

Exp. N° 3796-89-22

**CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

Arbitraje de Derecho seguido entre

**CONSORCIO RÍO CASMA
(Demandante)**

Y

**PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES
(Demandado)**

LAUDO ARBITRAL

Miembros del Tribunal Arbitral

Juan Alejandro Espinoza Espinoza (Presidente)

Henry Huanco Piscoche (Árbitro)

Julio Guzmán Galindo (Árbitro)

Secretaria Arbitral

Nataly Violeta Flores Zorrilla

Decisión N° 11

En Lima, el treinta de noviembre del año dos mil veintitrés, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

1. EL CONVENIO ARBITRAL

Se encuentra contenido en la Cláusula Décimo Novena del Contrato N° 016-2019-MINAGRI-PSI, Contrato del Servicio de Consultoría en general “Formulación del Plan Integral de Control de Inundaciones y Movimientos de Masa de la Cuenca del Río Casma - Departamento de Áncash” de fecha 27 de febrero de 2019.

2. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El 28 de abril de 2022, el árbitro Julio Guzmán Galindo remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandada.

El 02 de mayo de 2022, el árbitro Henry Huanco Piscoche remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandante.

El 04 de junio de 2022, el árbitro Juan Espinoza Espinoza, remite su aceptación como Presidente del Tribunal Arbitral, quedando entonces el Tribunal Arbitral válidamente constituido.

3. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES DECISIONES ARBITRALES

- 3.1. Mediante Decisión N° 1, de fecha 1 de agosto de 2022, se fijaron las reglas para el presente proceso arbitral y se otorgó el plazo de sesenta (60) días hábiles al CONSORCIO RIO CASMA (en adelante, el CONSORCIO), a fin de que presente su demanda arbitral. Asimismo, se otorgó un plazo de diez (10) días hábiles al PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES (en adelante, PSI o la ENTIDAD) a fin de que acredite el registro de la instalación del Tribunal Arbitral y de la Secretaria Arbitral ante el SEACE.
- 3.2. Mediante Decisión N° 2, de fecha 26 de enero de 2023, se suspendió el presente arbitraje por un plazo de quince (15) días hábiles debido a la falta de pago de los gastos arbitrales. Asimismo, se dispuso mantener en custodia la demanda arbitral presentada por el CONSORCIO, el escrito de contestación de demanda presentado por el PSI y el escrito que acredita el registro del Tribunal ante el SEACE.
- 3.3. Mediante Decisión N° 3, de fecha 20 de abril de 2023, se levantó la suspensión del presente proceso arbitral y se reanudaron las actuaciones arbitrales, toda vez que el CONSORCIO cumplió con el pago de los gastos arbitrales a su cargo y en subrogación. Asimismo, se admitieron a trámite los escritos de demanda arbitral y contestación de la misma, así como se tuvieron por ofrecidos los medios probatorios que los sustentan y el registro del Tribunal Arbitral ante el SEACE.
- 3.4. Mediante Decisión N° 4, de fecha 25 de mayo de 2023, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje y se admitieron los medios

probatorios presentados por las partes. Aunado a ello, se citó a las partes a una Audiencia Única de Pruebas para el día 28 de junio de 2023.

- 3.5. Mediante Decisión N° 5, de fecha 21 de junio de 2023, se determinó el esquema de desarrollo de la Audiencia Única de Pruebas.
- 3.6. Mediante Decisión N° 6, de fecha 05 de julio de 2023, entre otros, se citó a las partes a una Audiencia de Informes Orales para el 14 de julio de 2023.
- 3.7. Mediante Decisión N° 7, de fecha 13 de julio de 2023, entre otros, se suspendió la Audiencia de Informes Orales y se reprogramó la misma para el 15 de agosto de 2023, en atención a las solicitudes de reprogramación presentadas por las partes.
- 3.8. Mediante Decisión N° 8, de fecha 18 de julio de 2023, entre otros, se reprogramó la Audiencia de Informes Orales para el 24 de agosto de 2023.
- 3.9. Mediante Decisión N° 9, de fecha 14 de agosto de 2023, se determinó el esquema de desarrollo de la Audiencia de Informes Orales.
- 3.10. Mediante Decisión N° 10, de fecha 2 de octubre de 2023, se tienen presentes los alegatos finales presentados por las partes y se fijó el plazo para la emisión del laudo arbitral.

4. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES

- 4.1. Mediante Notificación de Decisión N° 1 de fecha 1 de agosto de 2022 se remitió la Liquidación de los Gastos Arbitrales conforme a lo siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/ 57,142.00 neto, correspondiendo a cada árbitro S/ 19,047.33 neto más Impuestos de Ley
Gastos Administrativos del Centro	S/ 17,232.00 más IGV

- 4.2. Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las partes.
- 4.3. Sobre los pagos de la liquidación a cargo del CONSORCIO, se tiene que las constancias de dichos pagos se encuentran contenidos en la Comunicación N° 14. Asimismo, se autorizó al CONSORCIO a realizar los pagos en subrogación de su contraparte.
- 4.4. Sobre los pagos de la liquidación en subrogación por el CONSORCIO, se tiene que las constancias de dichos pagos se encuentran contenidos en las Comunicaciones N° 15 y N° 16.

5. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

Mediante Decisión N° 4, de fecha 25 de mayo de 2023, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje conforme a lo siguiente:

- **PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:** Que, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la ineficacia de la penalidad impuesta por el PSI ascendente al monto de S/ 809,322.01.
- **SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:** Que, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar al PSI pagar a favor del CONSORCIO la suma ascendente a S/ 385,420.49 incluido IGV, descontados de la valorización N° 7 correspondiente al Entregable 8, más los intereses devengados y que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.
- **TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:** Que, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la conformidad de la prestación; o, en su defecto, que determine si corresponde o no ordenar al PSI declarar la conformidad de la prestación.
- **CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:** Que, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar al PSI la devolución inmediata de las garantías de fiel cumplimiento del Contrato que se encuentren vigentes.
- **QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:** Que, el Tribunal Arbitral determine a cuál de las partes le corresponde asumir los costos de este arbitraje, incluyendo, pero no limitando los honorarios de los árbitros, gastos administrativos del Centro y honorarios de abogados, peritos, entre otros.

6. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

- 6.1. El Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones, se va a desarrollar en forma conjunta en los considerandos de este laudo.
- 6.2. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia de que en el presente proceso se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43 de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

“El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios”.

7. PARTE CONSIDERATIVA

7.1. A) CUESTIONES GENERALES DEL CASO

- 7.2. Antes de empezar con el análisis del fondo de la controversia, corresponde mencionar las cuestiones generales del caso. En este sentido, el presente caso arbitral se produce a raíz de la controversia surgida entre el CONSORCIO RÍO CASMA, integrado por las empresas SUEZ WATER ADVANCED SOLUTIONS PERÚ S.A.C., ARTIFICIAL INTELLIGENCE STRUCTURES S.A. SUCURSAL EN PERÚ, AQUATEC PROYECTOS PARA EL SECTOR DE AGUA S.A.U. y FICHTNER GMBH & CO. KG, y el PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES – PSI.
- 7.3. La relación entre las partes del presente proceso se inició con la suscripción del Contrato N° 016-2019-MINAGRI-PSI, que tenía como objeto la contratación del servicio de consultoría en general para la “Formulación del Plan Integral de Control de Inundaciones y Movimientos de Masa de la Cuenca del Río Casma – Departamento de Ancash”. Dicho contrato se suscribió el 27 de febrero del 2019 y se otorgó como consecuencia del Procedimiento de Contratación Pública Especial N° 082-2018-MINAGRI-PSI-Primera Convocatoria.



- 7.4. El plazo de ejecución, señalado en la cláusula quinta del contrato, era de 270 días, y a lo largo de ese periodo, el CONSORCIO debía desarrollar y presentar 8 Entregables. Dicho plazo de ejecución inició el 27.FEB.2019.

CLÁUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE EJECUCIÓN	
El plazo de ejecución del servicio de consultoría será de doscientos setenta (270) días calendario.	
Dicho inicio de ejecución será al día siguiente de perfeccionamiento del contrato, el mismo que no estará sujeto a ninguna condición para su inicio. De acuerdo al siguiente detalle:	
N° DE ENTREGABLE	PLAZO DE ENTREGA
PRIMER ENTREGABLE	Quince (15) días calendario, contabilizado a partir del día siguiente del perfeccionamiento del contrato.
SEGUNDO ENTREGABLE	Treinta (30) días calendario, contabilizado a partir del día siguiente del perfeccionamiento del contrato.
TERCER ENTREGABLE	Noventa (90) días calendario contabilizado a partir del día siguiente del perfeccionamiento del contrato.
CUARTO ENTREGABLE	Ciento Cinco (105) días calendario contabilizado a partir del día siguiente del perfeccionamiento del contrato.
QUINTO ENTREGABLE	Ciento Veinte (120) días calendario contabilizado a partir del día siguiente del perfeccionamiento del contrato.
SEXTO ENTREGABLE	Ciento Ochenta (180) días calendario contabilizado a partir del día siguiente del perfeccionamiento del contrato.
SÉTIMO ENTREGABLE	Doscientos Diez (210) días calendario contabilizado a partir del día siguiente del perfeccionamiento del contrato.
OCTAVO ENTREGABLE	Doscientos Setenta (270) días calendario contabilizado a partir del día siguiente del perfeccionamiento del contrato.

- 7.5. El marco legal aplicable al Contrato, según su cláusula décimo octava, es la Ley N° 30556 "Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del Gobierno Nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios", el Decreto Supremo N° 071-2018-PCM "Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios", la Ley de Contrataciones del Estado, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, las directivas que emita el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, el Código Civil y demás normas de derecho privado.
- 7.6. El 5.ABR.2019, la ENTIDAD suscribió el Contrato N° 053-2019-MINAGRI-PSI con el Consorcio Supervisor Cuenca del Río Casma (en adelante, el SUPERVISOR), el cual tenía como objeto la contratación del servicio de consultoría en general para la "Supervisión de la Formulación del Plan Integral de Control de Inundaciones y Movimientos de Masa de la Cuenca del Río Casma – Departamento de Ancash".
- 7.7. Con fecha 22.NOV.2019, las partes suscribieron el acta de suspensión del plazo del Contrato N° 016-2019-MINAGRI-PSI. Dicha suspensión, tal como consta en la Carta N° 014-2020CSCRC/RL emitida por el SUPERVISOR, finalizó el 8.FEB.2020.
- 7.8. Con fecha 2.JUL.2020, a través de la Resolución Administrativa N° 121MINAGRI-PSI/UADM, la ENTIDAD aprobó parcialmente una solicitud de ampliación de plazo, otorgando 165 días calendario.

Lima, 02 de julio de 2020

CARTA Nro 00422-2020-MINAGRI-PSI-UADM

Señor
Ivorra Osete Juan Vicente
Representante Común
Consorcio Río Casma
Av. Alfredo Benavides N° 1579, Oficina N°
Miraflores.-

Asunto : Sobre ampliación de plazo N°02

Referencia : Resolución Administrativa N° 121 -2020-MINAGRI-PSI/UADM

De mi mayor consideración:

Tengo a bien dirigirme a usted, para saludarlo cordialmente y a la vez hacer de su conocimiento que el Programa Subsectorial de Irrigaciones –PSI, ha emitido la Resolución Administrativa N° 121 -2020-MINAGRI-PSI/UADM, de fecha 02 de julio de 2020, en la cual resuelve **APROBAR únicamente la solicitud de ampliación de plazo N° 02** por sesenta y cinco (65) días calendarios al Contrato N°016-2019-MINAGRI-, correspondiente al "Contratación del Servicio de Consultoría en General para la Formulación del Plan Integral de Control de Inundaciones y Movimientos de Masa de la Cuenca del Río Casma- Departamento de Ancash".

En tal sentido, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial, aprobado por el Decreto Supremo N° 071-2018-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 148-2019-PCM, se cumple con remitir dicha resolución (04 folios), la misma que se está notificando el 02.07.2020 válidamente al correo establecido en el Contrato en mención, para su conocimiento y acciones que estime pertinentes; debiendo, considerar la fecha de notificación la del correo electrónico.

Atentamente,

- 7.9. Con fecha 31.JUL.2020, a través de la Resolución Jefatural N° 00019-2020-MINAGRI-PSI-UADM, la ENTIDAD aprobó parcialmente una solicitud de ampliación de plazo, otorgando 36 días calendario.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. – APROBAR EN PARTE la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 presentada por el **CONSORCIO RÍO CASMA**, integrado por las empresas INYPSA INFORMES Y PROYECTOS S.A. SUCURSAL DEL PERÚ, SUEZ WATER ADVANCED SOLUTIONS PERÚ S.A., AQUATEC PROYECTOS PARA EL SECTOR DEL AGUA S.A., y FICHTNER GMBH & CO KG, por el periodo de treinta y seis (36) días calendarios, en el marco del Contrato N° 016-2019-MINAGRI-PSI, para la Contratación del Servicio de Consultoría en General "*Formulación del Plan Integral para el Control de Inundaciones y Movimientos de Masa de la Cuenca del Río Casma – Departamento de Ancash*", de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial, aprobado por el Decreto Supremo N° 071-2018-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 148-2019-PCM, y conforme al sustento establecido en los informes que forman parte integrante de la presente Resolución.

- 7.10. Con fecha 28.ENE.2022, se emitió el Laudo que resolvió las controversias referidas a Ampliaciones de Plazo y las consecuencias jurídico-económicas derivadas de este supuesto de modificación contractual (en adelante, "Laudo I"). Este Laudo extendió el plazo de ejecución contractual hasta el 25.ENE.2021 (como consecuencia de dos ampliaciones de plazo que ascendieron a 149 días) y se pronunció sobre seis (6) de los ocho (8) Entregables correspondientes a este Contrato.

TERCERO.- Declarar **FUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO y, en consecuencia, se declara ampliado el plazo de ejecución de los servicios bajo el CONTRATO por los ochenta y siete (87) días no aprobados, solicitados dentro de los 252 días de ampliación de plazo pedidos por Carta N° CRC-RC-037-2020 del 3 de junio de 2020, de los cuales el PSI aceptó tan solo 165 días, a través de Resolución Administrativa No. 121-2020-MINAGRI-PSI/UADM del 2 julio de 2020. Además, se declara que carece de objeto pronunciarse acerca de la pretensión subordinada,

CUARTO.- Declarar **FUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO y, en consecuencia, se declara ampliado el plazo de ejecución de los servicios bajo el CONTRATO por los sesenta y dos (62) días calendario no aprobados, solicitados por Carta N° CRC-RC-054-2020 del 31 de agosto de 2020, petición denegada por Resolución Jefatural N° 056-2020-MINAGRI-PSI-UADM del 21 de setiembre de 2020. Además, se declara que carece de objeto pronunciarse acerca de la pretensión subordinada.

