios pagados a dicho profesional.

**CUARTO. - FIJAR** los honorarios del árbitro único y los gastos administrativos en los importes pagados íntegramente por Inmobiliaria y Constructora San Fernando S.A.C.

**QUINTO. - DISPONER** que la Secretaría Arbitral remita copia del presente Laudo al Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.





**SEXTO.** - **DEJAR CONSTANCIA** que en el portal del SEACE el Gobierno Regional La Libertad no ha registrado los datos del árbitro único, por lo cual no es posible publicar el presente laudo en dicho portal; en consecuencia: **AUTORIZAR** a la Secretaria Arbitral comunicar este hecho a la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE.

**SETIMO.** - El presente Laudo es vinculante para las partes y pone fin al procedimiento de manera definitiva.

**NOTIFÍQUESE** para su cumplimiento, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar su interpretación, corrección de error material o numérico, integración o exclusión, y/o de interponer recurso de anulación si lo consideran pertinente.



Abog. Juan Manuel Fiestas Chunga  
Tribunal Arbitral Unipersonal



Abg. Mancielo Stefane Zavaleta Pino  
Secretaria Arbitral