- 7.11. Con fecha 17.FEB.2022, el CONSORCIO presentó la solicitud de arbitraje que dio inicio al presente procedimiento arbitral.
- 7.12. Este Tribunal Arbitral en mayoría deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del proceso arbitral se han tenido en cuenta todos los argumentos y alegaciones efectuadas por las partes, así como los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

7.13. B) ANÁLISIS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**7.14. B.1) POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

7.15. La primera pretensión principal del CONSORCIO es que este Tribunal Arbitral declare la ineficacia de la penalidad impuesta por la ENTIDAD, ascendente a un monto de S/ 809,322.01.

7.16. Como pretensión accesoria a dicha pretensión, que se ordene a la ENTIDAD pagar la suma de S/ 385,420.49 incluido IGV, indebidamente descontada de la Valorización N° 7 correspondiente al Entregable 8, más los intereses devengados y que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

7.17. Señala el CONSORCIO que, con fecha 11.MAY.2021, mediante Carta N° 00356-2021-MIDAGRI-DVDAFIR/PSIUGIRD, la ENTIDAD otorgó la conformidad del Entregable N° 7 y aprobó su Valorización N° 6. Sin embargo, pese a que con fecha 25.JUN.2021, otorgó la conformidad del Entregable N° 8, la ENTIDAD no canceló la Valorización N° 7 en su integridad.

7.18. El CONSORCIO estructura sus argumentos según razones de procedimiento y razones de fondo.

7.19. **En primer lugar**, respecto a las razones de procedimiento, el CONSORCIO alega que la ENTIDAD no habría respetado lo establecido en los Términos de Referencia, documento que forma parte del Contrato.

7.20. Según el literal c) de la “Nota para todos los Entregables”, ubicada en la página 71 de las Bases, si el Supervisor no aprueba determinado Entregable, deberá recomendar a la ENTIDAD que proceda a aplicar penalidades al CONSORCIO. Por su parte, según el literal d), la ENTIDAD debe instruir al Supervisor para que ordene al CONSORCIO subsanar las observaciones, así como aplicar las penalidades correspondientes. En este caso, no hay evidencia de que haya sucedido ni lo uno ni lo otro, no respetándose el procedimiento establecido en los Términos de Referencia para aplicar penalidades, documento que, en atención al principio de *pacta sunt servanda*, vincula a las partes.

7.21. Asimismo, el CONSORCIO señala que la ENTIDAD no informó adecuadamente acerca de las razones y la forma de cálculo de la penalidad. En lo referido a este argumento, menciona los siguientes hechos relevantes:

- Con fecha 25.JUN.2021, la ENTIDAD remitió el Informe N° 1004-2021-MIDAGRIDVDAFIR/PSI-UGIRD-SUGEP, mediante el cual se comunica la conformidad del Entregable N° 8.
- Con fecha 9.JUL.2021, mediante Carta CRC-RC-028-2021, el CONSORCIO entregó a la ENTIDAD la Factura N° E001-204, correspondiente a la Valorización N° 7, por un monto ascendente a S/ 437,977.49 incluyendo IGV.
- Con fecha 8.AGO.2021, el comprobante de pago correspondiente a la Valorización N° 7, emitido por la ENTIDAD, señala un pago solamente por el monto de S/ 52,557.00.
- Con fecha 11.AGO.2021, mediante Carta CRC-RC-034-2021, el CONSORCIO informa a la ENTIDAD que estaba pendiente la cancelación

de la Factura mencionada, habiendo pasado 33 días calendario desde su presentación.

- Con fecha 4.OCT.2021, mediante Informe N° 1719-2021-MIDAGRIDVDAFIR/PSI-UGIRD-SUGEP, la ENTIDAD respondió que la razón del no pago de la Factura se debía a la retención de un monto ascendente a S/ 385,420.49 por concepto de una penalidad por mora, y que todavía existía un saldo pendiente de cobro por S/ 423,901.52.

7.22. Señala el CONSORCIO que la ENTIDAD no informó acerca de las razones de la aplicación de la penalidad o el cálculo empleado para determinar el monto, sino hasta la presentación de su contestación de demanda, escrito presentado el 18.ENE.2023. Esta situación no solo vulnera el debido procedimiento, además transgrede los lineamientos establecidos por el principio de la buena fe, aplicable a todo el fenómeno de la contratación.

7.23. **En segundo lugar**, respecto a las razones de fondo, el CONSORCIO cumplió con presentar oportunamente los Entregables y las subsanaciones a las observaciones realizadas: los dos supuestos pasibles de recaer en retraso. Deben considerarse 2 hitos: 24.NOV.2019, término de plazo contractual original, y 25.ENE.2021, ampliación de plazo contractual otorgada por el Laudo I.

7.24. En ese sentido, el Entregable N° 7 se presentó el 25.SEP.2019, mediante Carta CRC-RC-067-2019, dentro del periodo establecido en el plazo contractual original. Por su parte, el Entregable N° 8 se presentó el 31.AGO.2020, mediante Carta CRC-RC-055-2020, dentro del periodo establecido en la ampliación de plazo otorgada por el Laudo I.

7.25. El 11.MAY.2021 se otorgó la conformidad al Entregable N° 7 y el 25.JUN.2021 al Entregable N° 8. Señala el CONSORCIO que las subsanaciones de las observaciones fueron realizadas oportunamente y que la demora en su levantamiento no le son imputables. Esta afirmación se sustenta en lo siguiente:

- No es posible que se considere retraso los días transcurridos hasta el 25.ENE.2021, pues, como ya se mencionó, el plazo contractual fue ampliado en el Laudo I.
- El SUPERVISOR realizó requerimientos extemporáneos, nuevos y adicionales, por ejemplo, la solicitud al CONSORCIO de los Compromisos de sostenibilidad de los proyectos de inversión, lo cual no se encontraba dentro del alcance contractual. Además, realizó requerimientos por trabajos ya ejecutados. Por último, para acreditar la negligencia del SUPERVISOR, el CONSORCIO hace constante referencia a la demora en la aprobación de la campaña geotécnica.
- La dinámica de la revisión de los Entregables N° 7 y 8 consistía en una constante coordinación entre el CONSORCIO y el SUPERVISOR, tal como se acredita mediante el Informe Técnico N° 002-2021-CSCRM/JS, realizado por el SUPERVISOR y presentado por la propia ENTIDAD en su contestación de demanda.
- El SUPERVISOR y la ENTIDAD generaron impedimentos en el proceso de aprobación de los Entregables.

7.26. En atención a estas circunstancias, no se puede considerar que se haya presentado retraso en la subsanación de las observaciones, pues el plazo contractual vencía el 25.ENE.2021 (ello en lo referido al plazo penalizado iniciado el 31.AGO.2020), se trabajó en constante coordinación con el SUPERVISOR, y,

en todo caso, la demora en la aprobación se debe a la conducta negligente de la ENTIDAD y el SUPERVISOR.

7.27. Por último, el CONSORCIO señala que, la conducta pasible de sanción descrita por la ENTIDAD, no es un supuesto de retraso, sino de cumplimiento parcial o defectuoso. En este sentido, mediante la Carta Notarial N° 008-2021-MIDAGRI-PSI-UADM, de fecha 9.MAR.2021, la ENTIDAD comunica que los Entregables se encuentran incompletos, no que se presentaron o se subsanaron fuera de plazo. El CONSORCIO recuerda que la penalidad moratoria sanciona el retraso, no el cumplimiento parcial o defectuoso.

7.28. B.2) POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

7.29. La ENTIDAD señala que, conforme a la cláusula décimo tercera del Contrato, la penalidad por mora se aplica automáticamente. En ese sentido, la ENTIDAD cumplió con aplicar la penalidad por mora en forma automática.

7.30. Además, señala que el CONSORCIO tomó conocimiento de la penalidad aplicada por medio de la Carta N° 00903-2021-MIDAGRI-DVDAFIR/PSIUGIRD, del 4.OCT.2021; también se le mencionó el saldo pendiente de abonar, que asciende a S/ 423,901.52 soles,

7.31. Respecto al número de días considerados para realizar el cálculo de la penalidad, a la fecha de la contestación de la demanda, la ENTIDAD mantuvo su posición de que eran ciento setenta (170) días (2 días de retraso en la presentación del Entregable N° 8 y 168 días de retraso en la absolución de las observaciones), pues señaló que el Laudo I había sido objeto de demanda de anulación ante el Poder Judicial.

7.32. Sin embargo, este Tribunal Arbitral entiende que se ha producido una variación en los argumentos de la ENTIDAD con respecto al número de días de retraso injustificado. Así, ante la confirmada validez del Laudo I, la ENTIDAD entiende que son cuarenta y nueve (49) días de retraso injustificado¹ (47 días correspondientes al periodo 26.ENE.2021-13.MAR.2021 y 2 días previos a dicho periodo).

7.33. El retraso le es imputable al CONSORCIO, originado en deficiencias en su prestación del servicio. Así, por ejemplo, el CONSORCIO señala para justificar su argumento de que el retraso no le es imputable en la solicitud realizada por la ENTIDAD de que se presenten los compromisos de sostenibilidad de los proyectos de inversión del Entregable N° 8, pese a que el periodo correspondiente a dicha observación no fue considerado para aplicar la penalidad.

¹ Se entiende que el retraso injustificado es aquella demora que puede imputarse a la conducta de una de las partes.

7.34. B.3) POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN MAYORÍA SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

7.35. De manera previa al desarrollo de nuestros fundamentos de hecho y de derecho, corresponde realizar algunas precisiones conceptuales, las cuales servirán para clarificar el posterior análisis.

7.36. En ese sentido, la cláusula penal es definida como *“un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente”*².

7.37. Queda reservado a la autonomía privada determinar en donde opera la cláusula penal. Así, *“el incumplimiento vinculado a la sanción penal presenta tres aspectos diversos: el incumplimiento inexacto, el retardado y el incumplimiento definitivo, cada uno de los cuales asume peculiares caracteres y requiere un tratamiento separado”*³.

7.38. La cláusula penal moratoria es aquella prestación indemnizatoria (generalmente, de naturaleza monetaria) prevista por las partes ante el cumplimiento tardío de la prestación pactada en el contrato. Autorizadamente se sostiene que, para que haya mora del deudor *“deberá existir un retardo en la ejecución de la prestación, en forma contraria a derecho y por una causa que le es imputable”*⁴.

7.39. Tradicionalmente, se ha distinguido la cláusula penal moratoria de cualquier otro supuesto de cláusula penal. De hecho, este ha sido el enfoque de la normativa de contratación pública, que distingue entre “penalidad por mora” y “otras penalidades”. Con el mismo razonamiento, calificada doctrina establece que *“el ámbito de la cláusula penal moratoria estará ceñido única y exclusivamente al supuesto en que ella esté destinada a indemnizar la mora en el pago, y es evidente, para que haya mora debe haber retraso en el cumplimiento de la obligación, ya que el retraso constituye uno de los requisitos fundamentales de la mora: no hay mora sin retraso. Esto nos lleva a considerar, de acuerdo con la doctrina que venimos sosteniendo, que la cláusula penal compensatoria regirá para los casos de incumplimiento parcial, excesivo, anticipado, defectuoso y no adecuado de las obligaciones”*⁵.

7.40. Asimismo, también corresponde realizar un comentario en lo referido al principio de buena fe, principio inspirador de todo el ordenamiento jurídico. Así, según una de las vías de concreción de este principio⁶, la que lo establece como “un criterio de conducta conforme al cual deben ser cumplidas las obligaciones”, las partes deben comportarse *“de manera tal de no perjudicar y más bien, de salvaguardar el razonable interés de la contraparte, cuando ello no importe ningún apreciable e injusto sacrificio a cargo suyo”*⁷.

² Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, La cláusula penal. Su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal. Depalma; Buenos Aires, 1981, p. 17.

³ Annibale MARINI, La clausola penale, Jovene, Napoli, 1984, p. 106.

⁴ Luis MOISSET DE ESPANÉS. “La mora en el Derecho peruano, argentino y comparado”. Trujillo: Tabla XIII Editores. 2006. p. 17.

⁵ Felipe OSTERLING PARODI y Mario CASTILLO FREYRE, Tratado de Derecho de las Obligaciones, Volumen VI, Segunda Edición, Thomson Reuters, 2014, p. 2651.

⁶ Desarrolladas por Luis DIEZ-PICAZO, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I, “Introducción. Teoría del Contrato”, 5° Edición, Madrid: Civitas, 1996, p. 49.

⁷ Vincenzo ROPPO, Il Contratto, Milano: Giuffrè, 2004, p. 497.

7.41. Por otro lado, el artículo 62 de la normativa aplicable al caso concreto, el Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios (en adelante, RPCPE), establece lo siguiente:

“62.1 El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

La Entidad debe prever en las bases la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

62.2 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 fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = 0.10 \times \text{monto}$$

$$\text{F} \times \text{plazo en días}$$

Donde F tiene los siguientes valores:

a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: $F = 0.40$.

b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: $F = 0.25$.

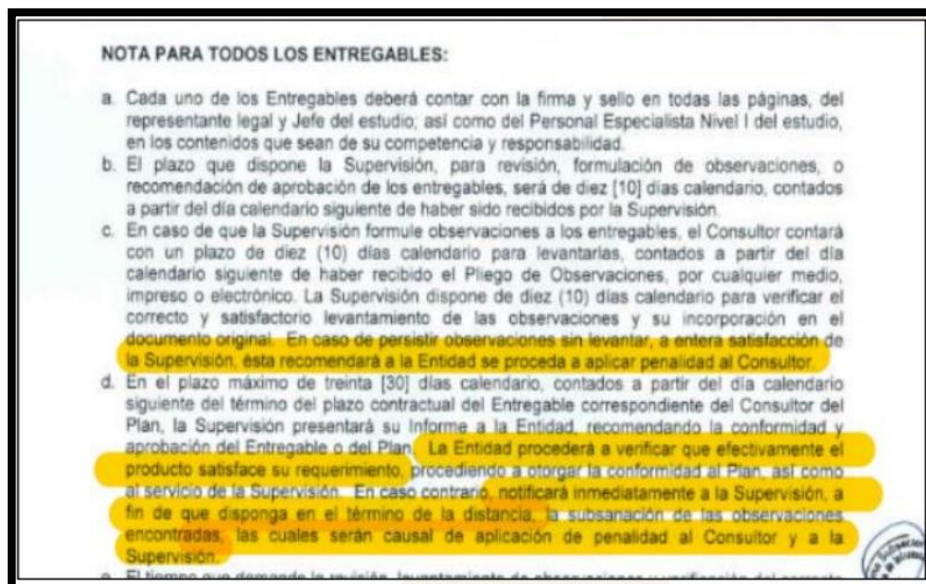
b.2) Para obras: $F = 0.15$.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considera el monto del contrato vigente. Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.

62.3 Las bases del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el numeral anterior, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, deben incluir los 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. Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora” (el resaltado es nuestro).

- 7.42. Desarrollaremos la posición de este Tribunal Arbitral en mayoría, sobre la base de los lineamientos doctrinales y legales previamente establecidos.
- 7.43. Según se ha descrito en el literal b.1) del presente Laudo, el CONSORCIO estructura los argumentos de esta primera pretensión según razones de procedimiento y razones de fondo. Seguiremos el esquema propuesto por el CONSORCIO para determinar la fundabilidad de su pretensión, tomando en consideración los alegatos de ambas partes y los medios probatorios ofrecidos.
- 7.44. **RAZONES DE PROCEDIMIENTO**
- 7.45. El CONSORCIO argumenta que la penalidad impuesta por la ENTIDAD no respetó el procedimiento establecido en los Términos de Referencia.
- 7.46. Es preciso señalar que los Términos de Referencia son el conjunto de documentos que contienen las especificaciones técnicas de la prestación a ejecutar en el marco de la contratación pública, y se incluye en las Bases que rigen todo procedimiento de selección.
- 7.47. Se puede concluir que los Términos de Referencia forman parte del programa contractual y, en consecuencia, vinculan a las partes. Así, el artículo 55 del RPCPE establece lo siguiente: “El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes”.
- 7.48. Ahora bien, el CONSORCIO menciona específicamente que no se consideró la “Nota para todos los Entregables” de los Términos de Referencia, ubicada en la página 71 de las Bases:



- 7.49. Como puede observarse, se resalta lo descrito en los literales c) y d). El argumento sería que, el literal c) prevé el supuesto de que el Supervisor no apruebe determinado Entregable; ante ello, deberá recomendar a la ENTIDAD que proceda a aplicar penalidades al CONSORCIO. Por su parte, el literal d) señala que la ENTIDAD debe instruir al Supervisor para que ordene al CONSORCIO subsanar

las observaciones, así como aplicar las penalidades correspondientes. No habría evidencia de que, a propósito de la penalidad moratoria aplicada por la ENTIDAD, se haya respetado lo regulado para estos dos supuestos.

7.50. ¿Cuál es el real sentido de estos dos supuestos? El literal c) señala lo siguiente:

“c) En caso de que la Supervisión formule observaciones a los entregables, el Consultor contará con un plazo de diez (10) días calendario para levantarlas, contados a partir del día calendario siguiente de haber recibido el Pliego de Observaciones, por cualquier medio, impreso o electrónico. La Supervisión dispone de diez (10) días calendario para verificar el correcto y satisfactorio levantamiento de las observaciones y su incorporación en el documento original. En caso de persistir observaciones sin levantar, a entera satisfacción de la Supervisión, ésta recomendará a la Entidad se proceda a aplicar penalidad al Consultor” (el resaltado es nuestro).

7.51. Este Tribunal Arbitral considera que dicho informe del Supervisor no es necesario para la penalidad por mora, sino para la otra penalidad N° 3, desarrollada en la cláusula décimo tercera del Contrato:

3	Entregables o informes incompletos en relación a lo solicitado expresamente en los términos de referencia, bases integradas o contrato. Se aplicará la penalidad afectada por cada oportunidad en que se detecte (aplicar en los entregables y levantamientos de observaciones).	Por cada ocurrencia	0.5 UIT	Según Informe de la Supervisión y/o Ingeniero de seguimiento de la DIR
---	--	---------------------	---------	--

7.52. Por su parte, el literal d) señala lo siguiente:

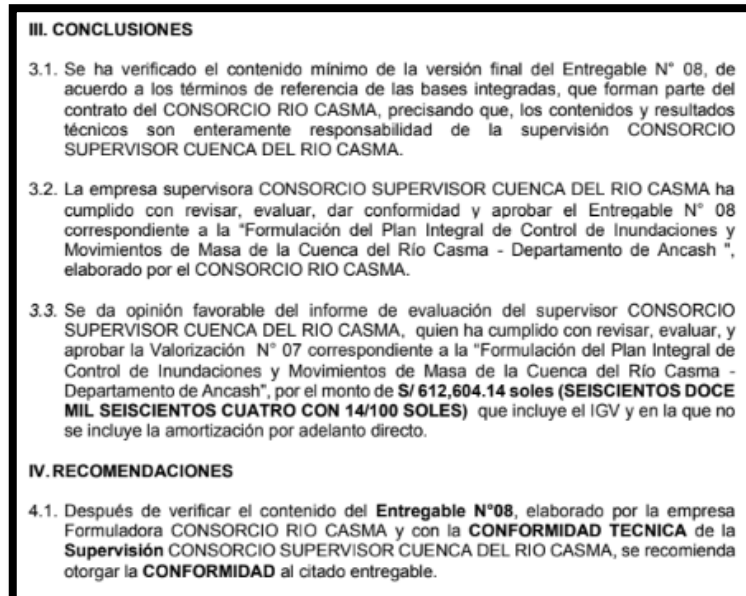
“d) En el plazo máximo de treinta (30) días calendario, contados a partir del día calendario siguiente del término del plazo contractual del Entregable correspondiente del Consultor del Plan, la Supervisión presentará su informe a la Entidad, recomendando la conformidad y aprobación del Entregable o del Plan. La Entidad procederá a verificar que efectivamente el producto satisface su requerimiento, procediendo a otorgar la conformidad al Plan, así como al servicio de la Supervisión. En caso contrario, notificará inmediatamente a la Supervisión, a fin de que disponga en el término de la distancia, la subsanación de las observaciones encontradas, las cuales serán causal de aplicación de penalidad al Consultor y a la Supervisión” (el resaltado es nuestro).

7.53. A criterio de este Tribunal Arbitral en mayoría, el esquema conductual -a propósito de la potencial aplicación de penalidades- desarrollado por el literal d), no se ajusta a los hechos del caso, pues para que sea necesaria esta comunicación de la ENTIDAD, debe producirse una divergencia de posiciones entre la ENTIDAD y el SUPERVISOR (de allí que también se aplique penalidad al SUPERVISOR), situación que no se ha dado: en el presente caso estamos ante una supuesta penalidad por mora (con particularidades que serán desarrolladas inmediatamente).

7.54. En consecuencia, **no corresponde estimar el argumento presentado por el CONSORCIO (para cuestionar la eficacia de la aplicación de la penalidad)**

consistente en que la ENTIDAD no habría respetado el procedimiento establecido en los Términos de Referencia.

- 7.55. El otro argumento referido a una irregularidad en el procedimiento de la aplicación de penalidad por mora, es que la ENTIDAD no informó adecuadamente acerca de las razones y la forma de cálculo de la penalidad.
- 7.56. Respecto a ello, con fecha 25.JUN.2021, la ENTIDAD remitió el Informe N° 1004-2021-MIDAGRIDVDAFIR/PSI-UGIRD-SUGEP, mediante el cual se comunica la conformidad del Entregable N° 8.



- 7.57. Con fecha 11.AGO.2021, mediante Carta CRC-RC-034-2021, el CONSORCIO informa a la ENTIDAD que estaba pendiente la cancelación completa de la Valorización N°7 (correspondiente al Entregable N° 8), habiendo pasado 33 días calendario desde su presentación.

CRC-RC-034-2021

Lima, 11 de agosto de 2021.

Señores:
Programa Subsectorial de Irrigación
Av. República de Chile N° 485, Urb. Santa Beatriz.
Jesús María, Lima- Perú.
Presente. –

Atención: Manuel Faustino Del Maestro Yampufe
Jefe de la Unidad Gerencial de Infraestructura de Riego y Drenaje

Asunto: Solicitamos el pago de nuestra factura de la valorización N°07

Referencia: a) Carta CRC-RC-028-2021 Entrega de factura correspondiente a la valorización N°07
b) Carta 0540-2021-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UGIRD Conformidad del Entregable N°08
c) Contrato N° 016-2019-MINAGRI-PSI "FORMULACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE CONTROL DE INUNDACIONES Y MOVIMIENTO DE MASA DE LA CUENCA DEL RÍO CASMA-DEPARTAMENTO DE ANCASH" (en adelante, el Contrato)

De mi mayor consideración:

Por medio de la presente les expresamos nuestro cordial saludo y nos dirigimos a ustedes para informarles que mediante la carta de referencia b) recibida por nuestro Consorcio el día 28 de junio de 2021 vuestra representada dio conformidad al Entregable N° 08.

En el marco de nuestro Contrato y tal y como es de su conocimiento, existe el pago pendiente de cancelación de la factura N° E001-204 de fecha 6 de julio correspondiente a la Valorización N° 07, por los trabajos y servicios ejecutados íntegramente por nuestro Consorcio.

7.58. Ante dicha comunicación, con fecha 4.OCT.2021, mediante Informe N° 1719-2021-MIDAGRIDVDAFIR/PSI-UGIRD-SUGEP, la ENTIDAD respondió que la razón del pago incompleto de la Factura (solamente se canceló S/ 52,557.00) se debía a la retención de un monto ascendente a S/ 385,420.49 por concepto de una penalidad por mora, y que todavía existía un saldo pendiente de cobro por S/ 423,901.52.

Al respecto, se puede evidenciar que a la Factura N°E001-204 por el monto de S/ 437,977.49, se le aplicaron los descuentos de detracción (12% del valor de la factura) y de penalidades según lo determinado por esta Coordinación mediante el Memorando N°365-2021-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UADM-LOG, habiéndose retenido en dicha valorización por concepto de "PENALIDAD" el monto de S/ 385,420.49 (TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS VEINTE CON 49/100 SOLES), como consta en el Comprobante de Pago N°2021-03310 de fecha 27/07/2021, reflejando un saldo pendiente de cobro por dicho concepto de S/ 423,901.52 (CUATROCIENTOS VEINTITRÉS MIL NOVECIENTOS UNO Y 52/100 SOLES); no existiendo por tanto, ningún incumplimiento de pago de la Entidad, según se detalla a continuación:

Factura Electrónica N° E001-204		
IMPORTE TOTAL FACTURADO		437,977.49
DETRACCIÓN	12%	52,557.00
PENALIDAD (MORA Y/O OTRAS PENALIDADES)		385,420.49
SALDO POR CANCELAR AL PRESTADOR DEL SERVICIO		0.00
		S/ 437,977.49 S/ 437,977.49

7.59. Como puede observarse, ante el requerimiento del CONSORCIO, la ENTIDAD informó acerca de la existencia de la penalidad, mas no respecto a las razones, el cálculo empleado o la cantidad de días considerados. En lo referido a esta situación, la ENTIDAD, a lo largo del desarrollo de este procedimiento arbitral, no ha podido acreditar que sí haya incluido dicha información.

- 7.60. Argumenta el CONSORCIO que esta omisión fundamentaría la ineficacia de la penalidad aplicada por la ENTIDAD.
- 7.61. A juicio de este Tribunal Arbitral en mayoría, la penalidad por mora *automática* desarrollada en el RPCPE (tomada de la normativa de contrataciones del estado), es un supuesto especial de penalidad por mora. Así, el supuesto general de la penalidad moratoria requiere, en primer lugar, que el deudor se encuentre en mora. Para ello, conforme lo señala el artículo 1333 del Código Civil, es necesaria la constitución en mora.
- 7.62. La Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado son la normativa general, matriz, de la normativa de Reconstrucción con Cambios (ello es expresamente reconocido en la cláusula décimo octava del contrato). Ante ello, resulta fundamental tomar en consideración las Opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- 7.63. ¿Cuál es el procedimiento para aplicar la penalidad por mora *automática*? ¿Se requiere notificar? La Dirección Técnico Normativa del OSCE, mediante Opinión N° 005-2023/DTN, establece lo siguiente:

“¿SE PUEDE DEDUCIR DEL PAGO DE LAS VALORIZACIONES, SIN QUE SE HAYA NOTIFICADO DE LA PENALIDAD AL CONTRATISTA INCUMPLIENDO EL DEBIDO PROCEDIMIENTO?

(...)

Sobre el particular, cabe añadir que la normativa de contrataciones con el Estado no ha previsto, como parte del procedimiento o condición para la aplicación de la penalidad por mora, que para tal efecto la Entidad deba notificar previamente al contratista informándole sobre dicha decisión; al respecto, basta que la Entidad determine la configuración de un retraso injustificado, bajo los términos establecidos en el artículo 162 del Reglamento, para que ésta aplique de manera automática la penalidad por mora. Por su parte, la aplicación de las otras penalidades se ciñe a lo establecido en el propio contrato y el artículo 163 del Reglamento” (el resaltado es nuestro).

- 7.64. Esta Opinión es muy pertinente para resolver el argumento presentado por el CONSORCIO. En el caso de la aplicación de la penalidad por mora *automática*, no se ha previsto en su procedimiento o no se considera como una condición para su eficacia, el que se notifique previamente al contratista. Para que su aplicación sea eficaz, basta con que la Entidad determine el retraso injustificado y la aplique (deduciendo el monto determinado). Una deficiente respuesta ante un requerimiento de información posterior a su aplicación no puede afectar la eficacia de la penalidad impuesta⁸.
- 7.65. En consecuencia, no corresponde estimar el argumento presentado por el CONSORCIO (para cuestionar la eficacia de la aplicación de la penalidad) consistente en que la ENTIDAD no habría comunicado la forma de cálculo o los días considerados como retraso,

⁸ Aunque sí puede ser tomado en consideración para analizar la conducta procesal de las partes.

7.66. **RAZONES DE FONDO**

- 7.67. De manera previa al análisis de los argumentos de fondo, corresponde señalar algunas cuestiones fácticas del presente caso arbitral.
- 7.68. Considerando las ampliaciones de plazo otorgadas por la ENTIDAD, el plazo contractual terminaba el 29.AGO.2021. Luego de ello, se expidió el Laudo I, el cual extendió en ciento cuarenta y nueve (149) días la duración del plazo original (como consecuencia del otorgamiento de dos ampliaciones consistentes en 87 y 62 días), dando como resultado que el término final del plazo contractual haya sido el 25.ENE.2021.

TERCERO.- Declarar **FUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO y, en consecuencia, se declara ampliado el plazo de ejecución de los servicios bajo el CONTRATO por los ochenta y siete (87) días no aprobados, solicitados dentro de los 252 días de ampliación de plazo pedidos por Carta N° CRC-RC-037-2020 del 3 de junio de 2020, de los cuales el PSI aceptó tan solo 165 días, a través de Resolución Administrativa No. 121-2020-MINAGRI-PSI/UADM del 2 julio de 2020. Además, se declara que carece de objeto pronunciarse acerca de la pretensión subordinada,

CUARTO.- Declarar **FUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO y, en consecuencia, se declara ampliado el plazo de ejecución de los servicios bajo el CONTRATO por los sesenta y dos (62) días calendario no aprobados, solicitados por Carta N° CRC-RC-054-2020 del 31 de agosto de 2020, petición denegada por Resolución Jefatural N° 056-2020-MINAGRI-PSI-UADM del 21 de setiembre de 2020. Además, se declara que carece de objeto pronunciarse acerca de la pretensión subordinada.

- 7.69. Respecto a lo señalado previamente, al inicio de las actuaciones arbitrales (numeral 27 de su escrito de Contestación de Demanda), la ENTIDAD cuestionaba la validez de dicho Laudo; sin embargo, se observa del escrito correspondiente a sus Alegatos Finales (numeral 9) y del minuto 49 de la grabación de la Audiencia de Informes Orales, que, ante la confirmación de la validez del Laudo I en sede judicial, ha admitido dicha decisión arbitral.
- 7.70. Lo anterior trae como consecuencia una importante variación en los argumentos de hecho de la ENTIDAD. Del numeral 26 de su escrito de Contestación de Demanda, se entiende que mantenía la posición de su Unidad de Administración, respecto a que los días de retraso injustificado eran ciento setenta (170):

MEMORANDO N° 365 -2021-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UADM-LOG

Para : VICTOR ANTONIO TORRES TORRES
Contador (e)
Unidad de Administration

Asunto : Aplicación de penalidad al CONSORCIO RÍO CASMA pago Valorización
07

En consecuencia, el Contratista incurrió en incumplimiento causal de aplicación por concepto de penalidad por mora por un total de 170 días, por lo que, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula Décimo Tercera del contrato N° 16-2019-MINAGRI-PSI, se tiene el siguiente calculo:

Calculo de Penalidad por Mora

$$\text{Penalidad diaria} \quad \frac{0.10 * 8,093,220.06}{0.25 * 471} = 6,873.2229808917$$

Penalidad diaria	6,873.222981
Total dias de mora	170
Tota de penalidad por mora	S/. 1,168,447.91

M= monto del contrato vigente (Aprobacion de Adicional y Reduccion Mediante RA 021-2020-MINAGRI-PSI-OAF)

Del presente cálculo se ha determinado por concepto de penalidad por mora el importe de S/ 1,168,447.91 (Un Millón Ciento Sesenta y Ocho Mil Cuatrocientos Cuarenta y Siete con 91/100 soles), Sin embargo solo corresponde aplicar el 10% (Diez por ciento) del monto del contrato vigente equivalente al monto de S/ 809,322.01 (Ochocientos Nueve Mil Trescientos Veintidós con 01/100 soles), el cual deberá de ser descontado en el presente expediente de pago y el saldo restante de ser el caso de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

- 7.71. Sin embargo, del numeral 12 de su escrito de Contestación y de los argumentos expuestos en la audiencia de Informes Orales, se entiende que la ENTIDAD fundamenta que el CONSORCIO incurrió en cuarenta y nueve (49) días de retraso injustificado, y ya no en ciento setenta (170):

12. La aplicación de la penalidad por mora fue finalmente equivalente cuarenta y nueve (49) días calendario (sumando los 2 días del plazo de entrega), habiendo tenido como finalidad no solamente la debida ejecución de las prestaciones a cargo del Consorcio, desincentivando el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino que, además, permitiría resarcir a la Entidad por el perjuicio que generado por el retraso injustificado en la ejecución del contrato, atribuible íntegramente al contratista.

- 7.72. Llega a esa cantidad sumando los 47 días correspondientes al periodo del 26.ENE.2021 al 13.MAR.2021, con los 2 días de retraso en la presentación del Entregable N° 08 (numeral 8 de su escrito de sus Alegatos Finales):

8. Así, de acuerdo a la trazabilidad de las acciones del Consorcio, existió un retraso de dos (2) días calendario en la presentación del último entregable, ya que éste debió presentarse el 28 de agosto de 2020 y fue presentado el 31 de agosto de 2020 mediante la Carta N° CRC-RC-055-2020, no habiendo levantado observaciones, manteniendo un incumplimiento de 47 días, razón por la que se le aplicó penalidades.

- 7.73. Realizadas estas precisiones, corresponde analizar el primer argumento de fondo del CONSORCIO.

- 7.74. Dicho argumento consiste en que el CONSORCIO presentó los Entregables y las respectivas subsanaciones a tiempo, y que, en todo caso, cualquier demora no le es imputable.

- 7.75. Respecto a la presentación de los Entregables, la ENTIDAD señala que el CONSORCIO demoró dos (2) días en la presentación del Entregable N° 8. Efectivamente, el CONSORCIO, mediante Carta CRC-RC-055-2020, del 31.AGO.2020, trasladó a la ENTIDAD el Entregable N° 8:

Lima, 31 de agosto de 2020

CRC-RC-055-2020

Señores:
Consortio Supervisor Cuenca del Río Casma
Jr. Garcilaso de la Vega 2501, Lince, Lima – Perú
Presente. -

Atención: Ruben Lázaro Sal y Rosas – Representante Común
Raúl Dolorier Manzaneda – Jefe de Supervisión

Asunto: Presentación del Entregable N°08

Referencia: (a) Contrato N° 016–2019–MINAGRI-PSI "Formulación del Plan Integral de Control de Inundaciones y Movimientos de Masa de la Cuenca del Río Casma - Departamento de Ancash"

De mi mayor consideración:

Con la presente hacemos entrega de los siguientes informes:

1. Entregable N°08
2. Valorización N°07

La entrega de la documentación en digital se encuentra en la nube del Consortio Rio Casma, en el siguiente enlace:

https://one4u.sharepoint.com/sites/PSI_Casma/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx?viewid=b90fca8c%2Daff2%2D485a%2Da9fb%2Dd5e3c100fc7c&id=%2Fsites%2FPSI%5FCasma%2FShared%20Documents%2FENTREGABLE%5FN%C2%BA08%2F01%5FPRIMERA%5FENTREGA

- 7.76. **El Tribunal Arbitral en mayoría no comparte el argumento de la ENTIDAD, toda vez que, como ya ha sido reiterado varias veces, el Laudo I amplió el plazo de ejecución contractual hasta el 25.ENE.2021: no puede haber retraso por parte del deudor, es decir, del CONSORCIO, previamente a dicha fecha.**
- 7.77. En consecuencia, solamente corresponde analizar si el periodo de los cuarenta y siete (47) días posteriores al 25.ENE.2021 puede ser considerado como retraso injustificado por parte del CONSORCIO.
- 7.78. ¿Por qué esos cuarenta y siete (47) días? La razón es que el 13.MAR.2021, mediante Cartas N° CRC-RC-009-2021 y CRC-RC-010-2021, el CONSORCIO presentó los Informes de Levantamiento de Observaciones correspondientes a los Entregables N° 7 y 8, los cuales serían finalmente aprobados por la ENTIDAD el 11.MAY.2021 y el 25.JUN.2021, respectivamente.
- 7.79. **El CONSORCIO señala que el periodo 26.ENE.2021-13.MAR.2021 no puede ser considerado como retraso injustificado principalmente por tres razones.**
- 7.80. **i) El SUPERVISOR realizó requerimientos extemporáneos, nuevos y adicionales (que retrasaron la normal ejecución de los Entregables), así como por trabajos ya ejecutados.**
- 7.81. Para sustentar esta alegación, el CONSORCIO emplea fundamentalmente el Affidavit del Ingeniero César Rodríguez, presentado como Anexo A-8-1 de su

Demanda. Así, en este último escrito destaca los siguientes párrafos del Affidavit:

“Párrafo 10: “(...) uno de los principales problemas residía en que, en el proceso de revisión la Supervisión comunicaba únicamente al PSI acerca de las observaciones persistentes, y dejaba que el PSI se encargue de trasladar estas observaciones persistentes al Consorcio. Este procedimiento burocrático trajo como consecuencia que las observaciones persistentes fueran recibidas con mucho retraso, con un plazo perentorio muy corto, y, cuando se estaba procesando un nuevo entregable, que, justamente, ya no podía tomar en cuenta aspectos que debido a esta demora se consideraban superados”.

Párrafo 16: “Evidentemente al no contar con los resultados de las investigaciones no era posible respaldar los cálculos y diseños de ingeniería y por lo tanto la presentación de los diseños no podía considerarse completa. Paradójicamente y sabiendo de esta situación, la Supervisión hizo observaciones a los diseños solicitando los parámetros del diseño que justamente dependían de las investigaciones, entrando la revisión de los entregables realmente en un círculo vicioso sin salida”.

Párrafo 19: “El PSI y la Supervisión conocían estas contingencias que no permitía subsanar las observaciones, pese a ello, continuaban manifestando la persistencia de las observaciones y que se aplicarían penalidades”.

Párrafo 33: “Muchas de las observaciones que hacía la Supervisión, no estaban de acuerdo a los TDR y muchas observaciones fueron nuevas o surgieron a consecuencia de criterios especulativos de la Supervisión. Como muestra se transcribe un correo relacionado al estudio geológico-geotecnia del dique Tomeque: (...)”

Párrafo 40: “En resumen, los eventos ocurridos durante el levantamiento de observaciones de los Entregable 7 y 8, ocurridos entre diciembre del 2020 y marzo 2021, período en el que se mantuvo el intercambio de correos electrónicos, enviando los anexos de los entregables 7 y 8, absolviendo las observaciones y recibiendo de parte de la Supervisión los anexos comentados en los cuales aceptaban las absoluciones, las rechazaban o agregaban nuevas observaciones en un proceso tedioso y desgastante” (el resaltado es nuestro)

- 7.82. De dicho Affidavit, el CONSORCIO resalta dos hechos concretos como muestra de la impericia de las otras partes de esta relación: la demora por parte de la ENTIDAD y el SUPERVISOR en la aprobación del programa de investigaciones geotécnicas y el correo referido al estudio geológico-geotecnia del dique Tomeque.
- 7.83. Respecto al primer hecho, el cual ha sido constantemente reiterado por el CONSORCIO en diversos actos del presente procedimiento arbitral, corresponde señalar que ya fue objeto de pronunciamiento en el Laudo I.
- 7.84. Así, mediante Resolución Administrativa N° 121-2020-MINAGRI-PSI/UADM, la ENTIDAD otorgó ciento sesenta y cinco (165) días adicionales de los doscientos cincuenta y dos (252) solicitados por el CONSORCIO como consecuencia de la demora en la aprobación del programa de investigaciones geotécnicas; sin

embargo, el Tribunal Arbitral que expidió el Laudo I, declaró la ampliación del plazo por los ochenta y siete (87) días faltantes, es decir, todo el periodo calculado por el propio CONSORCIO para sanear la demora de la ENTIDAD y el SUPERVISOR en la aprobación del programa ha sido considerado en el plazo final del Contrato. Como resultado de ello, no puede alegarse que dicha demora haya tenido incidencia en el potencial retraso de cuarenta y siete (47) días.

- 7.85. Respecto al segundo hecho, el correo citado sería muestra del desconocimiento del SUPERVISOR de los Términos de Referencia, al estar la zona requerida de análisis fuera del área de desarrollo de Geología y Geotecnia; sin embargo, dicho correo se recibió y se respondió el 16.DIC.2020, es decir, antes del periodo en análisis.

El mié, 16 de dic. de 2020 a la(s) 11:54, Cesar Rodriguez Buendia (cesar.rodriquez@fichtner.com.pe) escribió:

Estimado Ing. Dolorier

Comunicamos nuevamente que la observación no puede ser atendida porque como se menciona en el levantamiento y en nuestro correo del 9 de diciembre no existe la información. Adicionalmente debemos mencionar, una vez más, que la observación corresponde a un tramo de la quebrada Tomeque ubicada aguas abajo del área del dique y en estricto rigor está fuera del área de desarrollo de la Geología y Geotecnia de la zona de implantación del dique Tomeque como lo establece el Anexo de Detalle No 3 de los TDR. El desarrollo de aspectos geomorfológicos fue incluido en el informe a pedido de la Supervisión, lo cual ciertamente excede el alcance del servicio.

- 7.86. Asimismo, como muestra de un requerimiento irrazonable por parte del SUPERVISOR, el CONSORCIO argumenta que se solicitó los compromisos de sostenibilidad de los proyectos de inversión, pues este requerimiento no estaba dentro del alcance contractual. Sin embargo, dicho requerimiento fue presentado al CONSORCIO mediante Carta N° 001-2021-CSCRC/JC, del 18.MAR.2021; es decir, este requerimiento no fue considerado por la ENTIDAD para calcular los días de retraso injustificado (contados hasta el 13.MAR.2021), por lo que no tiene valor alguno a efectos de analizar el potencial retraso injustificado del CONSORCIO.
- 7.87. Como muestra de requerimiento de un trabajo ya ejecutado, el CONSORCIO hace referencia al Anexo A-5-2 de su Demanda, el cual contiene un correo (**de fecha 11.MAR.2021**) en el cual responde a un requerimiento del SUPERVISOR. En dicho correo se observa que el requerimiento del SUPERVISOR (la presentación del Plan Integral a la población) ya había sido realizado de manera gradual a lo largo de la ejecución del servicio. Esta evidencia no ha sido cuestionada por la ENTIDAD en el desarrollo de este procedimiento arbitral:

Cesar Rodriguez Buendia <cesar.rodriguez@fichtner.com.pe>

Jue 11/03/2021 15:22

Para: 'Raul Dolorier' <raul.dolorier@consorciosupervisor.com>

CC: 'Eduardo Cesar Ceron Rivera' <ceron.rivera.eduardo@gmail.com>; 'Joselyn Gamarra Chura' <gamarra.ch97@gmail.com>; 'Karina Loayza Silva' <karina.loayza@airtificial.com>; 'Ruben Lazaro' <rubenlazar@gmail.com>; 'rijulve@gmail.com' <rijulve@gmail.com>; 'Herranz Montes, Maria' <mherranzm@aquatec.es>

Estimado Ing. Dolorier

Sobre la observación del Estudio Social y Productos comunicacionales expresamos nuestra posición debajo de los argumentos enviados por la Supervisión mediante el correo del 27.02.2021

1. La insistencia de la Supervisión para desarrollar una actividad de presentación del Plan Integral concluido a la población, es porque se trata de una actividad es de importancia estratégica en la elaboración del Plan Integral, porque de este modo, el Plan Integral desarrollado es de conocimiento de la población y no ha tenido objeción por parte de la población objetivo, lo cual le da transparencia y la aprobación social correspondiente.

El Plan Integral fue presentado en etapas a medida que se iba desarrollado. En el Taller No 4 realizado el 3 de octubre del 2019 se presentaron todos los proyectos considerados en el Plan, al día siguiente de este taller se realizó la reunión de la Tercera Mesa Técnica en la cual se aprobaron los proyectos considerados en el Plan. En ninguno de los talleres realizados a la población se presentó ni fue evidenciada oposición alguna de parte de la población. No fue el caso de las Mesas Técnicas en las cuales se encontró oposición de los miembros a validar los productos del Plan y se optó en su lugar lograr la aprobación de la lista de proyectos, como consta en el Acta Final de la Mesa Técnica suscrita el 4 de octubre del 2019.

- 7.88. En el mismo correo, se tendría evidencia de un requerimiento nuevo. Así, el SUPERVISOR admite que por un error material no se incluyó la audiencia pública de presentación del Plan a la población. Ante ello, el CONSORCIO responde que este acto no fue ofrecido en los documentos contractuales y que el Taller de Participación N° 4 ya fue realizado. Esta evidencia tampoco ha sido cuestionada por la ENTIDAD en el desarrollo de este procedimiento arbitral:

2. Reconocemos un error material por parte de la Supervisión, que en la versión del Plan de Participación que ha sido aprobada no aparece programada la actividad Audiencia Final, sin embargo, esta en esta versión, esta actividad de presentación final está considerada como: Taller de Participación N° 04 programado para el día 25 de noviembre del 2019, cuyo objetivo es la Presentación del Plan que, definitivamente se trata de la Presentación del Plan Integral concluido, ya que la fecha prevista es coincidente con la presentación las fechas de presentación del último entregable según los plazos originales del Contrato suscrito entre su representada y el PSI.

Este Taller de Participación N° 04 programado para el día 25 de noviembre del 2019, cuyo objetivo es la Presentación del Plan, según el Informe Social presentado, no ha sido desarrollado.

El reclamo de la Supervisión es sobre una Audiencia Pública que no ha sido ni ofrecida ni aprobada y tampoco forma parte de los TDR y ese es para el Consorcio el asunto de fondo que debe ser considerado en este momento como absuelto y concluido con lo cual se debe además aprobar el Estudio Social y los Productos Comunicacionales. Con el respeto que se merece la Supervisión no estamos de acuerdo en que se autocalifique este asunto como un error material.

Como se puede constatar, el Taller No 4 se llevó a cabo el 3 de octubre del 2019 con el alcance contemplado en el programa que fue la presentación de todos los proyectos considerados en el Plan Integral de acuerdo al Entregable No 7 (que contiene el Plan Integral y fue presentado el 25 de setiembre del 2019). Al día siguiente de este Taller, es decir el 4 de octubre del 2019 se realizó la Tercera y última Mesa Técnica de

- 7.89. En ese sentido, del correo del 11.MAR.2021, sí se tiene evidencia de requerimientos nuevos y por trabajos ya ejecutados.
- 7.90. Antes de desarrollar otro punto, debemos precisar que este Tribunal Arbitral entiende que existía una interdependencia en la aprobación de los Entregables, por lo que circunstancias previas al periodo en análisis tuvieron incidencia en el desarrollo posterior de los trabajos, sin embargo, el Tribunal Arbitral en mayoría se ha limitado a analizar si es que se han presentado ejemplos de requerimientos extemporáneos, adicionales o por trabajos ya ejecutados en el periodo en cuestionamiento.
- 7.91. **ii) La dinámica de la revisión de los Entregables N° 7 y 8 consistía en una constante coordinación entre el CONSORCIO y el SUPERVISOR: no hubo inactividad del CONSORCIO.**
- 7.92. Entendemos que la finalidad de esta aseveración es acreditar que no hubo desocupación por parte del CONSORCIO, por el contrario, estuvo constantemente coordinando con el SUPERVISOR y realizando las subsanaciones respectivas.
- 7.93. Llegado este punto, es preciso señalar que sí hubo retraso: el plazo contractual venció el 25.ENE.2021 y el levantamiento final de las observaciones (de ambos Entregables) se realizó el 13.MAR.2021. De allí la relevancia de analizar si hubo actividad o no del CONSORCIO, a efectos de determinar posteriormente si este retraso le es imputable o no.
- 7.94. Lo cierto es que el CONSORCIO no se desatendió de sus prestaciones, situación que se busca desincentivar en los deudores con la aplicación de la penalidad por mora. Así, del Affidavit del Ingeniero Rodríguez, se desprende que fue el CONSORCIO, mediante correo del 19.ENE.2021, quien propuso una reunión de coordinación entre todas las partes de la operación para acelerar la dinámica de la aprobación de los Entregables:

De: Raul Dolorier [mailto:raul.dolorier@consorciosupervisor.com]

Enviado el: martes, 19 de enero de 2021 11:11 a.m.

Para: Cesar Rodriguez Buendia <cesar.rodriguez@fichtner.com.pe>

CC: azavala_4949@yahoo.com; ugird.especialista11@psi.gob.pe

Asunto: Re: Solicita reunión - Atención de observaciones E7 y E8

Estimado Ing. Rodriguez

Previo saludo, respecto a su propuesta de reunión respecto a las observaciones de los Entregable 7 y 8, quería solicitarle que sea el día de mañana a las 10 am, dado que debido a asuntos personales no podría estar presente el día de hoy.

Agradeciendo su comprensión, quedo a la espera de su confirmación

Atentamente,

El mar, 19 de ene. de 2021 a la(s) 09:52, Cesar Rodriguez Buendia (cesar.rodriguez@fichtner.com.pe) escribió:

Estimados Ingenieros Zavala y Dolorier

Por el presente solicito una reunión entre los representantes de PSI, Supervisión y el Consorcio solamente para tratar el desarrollo de las observaciones del Entregable 7 y 8 con la intención de superarlas en el plazo más corto posible.

Se propone la reunión para hoy martes 19 de enero a las 4 pm.

Agradeceré vuestra confirmación para enviarles la invitación

Saludos cordiales

Cesar Rodriguez Buendia

Consorcio Río Casma

7.95. Asimismo -y este es el elemento de evidencia más relevante respecto a este punto-, del Informe Técnico N° 002-2021-CSCRM/JS, realizado por el SUPERVISOR para presentar el estado situacional de los Entregables N° 07 y 08 al 25.FEB.2021, se observa lo siguiente:

(...)

84. Mediante correo electrónico de fecha 31 de enero de 2021, la supervisión remite al formulador nuevamente la revisión al diseño de presa de los diques Sechín y Tomeque, en el que aún persisten observaciones no subsanadas y sin atender.

85. Después de numerosas revisiones a las deficiencias técnicas del formulador, la supervisión, remite la aprobación del tema de geología y geomorfología del dique Tomeque mediante correo electrónico de fecha 04 de febrero de 2021.

86. Con fecha 04 de febrero se coordina una reunión con el formulador para tratar el tema de los estudios de riesgos de las componentes B y C.
87. Mediante correo electrónico de fecha 09 de febrero de 2021, el formulador presenta nuevamente el levantamiento de observaciones del diseño de presas de los diques G1 y G2.
88. Mediante correo electrónico de fecha 11 de febrero de 2021, la supervisión remite al formulador nuevamente la revisión al diseño de presa de los diques G1 y G2, en el que aún se encuentran observaciones no subsanadas y sin atender.
89. Mediante correo electrónico de fecha 11 de febrero de 2021, el formulador presenta nuevamente el levantamiento de observaciones del diseño de presas del dique Sechin.
90. Mediante correo electrónico de fecha 11 de febrero de 2021, después de la explicación que la supervisión sostuvo en la reunión del 05 de febrero de 2021 el formulador presenta la justificación del trazo de nivel de peligro, de la quebrada Tomeque.
91. Mediante correo electrónico de fecha 12 de febrero de 2021, el formulador presenta nuevamente el levantamiento de observaciones del diseño de presas del dique Tomeque.
92. Mediante correo electrónico de fecha 13 de febrero de 2021, la supervisión remite al formulador la revisión de la justificación del trazo del nivel de peligro de la quebrada Tomeque.
93. Mediante correo electrónico de fecha 14 de febrero de 2021, después de la explicación que la supervisión sostuvo en la reunión del 05 de febrero de 2021 el formulador presenta la justificación de las quebradas forestadas del proyecto de la componente B.
94. Mediante correo electrónico de fecha 15 de febrero de 2021, la supervisión remite al formulador nuevamente la revisión al diseño de presa del dique Sechin, en el que aún se encuentran observaciones no subsanadas y sin atender.
95. Mediante correo electrónico de fecha 17 de febrero de 2021, el formulador nuevamente presenta la justificación del trazo del nivel de peligro, del dique Tomeque, para su revisión argumentando que se han realizado observaciones extemporáneas.
96. Mediante correo electrónico de fecha 18 de febrero de 2021, la supervisión remite al formulador nuevamente la revisión al diseño de presa del dique Tomeque, en el que aún se encuentran observaciones no subsanadas y sin atender.
97. Mediante correo electrónico de fecha 19 de febrero de 2021, el formulador presenta el levantamiento de observaciones al estudio social y productos comunicacionales.
98. Mediante correo electrónico de fecha 21 de febrero de 2021, la supervisión remite al formulador, la revisión del estudio social y productos comunicacionales.
99. Mediante correo electrónico de fecha 22 de febrero de 2021, el formulador solicita que la supervisión apruebe el estudio sin la realización de la audiencia pública, descrita en su plan de comunicaciones aprobado.
100. Mediante correo electrónico de fecha 22 de febrero de 2021, el formulador nuevamente presenta la justificación del trazo del nivel de peligro, de la forestación del proyecto de la componente B.

101. Mediante correo electrónico de fecha 23 de febrero de 2021, la supervisión remite al formulador nuevamente la revisión de la justificación del trazo del nivel de peligro de la quebrada Tomeque, en la que aún se encuentran observaciones no subsanadas y sin atender, incurriendo en deficiencias técnicas.
102. Mediante correo electrónico de fecha 23 de febrero de 2021, la supervisión reitera al formulador, la necesidad de poder contar con la realización de la audiencia pública final para poder contar con la aprobación social.
103. Mediante correo electrónico de fecha 23 de febrero de 2021, el formulador nuevamente presenta el levantamiento de observaciones al diseño de presas G1 y G2.
104. Mediante correo electrónico de fecha 23 de febrero de 2021, el PSI, solicita a la supervisión remitir el estado actual de los entregables N°07 y N°08.
105. Mediante correo electrónico de fecha 25 de febrero de 2021, la supervisión emite al formulador la aprobación del estudio de riesgos de la componente B, recomendándose implementar el uso correcto de la simbología en las imágenes presentadas, mejorando su presentación y coherencia con lo que se quiere mostrar.
- (...).

7.96. Quedan acreditadas dos alegaciones realizadas por el CONSORCIO: la subsanación de las observaciones consistía en una dinámica de intercambio de información entre el CONSORCIO y el SUPERVISOR, y el CONSORCIO realizó actividades conocidas por su contraparte durante el periodo cuestionado.

7.97. **iii) El SUPERVISOR y la ENTIDAD generaron impedimentos en el proceso de aprobación de los Entregables.**

7.98. Esta alegación es el punto determinante a efectos de determinar si se le puede imputar al CONSORCIO el retraso de 47 días.

7.99. El principal argumento del CONSORCIO es que el SUPERVISOR tenía un *modus operandi* que demoraba el proceso de levantamiento de observaciones; no pudiéndosele imputar al CONSORCIO los resultados de la dinámica impuesta por el SUPERVISOR: en este caso, el resultado de dicha dinámica sería que recién el 13.MAR.2021 se pudo presentar el levantamiento general (se entiende, luego de las coordinaciones realizadas).

7.100. De nuevo, el elemento de evidencia más relevante para resolver este punto es el Informe Técnico N° 002-2021-CSCRM/JS, realizado por el SUPERVISOR para presentar el estado situacional de los Entregables N° 07 y 08 al 25.FEB.2021. Así, el SUPERVISOR adjuntó un cuadro resumen de la situación de los Entregables:

(...)

SITUACIÓN AVANCES ENTREGABLE N°07 Y N°08		
APENDICE	CONTENIDO	ESTADO
01 Priorización de las medidas	Apéndice 01_ Priorización de las medidas	Aprobado
02 Plan Integral	Apéndice 02_ Plan Integral	Aprobado
03 Propuesta TDR Componente A	Apéndice 03_PropuestaTDR Componente A	Aprobado
04_Perfil B1_Forestación	Perfil B1 Forestación Cuenca Casma	Pendiente del levantamiento de observaciones por parte del formulador, y depende de la aprobación de los anexos técnicos y las modificaciones que se presenten en ellos.
	Anexo 01 Estudio Social	Aprobado para efectos del Entregable N°07, sin embargo, para considerar el
		Estudio social completo, queda pendiente el levantamiento de la observación referida a la realización de la Audiencia pública final que deberá realizarse una vez que se cuente con los diseños y presupuestos aprobados para informarlos a la población y la obtener aprobación social (entregable N°08), ya que de acuerdo a lo señalado en los TDR el Plan Integral debe ser de carácter participativo.
	Anexo 02 Estudio forestal	Aprobado
	Anexo 03 Metrados Costos y Presupuestos	Revisado y pendiente del levantamiento de observaciones por parte del formulador, desde el 20.01.2021
	Anexo 04 Estudio de Gestión para la Sostenibilidad del Proyecto	Aprobado
	Anexo 05 Evaluación Ambiental Preliminar	Aprobado
	Anexo 06 Estudio de Afectaciones Prediales e Interferencias	Aprobado
	Anexo 07 Estudio Arqueológico	Aprobado
	Anexo 08 Valoración Económica y Social del Daño Evitado	En revisión
	Anexo 09 Análisis de Riesgos de Desastres	Aprobado
	Anexo 10 evaluación económica	Presentado por el formulador, pero se revisará cuando se tenga aprobado el levantamiento de observaciones del perfil, para no ser interpretadas como "nuevas Observaciones".

05_Perfil C1_G1 y G2 + Sechín + Tomeque	Perfil C1_G1 y G2 + Sechín + Tomeque	Pendiente del levantamiento de observaciones por parte del formulador, y depende de la aprobación de los anexos técnicos y las modificaciones que se presenten en ellos.
	Anexo 01 Estudio Topográfico y batimetría	Aprobado lo correspondiente al levantamiento con vuelo Dron, quedando pendiente el levantamiento de las observaciones correspondientes a la integración de la batimetría al levantamiento topográfico realizado con la tecnología Lidar y Drone. Observación pendiente desde el 04.11.2020
	Anexo 02 Estudio de Hidrología, Sedimentología y Modelo Hidráulico.	Aprobado
	Anexo 03 Geología, Geotécnica y Geofísica	Aprobado
	Anexo 04 Estudio Social	Aprobado para efectos del Entregable N°07, sin embargo, para considerar el Estudio social completo, queda pendiente el levantamiento de la observación referida a la realización de la Audiencia pública final que deberá realizarse una vez que se cuente con los diseños y presupuestos aprobados para informarlos a la población y la obtener aprobación social (entregable N°08), ya que de acuerdo a lo señalado en los TDR el Plan Integral debe ser de carácter participativo.
	Anexo 05 Análisis de Riesgos de Desastre y valoración del riesgo	Pendiente del levantamiento de observaciones por parte del formulador, desde el 23.02.2021.
	Anexo 06 Diseño Estructural	Aprobado
	Anexo 07 Estudio Arquitectónico Paisajista	Pendiente del levantamiento de observaciones por parte del formulador desde el 21.01.2021

	Anexo 08 Metrados Costos y Presupuestos	Presentado por el formulador, pero se revisará cuando la propuesta técnica y el diseño de las presas estén aprobados, ya que las observaciones que se realice deben ser en función a la versión definitiva para no se interpretadas como "nuevas observaciones"
	Anexo 09 Estudio de Gestión para la Sostenibilidad del Proyecto	Aprobado
	Anexo 10 Evaluación Ambiental Preliminar	Aprobado
	Anexo 11 Estudio de Afectaciones Prediales e Interferencias	Aprobado
	Anexo 12 Estudio Arqueológico	Aprobado
	Anexo 13 Valoración Económica y Social del Daño Evitado	Presentado por el formulador, pero se revisará cuando se tenga aprobado el análisis de riesgos de desastres, para no ser interpretadas como "nuevas observaciones".
	Anexo 14 Estudio de Diseño de Presas, Instrumentación, y Equipamiento Electromecánico.	Pendiente del levantamiento de observaciones por parte del formulador, Sechin y Tomeque desde el 15.02.2021 y desde el 18.02.2021 respectivamente, mientras que el diseño de los diques G1 y G2 se encuentra en revisión por la supervisión.
	Anexo 15 Evaluación Económica	Presentado por el formulador, pero se revisará cuando se tenga aprobado el levantamiento de observaciones del perfil, para no ser interpretadas como "nuevas Observaciones".

(...).

7.101. Respecto a dicho cuadro, caben realizar los siguientes comentarios:

- En lo referido a los contenidos de los Entregables, al 25.FEB.2021, según el citado Informe del SUPERVISOR, dieciséis (16) de treinta (30) se encontraban en calidad de aprobados. Respecto a esta situación, el documento en análisis fue expuesto en la Audiencia de Informes Orales, realizada el 24.AGO.2023. Ante ello, la representante de la ENTIDAD⁹, señaló "no he leído en ninguna parte que diga aprobado"; sin embargo, este Tribunal Arbitral lee expresamente ello en el documento (sobre el cual no ha habido cuestionamiento alguno a su veracidad). La ENTIDAD, en su escrito de Alegatos Finales no se ha pronunciado sobre este tema (lo que, a nuestro juicio, resulta relevante).
- En el caso del "Perfil B1 Forestación Cuenca Casma", correspondiente al Apéndice "04_Perfil B1_Forestación", se lee que se encuentra pendiente de

⁹ Minuto 68 de la grabación de la audiencia.

levantamiento de observaciones, pero que depende de la aprobación de los anexos técnicos y sus potenciales modificaciones. Es decir, este contenido no podía ser subsanado hasta que se revisen y se subsanen otros.

- En el caso del “Anexo 01 Estudio Social”, correspondiente al Apéndice “04_Perfil B1_Forestación”, se lee que está aprobado para efectos del Entregable N° 07, sin embargo, para considerarlo completo, queda pendiente la realización de una audiencia frente a la población, la cual se realizará una vez que se cuente con los diseños y presupuestos *aprobados*. Respecto a esta situación, corresponde realizar dos comentarios: en primer lugar, la audiencia frente a la población ha sido cuestionada por el CONSORCIO, tal como se desarrolla en el numeral 7.88 del presente Laudo, sin ser dicho cuestionamiento expresamente rebatido por la ENTIDAD en algún acto de este procedimiento arbitral; en segundo lugar, se entiende que este contenido tampoco podrá ser subsanado hasta que se revisen y se subsanen otros.
- En el caso del “Anexo 03 Metrados, Costos y Presupuestos”, correspondiente al Apéndice “04_Perfil B1_Forestación”, se lee que está pendiente de levantamiento de observaciones por parte del CONSORCIO.
- En el caso del “Anexo 08 Valoración Económica y Social del Daño Evitado”, correspondiente al Apéndice “04_Perfil B1_Forestación”, se lee que está en revisión por parte del SUPERVISOR.
- En el caso del “Anexo 10 Evaluación Económica”, correspondiente al Apéndice “04_Perfil B1_Forestación”, se lee que ha sido presentado por el CONSORCIO, pero que el SUPERVISOR los revisará cuando apruebe otras observaciones del perfil.
- En el caso del “Perfil C1_G1 y G2+Sechín+Tomeque”, correspondiente al Apéndice “05_Perfil C1_G1 y G2+Sechín+Tomeque”, se lee que se encuentra pendiente de levantamiento de observaciones, pero que depende de la aprobación por parte del SUPERVISOR de otros contenidos.
- En el caso del “Anexo 1 Estudio Topográfico y Batimetría”, correspondiente al Apéndice “05_Perfil C1_G1 y G2+Sechín+Tomeque”, se encuentra aprobado parcialmente, quedando pendiente la subsanación de algunas observaciones.
- En el caso del “Anexo 4 Estudio Social”, correspondiente al Apéndice “05_Perfil C1_G1 y G2+Sechín+Tomeque”, la situación es similar al Estudio Social del anterior Apéndice, por lo que son pertinentes los mismos comentarios.
- En el caso del “Anexo 5 Análisis de Riesgos de Desastres y valoración del riesgo”, correspondiente al Apéndice “05_Perfil C1_G1 y G2+Sechín+Tomeque”, se lee que se encuentra pendiente el levantamiento de observaciones por parte del CONSORCIO.
- En el caso del “Anexo 7 Estudio Arquitectónico Paisajista”, correspondiente al Apéndice “05_Perfil C1_G1 y G2+Sechín+Tomeque”, se lee que se encuentra pendiente el levantamiento de observaciones por parte del CONSORCIO.
- En el caso del “Anexo 8 Metrados, Costos y Presupuestos”, correspondiente al Apéndice “05_Perfil C1_G1 y G2+Sechín+Tomeque”, se lee que ha sido

presentado por el CONSORCIO, pero que el SUPERVISOR lo revisará cuando otros contenidos estén aprobados.

Respecto a ello, este contenido en particular fue objeto de debate en la Audiencia de Informes Orales¹⁰.

El Presidente del Tribunal Arbitral preguntó: “¿quién tiene que revisar los costos?”

El representante de la ENTIDAD respondió: “El Supervisor”.

En base a este intercambio de ideas hemos desarrollado este numeral; en el entendido de que la aprobación es una actividad cuya competencia recae en el SUPERVISOR. Esta situación tampoco ha sido comentada por la ENTIDAD en su escrito de Alegatos Finales.

- En el caso del “Anexo 13 Valoración Económica y Social del daño evitado”, correspondiente al Apéndice “05_Perfil C1_G1 y G2+Sechín+Tomeque”, se lee que ha sido presentado por el CONSORCIO, pero que el SUPERVISOR lo revisará cuando otros contenidos estén aprobados.
- En el caso del “Anexo 14 Estudio de Diseño de Presas, Instrumentación y Equipamiento Electromecánico”, correspondiente al Apéndice “05_Perfil C1_G1 y G2+Sechín+Tomeque”, se lee que una parte del contenido se encuentra pendiente de subsanación por parte del CONSORCIO y otra se encuentra en revisión por parte del SUPERVISOR.
- En el caso del “Anexo 15 Evaluación Económica”, correspondiente al Apéndice “05_Perfil C1_G1 y G2+Sechín+Tomeque”, se lee que ha sido presentado por el CONSORCIO, pero que el SUPERVISOR los revisará cuando apruebe otras observaciones del perfil.

7.102. De la lectura del Informe Técnico N° 002-2021, del 25.FEB.2021, se observa lo siguiente: de un total de treinta (30) contenidos, dieciséis (16) han sido aprobados. También se identificaron contenidos que se presentaron, pero aún no se revisaron debido a la pendiente subsanación y/o aprobación de otros contenidos. Además, contenidos no aprobados totalmente por requerimiento del SUPERVISOR cuestionado por el CONSORCIO (realización de la audiencia pública a la población), no siendo dicho cuestionamiento rebatido por la ENTIDAD. Por último, se detectaron contenidos cuya subsanación todavía no había sido realizada por el CONSORCIO o cuya revisión todavía estaba en proceso por el SUPERVISOR.

7.103. Entonces, **definitivamente no puede establecerse que la demora en la aprobación de los Entregables le es imputable al CONSORCIO. Fue la dinámica de revisión y subsanación, realizada tanto por el CONSORCIO como por el SUPERVISOR, la que determinó la fecha final de levantamiento total de las observaciones.**

7.104. Llegar a una conclusión distinta sería contrario al principio de buena fe. Es preciso recordar lo establecido por el artículo 1362 del Código Civil, que establece que los contratos deben negociarse, concertarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe. Ahora bien, tal como se ha desarrollado en nuestros lineamientos, este principio implica que las partes de una relación contractual actúan según la búsqueda de satisfacción de sus intereses, pero sin perjudicar a su contraparte, y, es más, buscando el beneficio de ésta siempre que no implique un perjuicio propio. En este caso, la aplicación de penalidades no fue conforme al principio de buena

¹⁰ Minutos 70 y 71 de la grabación de la Audiencia.

fe ¿Cómo se puede atribuir retraso injustificado a tu contraparte, si es que en el supuesto periodo de retraso se dieron actividades que se encontraban dentro de tu esfera de acción? ¿Cómo se puede atribuir retraso injustificado a tu contraparte si es que dicho retraso se da como consecuencia de una dinámica de revisión e intercambio de información desarrollada por ambas partes? Repetimos, llegar a otra conclusión sería contrario al principio de buena fe, y podría incentivar conductas no deseadas: se estaría incentivando a las Entidades, y a los Supervisores contratados por éstas, a demorar la conformidad de los servicios de sus contratistas con la finalidad de aplicarles penalidades por mora.

7.105. Por completitud, este Tribunal Arbitral analizará **el segundo argumento de fondo** del CONSORCIO.

7.106. El CONSORCIO señala que, la conducta pasible de sanción descrita por la ENTIDAD, no es un supuesto de retraso, sino de cumplimiento parcial o defectuoso. En este sentido, mediante la Carta Notarial N° 008-2021-MIDAGRI-PSI-UADM, de fecha 9.MAR.2021, la ENTIDAD comunica que los Entregables se encuentran incompletos, no que se presentaron o se subsanaron fuera de plazo.

CARTA NOTARIAL Nro 0008-2021-MIDAGRI-PSI-UADM

Señor
JUAN VICENTE IVORRA OSETE
Representante Común
CONSORCIO RÍO CASMA
Av. Alfredo Benavides N° 1579, Oficina N° 905.
Miraflores.-

Asunto : Apercibimiento de resolver contrato por incumplimiento de obligaciones contractuales.

Referencia : a) Informe Técnico N° 002-2021-CSCRM/JS
b) Contrato N° 016-2019-MINAGRI-PSI –contratación del Servicio de Consultoría en General: "Formulación del Plan Integral de Control de Inundaciones y Movimientos de Masa de la Cuenca del Río Casma— Departamento de Ancash" PEC N° 082-2018-MINAGRI-PSI.

De mi mayor consideración:

Tengo a bien dirigirme a usted, para saludarlo cordialmente y a la vez comunicarle que la Unidad Gerencial de Infraestructura de Riego y Drenaje, informa que el Consorcio Río Casma a quien usted representa viene incumpliendo sus obligaciones contractuales, toda vez que el Supervisor del servicio a través del documento de la referencia a), advierte que la documentación remitida a la fecha de los Entregables N° 07 y N° 08 se encuentra incompleta, no permitiendo realizar una evaluación integral del producto hasta la actualidad, informando además que se ha excedido el tiempo establecido en el numeral 14 de los términos de Referencia, que son hasta 30 días para conseguir la conformidad y/o levantar las observaciones persistentes que pudieran existir respecto a la matriz inicial de observaciones emitidas por la Supervisión.

En consecuencia, su representada como responsable de la calidad del estudio y en cumplimiento de las metas previstas en el Contrato N° 016-2019-MINAGRI-PSI, deberá presentar la versión final y completa del levantamiento de observaciones de los dos últimos entregables pendientes; con la finalidad de no dilatar el tiempo de la formulación del presente plan integral y lograr los resultados esperados en el presente contrato.

En ese sentido, y en virtud a lo establecido en el numeral 63.3 del artículo 63° del Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios aprobado por Decreto Supremo N° 071-2018-PCM, y sus modificatorias, se le requiere por esta vía notarial para que en un plazo de **tres (3) días calendario**, contados a partir del día siguiente de haber sido recepcionado el presente documento, cumpla con subsanar los incumplimientos formulados por la Unidad Gerencial de Infraestructura de Riego y Drenaje, **bajo apercibimiento de resolver el contrato**, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan y adoptar las acciones legales que el Reglamento citado y la normativa de Contrataciones del Estado establece.

7.107. Respecto a esta alegación, la representante de la ENTIDAD, en la Audiencia de Informes Orales¹¹, señaló que *"para nosotros la presentación de un producto*

¹¹ Minuto 49 de la grabación de la Audiencia.

implica tener el producto completo, estamos hablando de un Plan Integral (...) Si existe penalidad por mora porque no había cumplido la finalidad del contrato”.

- 7.108. Cabe recordar los lineamientos doctrinales que establecimos respecto a la penalidad por mora. Esta penalidad solo sanciona el retraso injustificado, no algún otro tipo de situación patológica de la relación contractual. Es tal esa demarcación que tiene la penalidad por mora, que la misma normativa de contratación pública (y, por ello, también el RPCPE) divide en “penalidad por mora” y “otras penalidades”.
- 7.109. En ese sentido, si bien es potestad de la ENTIDAD determinar qué supuesto de penalidad aplicar (y en base a ello hemos desarrollado el presente Laudo), según las alegaciones realizadas en dicha parte de la audiencia y en su carta notarial, no estaríamos ante un supuesto de penalidad por mora, sino posiblemente ante la Otra Penalidad N° 3, la cual establece lo siguiente: “Entregables o informes incompletos en relación a lo solicitado expresamente en los términos de referencia, bases integradas o contrato. Se aplicará la penalidad afectada por cada oportunidad en que se detecte (aplicar en los entregables y levantamiento de observaciones)”.
- 7.110. **Por las razones expuestas del numeral 7.66 al numeral 7.104 del presente Laudo, este Tribunal Arbitral en mayoría declara fundada la primera pretensión principal, toda vez que la ENTIDAD no ha podido acreditar retraso injustificado a cargo del CONSORCIO; por lo que corresponde declarar la ineficacia de la penalidad por mora aplicada por la ENTIDAD ascendente a S/ 809,322.01 y, como consecuencia de ello, se ordena a la ENTIDAD devolver la suma de S/ 385,420.49 incluido IGV, indebidamente descontada de la Valorización N° 7 correspondiente al Entregable 8, más los intereses devengados desde la primera intimación de pago, es decir, la Carta CRC-RC-034-2021, del 11.AGO.2021.**

7.111. C) ANÁLISIS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

7.112. C.1) POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

7.113. La segunda pretensión principal consiste en que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la conformidad de la prestación; o, en su defecto, que determine si corresponde o no ordenar al PSI declarar la conformidad de la prestación.

7.114. El CONSORCIO señala que, conforme a la cláusula décima del Contrato, la conformidad de la prestación del servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 68 del RPCPE.

7.115. Dicho dispositivo normativo establece plazos que las Entidades deben respetar a efectos de proceder con el procedimiento de conformidad de la prestación.

7.116. Ahora bien, ya que los ocho (8) Entregables que constituían el objeto del Contrato han sido objeto de informe favorable del SUPERVISOR y aprobación de la ENTIDAD, correspondía el otorgamiento de la conformidad de la prestación:

Entregable	Carta de Aprobación del PSI
E1	Carta N° 2226-2019-MINAGRI-PSI-DIR del 19 de julio del 2019 ⁸³
E2	Carta N° 2321-2019-MINAGRI-PSI-DIR del 22 de julio del 2019 ⁸⁴
E3	Carta N° 3598-2019-MINAGRI-PSI-DIR del 18 de noviembre del 2019 ⁸⁵
E4	Carta N° 0429-2020-MINAGRI-PSI-DIR del 14 de febrero del 2020 ⁸⁶
E5	Carta N° 0972-2020-MINAGRI-PSI-DIR del 24 de agosto del 2020 ⁸⁷
E6	Carta N° 1255-2020-MINAGRI-PSI-DIR del 23 de octubre del 2020 ⁸⁸
E7	Carta N° 00356-2021-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UGIRD del 11 de mayo del 2021 ⁸⁹
E8	Informe N° 1004-2021-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UGIRD-SUGEP del 25 de junio del 2021 ⁹⁰ .

7.117. Señala que la prestación ha sido ejecutada satisfactoriamente; como muestra de ello se observa que la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, el 27.MAY.2021, suscribió un contrato para la construcción de las obras de acuerdo al Plan Integral de Control de Inundaciones y Movimientos de masa que beneficiarán a la región de Ancash, elaborado y diseñado por el CONSORCIO.

Áncash: ARCC firma contrato para la construcción de la primera etapa de las soluciones integrales de los ríos Casma y Huarmey

27 de mayo de 2021

Las intervenciones requerirán una inversión de más de 759 millones de soles para beneficiar a más de 60 mil ciudadanas y ciudadanos.

La Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (ARCC) suscribió un contrato con Obrascón Huarte Lain S.A. sucursal del Perú, para el diseño y construcción de las defensas ribereñas que forman parte de las soluciones integrales de los ríos Casma y Huarmey que beneficiarán a 60 929 ciudadanos de los distritos Comandante Noel, Casma, Buena Vista, Yaután, Huayán, Huarmey y Coris, en la región Áncash.

La ejecución de estas obras de construcción que se realizarán en el marco del Acuerdo Gobierno a Gobierno, requiere una inversión superior a los 759 millones de soles y tiene como finalidad dar solución y protección integral a sectores vulnerables frente a posibles inundaciones en el río Casma y Huarmey, que resultaron afectados por el Fenómeno de El Niño Costero del 2017.

Según el contrato se contempla la construcción de la primera etapa de dos soluciones integrales en la región Áncash.

Río Casma

La construcción de las defensas ribereñas del Río Casma beneficiará a más de 34 mil habitantes de los distritos Comandante Noel, Casma, Buena Vista Alta y Yaután, en la provincia de Casma.

La inversión de S/ 214 386 356.72 está destinada a la construcción de 151.8 km de defensas ribereñas en el río Casma, que comprende 59 km en el río Sechín, 73 km en el río Grande, y otro tramo de 19.8 km en el río Casma y un malecón turístico de 22 275 metros cuadrados, aproximadamente, en la margen derecha del río Sechín (frente a provincia Casma). Se tiene previsto que la obra concluya en noviembre del 2022.

7.118. Por último, indica el CONSORCIO que la conformidad se refiere a la ejecución de la prestación, si ésta es conforme a lo prometido; sin ser relevante la posible aplicación de penalidades. En términos del CONSORCIO, *“es diferente el qué se está presentado al cuándo se está presentando”*.

7.119. C.2) POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

7.120. La ENTIDAD señala que, al existir un saldo pendiente de retener por la penalidad por mora, no corresponde la emisión de la conformidad del servicio.

7.121. C.3) POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN MAYORÍA SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

7.122. La cláusula décima del Contrato dispone lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMA: CONFORMIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

La conformidad de la prestación del servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 68 del Reglamento. La Conformidad será otorgada por el área usuaria (DIR), sustentada en el Informe de la Supervisión del plan y/o la Unidad Formuladora (Oficina de Estudios y Proyectos) de la Dirección de Infraestructura de Riego.

De existir observaciones, **LA ENTIDAD** debe comunicar las mismas a **EL CONTRATISTA** indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) días, dependiendo de la complejidad. Si pese al plazo otorgado, **EL CONTRATISTA** no cumpliera a cabalidad con la subsanación, **LA ENTIDAD** puede resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar.

7.123. El artículo 68 del RPCPE establece lo siguiente:

“La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección. La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

La conformidad se emite en un plazo máximo de diez (10) días de producida la recepción, salvo en el caso de consultorías, donde la conformidad se emite en un plazo máximo de veinte (20) días.

De existir observaciones, la Entidad debe comunicarlas al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días, dependiendo de la complejidad. Tratándose de consultorías y de contratos bajo modalidad mixta el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) días, dependiendo de la complejidad. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede

resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar. Este procedimiento no resulta aplicable cuando los bienes, servicios en general y/o consultorías manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectúa la recepción o no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas”.

- 7.124. Según los actuados del presente expediente arbitral, no hay evidencia de que la ENTIDAD haya iniciado con el procedimiento descrito en la cláusula décima del Contrato.
- 7.125. Lo cierto es que, como señala el CONSORCIO, la ENTIDAD y el SUPERVISOR han brindado la conformidad técnica de los ocho (8) Entregables en los que consistía el servicio objeto de contratación.
- 7.126. Para rebatir los argumentos que sustentan esta segunda pretensión, la ENTIDAD, tal como se lee en los numerales 44 y 45 de su escrito de contestación, apela a la existencia del saldo pendiente por cobrar de la penalidad por mora.

B.3. CUESTIONAMIENTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

“Segunda Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral declare la conformidad de la prestación. En su defecto, que le ordene al PSI declarar la conformidad de la prestación”.

44. Sobre este particular, debemos reiterar todo lo desarrollado en los considerandos previos, puesto que a la fecha el CONSORCIO mantiene un saldo de S/ 423,901.52 soles pendiente de retener por la penalidad por mora aplicada y sobre lo cual tienen conocimiento habiendo sido notificados con la Carta N° 00903-2021-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UGIRD.
45. De otro lado, aunque el laudo dictado en el Expediente N° 3006-378-20 reconoce un plazo a favor del CONSORCIO, se demuestra también que le corresponde la aplicación de una penalidad por cuarenta y nueve (49) días calendario, por lo que no resulta procedente dar la conformidad del servicio del Contrato N°016-2019-MINAGRI-PSI, debiéndose también desestimar la segunda pretensión principal del Demandante.

- 7.127. Este Tribunal Arbitral desestima el argumento realizado por la ENTIDAD por dos razones:
- En primer lugar, tal como se ha desarrollado en el literal B.3) del presente Laudo, en el análisis de esta controversia no se ha podido acreditar la existencia de retraso injustificado por parte del CONSORCIO; ante ello, se ha declarado la ineficacia de la penalidad por mora aplicada por la ENTIDAD. En consecuencia, el obstáculo que impedía a la ENTIDAD iniciar con el procedimiento para otorgar la conformidad del servicio, ha desaparecido.
 - En segundo lugar, se desprende claramente de los argumentos de la ENTIDAD, que los días de retraso injustificado que alegaba eran cuarenta y nueve (49); sin embargo, la ENTIDAD señala en sus escritos que no puede

otorgar la conformidad del servicio al existir un saldo pendiente por cobrar.

- Esto es inexacto.
De la lectura del Memorando N° 365-2021-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UADM-LOG, se observa el cálculo empleado por la ENTIDAD en la aplicación de la penalidad por mora:

MEMORANDO N° 365 -2021-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UADM-LOG	
Para	: VICTOR ANTONIO TORRES TORRES Contador (e) Unidad de Administration
Asunto	: Aplicación de penalidad al CONSORCIO RÍO CASMA pago Valorización 07

En consecuencia, el Contratista incurrió en incumplimiento causal de aplicación por concepto de penalidad por mora por un total de 170 días, por lo que, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula Décimo Tercera del contrato N° 16-2019-MINAGRI-PSI, se tiene el siguiente calculo:

Calculo de Penalidad por Mora			
Penalidad diaria	$\frac{0.10 * 8,093,220.06}{0.25 * 471}$	=	6,873.2229808917
Penalidad diaria	6,873.222981		
Total dias de mora	170		
Tota de penalidad por mora	S/. 1,168,447.91		

M= monto del contrato vigente (Aprobacion de Adicional y Reduccion Mediante RA 021-2020-MINAGRI-PSI-OAF)

Del presente cálculo se ha determinado por concepto de penalidad por mora el importe de **S/ 1,168,447.91 (Un Millón Ciento Sesenta y Ocho Mil Cuatrocientos Cuarenta y Siete con 91/100 soles)**. Sin embargo solo corresponde aplicar el 10% (Diez por ciento) del monto del contrato vigente equivalente al monto de **S/ 809,322.01 (Ochocientos Nueve Mil Trescientos Veintidós con 01/100 soles)**, el cual deberá de ser descontado en el presente expediente de pago y el saldo restante de ser el caso de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

La ENTIDAD ya había retenido S/ 385,420.49, y si multiplicamos los cuarenta y nueve (49) días de retraso injustificado que alegaba (lo cual ya fue desestimado por este Tribunal Arbitral) con el monto de la penalidad diaria establecido en su propio cálculo (S/ 6,873.222981) obtenemos S/ 336,787.93. En consecuencia, incluso si los argumentos realizados por la ENTIDAD respecto a la aplicación de la penalidad hubiesen sido estimados, su argumento para contradecir la fundabilidad de la segunda pretensión (la existencia de un saldo pendiente) resultaba inexacto¹². En consecuencia, nada impide que la ENTIDAD otorgue la respectiva conformidad.

- 7.128. **Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral en mayoría declara fundada la segunda pretensión principal del CONSORCIO, y, en consecuencia, corresponde que este Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD declarar la conformidad de la prestación del servicio.**

¹² Situación que será tomada en consideración para analizar su conducta procesal.

7.129. D) ANÁLISIS DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

7.130. D.1) POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE SOBRE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

7.131. La tercera pretensión principal consiste en que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD la devolución inmediata de las garantías de fiel cumplimiento del Contrato que se encuentren vigentes.

7.132. El CONSORCIO señala que conforme al artículo 60 del RPCPE, para el caso de las consultorías en general, las garantías deben mantenerse vigentes hasta la conformidad de la prestación. En ese sentido, la devolución de la garantía de fiel cumplimiento tiene como condición legal la conformidad; las penalidades no están protegidas o cubiertas por la garantía de fiel cumplimiento.

7.133. Afirma que se ha acreditado que el CONSORCIO ha obtenido la conformidad de los ocho (8) Entregables y que no existe deuda pendiente por cobrar por el concepto de la aplicación de penalidad por mora.

7.134. En consecuencia, corresponde que el Tribunal Arbitral ordene la devolución inmediata de las garantías de fiel cumplimiento del Contrato.

7.135. D.2) POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA SOBRE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

7.136. Por su parte, la ENTIDAD afirma que la garantía de fiel cumplimiento respalda la correcta ejecución de la prestación por parte del CONSORCIO, por lo que, al existir un monto pendiente de devolución a la ENTIDAD, debe desestimarse esta pretensión.

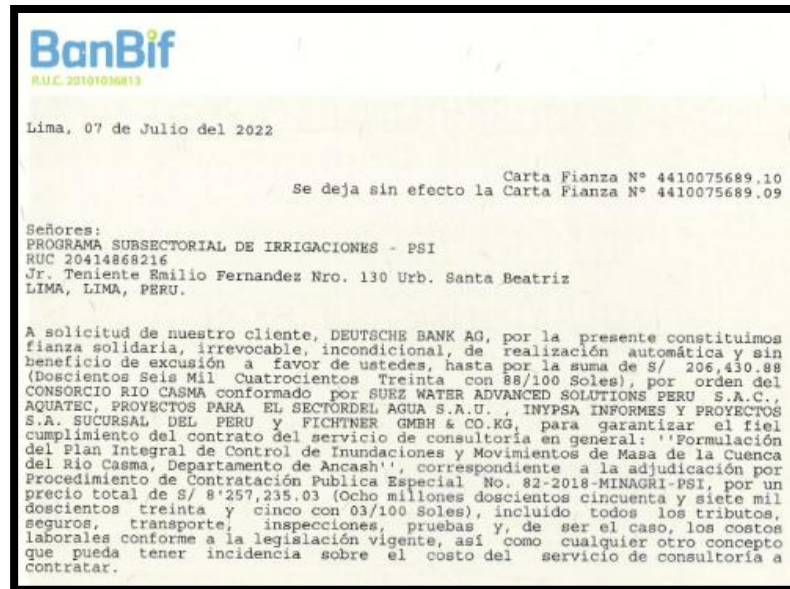
7.137. D.3) POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN MAYORÍA SOBRE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

7.138. Las garantías de fiel cumplimiento brindadas por el CONSORCIO fueron las siguientes:

- Carta Fianza N° 0011-0708-9800122976-58 emitida por el BBVA, por el monto de S/ 206,430.88.



- Carta Fianza N° 4410075689.10 emitida por el BANBIF, por el monto de S/ 206,430.88.



7.139. El artículo 60 del RPCPE establece lo siguiente:

“60.1 Las bases establecen el tipo de garantía que debe otorgar el postor y/o contratista, pudiendo ser carta fianza y/o póliza de caución.
60.2 Como requisito indispensable para perfeccionar el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original. Esta debe mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

En caso se haya practicado la liquidación final y se determine un saldo a favor del contratista y este someta a controversia la cuantía de ese saldo a favor, la Entidad debe devolverle la garantía de fiel cumplimiento (...)” (el resaltado es nuestro).

7.140. El CONSORCIO señala que la garantía de fiel cumplimiento está vinculada a la ejecución satisfactoria de la prestación; no protegiendo otras vicisitudes como la aplicación de penalidades.

7.141. Este Tribunal Arbitral no comparte dicha conclusión. El artículo 62 del RPCPE señala claramente que este tipo de garantía si protege ante el supuesto de aplicación de penalidades:

“62.1 El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

La Entidad debe prever en las bases la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos tipos de

penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento. (...)” (el resaltado es nuestro).

- 7.142. Sin embargo, como ya ha sido ampliamente desarrollado en este Laudo, en este caso no existe penalidad por mora, al ser desvirtuado el argumento de la ENTIDAD de que se produjo retraso injustificado por parte del CONSORCIO; y, es más, incluso bajo la teoría del caso presentada por la ENTIDAD, realmente no existía saldo pendiente por cobrar (tal como ha sido desarrollado en el numeral 7.127 del presente Laudo).
- 7.143. Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral en mayoría declara fundada la tercera pretensión principal del CONSORCIO, y, en consecuencia, corresponde se ordene a la ENTIDAD la devolución inmediata de las garantías de fiel cumplimiento del Contrato que se encuentren vigentes.

7.144. E) ANÁLISIS DE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

7.145. E.1) POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE SOBRE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

7.146. La cuarta pretensión principal consiste en que el Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD pagar el íntegro de los costos de este arbitraje, incluyendo, pero no limitando los honorarios de los árbitros, gastos administrativos del Centro y honorarios de abogados, peritos, entre otros.

7.147. El CONSORCIO fundamente su pretensión en que conforme al artículo 73 de la Ley de Arbitraje, a falta de acuerdo de las partes, los costos serán a cargo de la parte vencida. Señala que la controversia que derivó en este arbitraje fue ocasionada por el comportamiento negligente de la ENTIDAD y del SUPERVISOR.

7.148. En consecuencia, corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD el pago íntegro de los costos arbitrales.

7.149. E.2) POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA SOBRE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

7.150. Advierte la ENTIDAD que ha cumplido con todas sus obligaciones contractuales, conforme a la normativa aplicable.

7.151. Debe tomarse en consideración los incumplimientos y constantes retrasos injustificados del CONSORCIO, por lo que corresponde que éste asuma el pago de los costos arbitrales.

7.152. E.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN MAYORÍA SOBRE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

7.153. El artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, establece lo siguiente:

“1. El tribunal arbitral 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 tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. Cuando el tribunal arbitral ordene la terminación de las actuaciones arbitrales por transacción, desistimiento, declaración de incompetencia o por cualquier otra razón, fijará los costos del arbitraje en su decisión o laudo.

3. El tribunal arbitral decidirá también los honorarios definitivos del árbitro que haya sido sustituido en el cargo, de acuerdo al estado de las actuaciones arbitrales, en decisión definitiva e inimpugnable” (el resaltado es nuestro).

7.154. Este Tribunal Arbitral no observa que, en el Contrato celebrado entre las partes de esta controversia, se haya previsto la asunción de los costos arbitrales en caso

de controversia.

7.155. Ante ello, según se lee del citado artículo 73, correspondería que la parte vencida, es decir, la ENTIDAD, asuma los costos arbitrales.

7.156. Debemos, sin embargo, fundamentar por qué se dispone el prorrateo de los costos. En principio, este Tribunal Arbitral sí estima pertinente asignar la mayoría de los costos de este arbitraje a la ENTIDAD. Así, observamos diversas situaciones cuestionables en lo referido a la conducta procesal de la ENTIDAD:

- Tal como se indicó en el numeral 7.64 del presente Laudo, si bien la absoluta falta de comunicación de la ENTIDAD respecto a las razones y a la forma de cálculo en la aplicación realizada de la penalidad por mora, no tiene incidencia en la eficacia de dicha aplicación, sí es pertinente a efectos de analizar su comportamiento. En este sentido, la ENTIDAD no ha podido acreditar que haya comunicado el Memorando N° 365-2021 al CONSORCIO sino hasta la contestación de la demanda¹³. Es decir, el CONSORCIO inició este procedimiento arbitral sin acceso a esa importante información. Debemos reiterar que el principio de buena fe obliga a las partes contratantes a no perjudicar el interés de la contraparte, incluso buscar la satisfacción del mismo; en este caso, no implicaba mucho sacrificio para la ENTIDAD comunicar las razones y la forma de cálculo de la penalidad aplicada.
- Tal como se indicó en el numeral 7.127 del presente Laudo, se desprende claramente de los argumentos de la ENTIDAD, que los días de retraso injustificado que alegaba eran cuarenta y nueve (49), sin embargo, la ENTIDAD ha continuado alegando durante todo el procedimiento arbitral que existe un saldo pendiente por cobrar al CONSORCIO. La ENTIDAD ya había retenido S/ 385,420.49, y si multiplicamos los cuarenta y nueve (49) días de retraso injustificado que alegaba (lo cual ya fue desestimado por este Tribunal Arbitral) con el monto de la penalidad diaria establecido en su propio cálculo (S/ 6,873.222981) obtenemos S/ 336,787.93. En consecuencia, incluso si los argumentos realizados por la ENTIDAD respecto a la aplicación de la penalidad hubiesen sido estimados, su afirmación de que existía un saldo pendiente por cobrar, que empleó para contradecir los fundamentos de la segunda y la tercera pretensión principal, era inexacta.

7.157. Ahora bien, se entiende que el CONSORCIO pretende que la ENTIDAD también asuma los costos de su defensa legal. Respecto a ello, es fundamental tener en cuenta que no todos los argumentos presentados por el CONSORCIO fueron estimados por este Tribunal Arbitral para resolver el principal hecho controvertido de este procedimiento arbitral. La diversidad y, en algunos casos, la falta de éxito de los argumentos presentados por la parte ganadora, indican la complejidad de los asuntos en disputa. En consecuencia, en este caso, asignar los costos de la defensa legal de la parte ganadora a la parte vencida no sería congruente con un criterio de equidad.

7.158. **Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral en mayoría declara fundada en parte la cuarta pretensión principal del CONSORCIO, y, en consecuencia, corresponde se ordene a la ENTIDAD pagar los costos de este arbitraje, los que consistirán en los honorarios del Tribunal Arbitral y la Tasa Administrativa del Centro de Arbitraje,** según el siguiente detalle:

¹³ En la Audiencia de Informes Orales, minuto 72 de la grabación, la representante de la ENTIDAD se comprometió a pronunciarse sobre este punto en su escrito de alegatos finales. No lo hicieron.

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/ 57,142.00, más Impuestos de Ley
Gastos Administrativos del Centro	S/ 17,232.00 más IGV.

8. DECISIÓN ARBITRAL

Se han considerado para efectos de laudare todos y cada uno de los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado todas y cada una de las pruebas efectivamente presentadas por éstas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, y el sentido de la decisión final es el resultado de dicho análisis y de la firme convicción de este Tribunal Arbitral en mayoría sobre los alcances de la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas y algunos de los argumentos invocados por las partes no hayan sido expresamente mencionados o citados en el presente laudo.

Por los fundamentos enunciados en la parte considerativa del presente Laudo, respecto a la materia sometida a su conocimiento, este Tribunal Arbitral en mayoría resuelve de manera final, definitiva e inapelable,

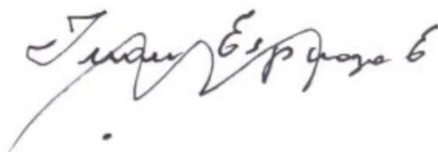
DECLARANDO:

PRIMERO: FUNDADA la primera pretensión principal formulada por el CONSORCIO, por lo que, se declara la ineficacia de la penalidad por mora aplicada por la ENTIDAD ascendente a S/ 809,322.01; en consecuencia, se ordena a la ENTIDAD devolver la suma de S/ 385,420.49 incluido IGV, indebidamente descontada de la Valorización N° 7 correspondiente al Entregable 8, más los intereses devengados desde la primera intimación de pago, es decir, la Carta CRC-RC-034-2021, del 11.AGO.2021 hasta la fecha efectiva de pago.

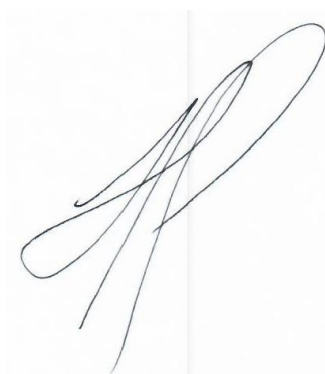
SEGUNDO: FUNDADA la segunda pretensión principal formulada por el CONSORCIO, por lo que, se ordena a la ENTIDAD declarar la conformidad de la prestación del servicio.

TERCERO: FUNDADA la tercera pretensión principal formulada por el CONSORCIO, por lo que, se ordena a la ENTIDAD la devolución inmediata de las garantías de fiel cumplimiento del Contrato que se encuentren vigentes.

CUARTO: FUNDADA EN PARTE la cuarta pretensión principal formulada por el CONSORCIO, por lo que, se ordena que la ENTIDAD asuma los costos arbitrales, los que consistirán en los honorarios del Tribunal Arbitral por S/ 57,142.00, más Impuestos de Ley y la Tasa Administrativa del Centro de Arbitraje por S/ 17,232.00 más IGV.



Juan Espinoza Espinoza
(Presidente)



Henry Huanco Piscoche
Árbitro

ARBITRAJE

seguido entre:

DEMANDANTE: CONSORCIO RÍO CASMA

DEMANDADO: PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES

VOTO EN DISCORDIA DEL ÁRBITRO

DR. JULIO CÉSAR GUZMÁN GALINDO

Lima, 30 de noviembre de 2023

Lima, 30 de noviembre de 2023

El árbitro Dr. Julio César Guzmán Galindo, que conforma el Tribunal arbitral con el Dr. Juan Alejandro Espinoza Espinoza (Presidente) y el Dr. Henry Huanco Piscoche (Árbitro de parte), con la mayor consideración y respeto por los considerandos emitidos en el Laudo en mayoría, emite su VOTO EN DISCORDIA.

En ese sentido, expresa su discrepancia con los considerandos y la parte resolutive del laudo. En lo que respecta a la parte expositiva del laudo y reseña de actuaciones procesales, manifiesta su conformidad.

Conforme a ello, procede a exponer los fundamentos del voto en discordia.

Considerandos:

Pronunciamiento sobre la PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:

Que, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la ineficacia de la penalidad impuesta por el PSI ascendente al monto de S/ 809,322.01.

1. Con relación a esta pretensión el CONSORCIO RÍO CASMA, en adelante el CONSORCIO, alega razones de procedimiento y razones de fondo.
2. Respecto a las razones de procedimiento, el CONSORCIO alega que el PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES, en adelante la ENTIDAD, no cumplió con el procedimiento previsto en el literal c) de la “Nota para todos los Entregables”, página 71 de las Bases: si el Supervisor no aprueba determinado Entregable, deberá recomendar a la ENTIDAD que proceda a aplicar penalidades al CONSORCIO. Por su parte, según el literal d), la ENTIDAD debe instruir al Supervisor para que ordene al CONSORCIO subsanar las observaciones, así como aplicar las penalidades correspondientes.
3. Asimismo, el CONSORCIO señala que la ENTIDAD no informó adecuadamente acerca de las razones y la forma de cálculo de la penalidad.

En efecto, el CONSORCIO refiere que con fecha 4 de octubre de 2021, mediante Informe N° 1719-2021-MIDAGRIDVDAFIR/PSI-UGIRD-SUGEP, la ENTIDAD le respondió que la razón del no pago de la Factura se debía a la retención de un monto ascendente a S/ 385,420.49 por concepto de una penalidad por mora, y que todavía existía un saldo pendiente de cobro por S/ 423,901.52.

4. Con relación a este punto, la ENTIDAD alegó que, conforme a la cláusula décimo tercera del Contrato sub materia, la penalidad por mora se aplica automáticamente. En ese sentido, la ENTIDAD cumplió con aplicar la penalidad por mora en forma automática.
5. La ENTIDAD alegó que el CONSORCIO tomó conocimiento de la penalidad aplicada por medio de la Carta N° 00903-2021-MIDAGRIDVDAFIR/PSIUGIRD, del 4 de octubre de 2021; también se le mencionó al CONSORCIO el saldo pendiente de abonar, que asciende a S/ 423,901.52 soles.
6. Con relación a este extremo se debe considerar que el artículo 62 del Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios (en adelante, RPCPE), aplicable al caso, establece:

62.2 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 (...)

Subrayado nuestro

7. Conforme a la referida normativa, se debe considerar que, en el caso de la aplicación de la penalidad por mora automática, no se requiere que se notifique previamente al contratista. Para la aplicación de la penalidad y que esta surta efecto legal, es suficiente que la ENTIDAD determine el retraso injustificado y la aplique, deduciendo el monto determinado. En este caso, como precisa la normativa su aplicación es automática. En ese sentido, la alegación del CONSORCIO no tiene fundamento, y en este extremo la pretensión debe declararse INFUNDADA.

8. Con relación a la cuestión de fondo, a efecto que se declare la ineficacia de la penalidad impuesta por la ENTIDAD, el CONSORCIO alegó que, sí cumplió con los plazos según el procedimiento de presentación de entregables.
9. El CONSORCIO refirió que existe un laudo (proceso arbitral anterior seguido entre las partes) que reconoció y extendió el plazo del contrato hasta el 25 de enero del 2021. En ese contexto, precisa el CONSORCIO que, cualquier evento que encaje dentro de dicho lapso no puede ser calificado como mora.
10. El CONSORCIO alegó que sus fechas de presentación fueron el día 25 de septiembre del 2019, para el entregable 7 y el día 31 de agosto del 2020, para el entregable 8, lo que implica, según el CONSORCIO, que cumplió las prestaciones dentro del plazo del contrato.
11. EL CONSORCIO alegó que las demoras entre enero y junio del 2021, no le son imputables, pues tal como se ha señalado en los fundamentos de hecho de su demanda, de su parte comunicó en cada oportunidad las razones por las que no se podían levantar las observaciones realizadas por la Supervisión.
12. El CONSORCIO refiere que la demoras en la ejecución contractual fueron ocasionadas por las deficiencias en la organización entre la ENTIDAD y el Supervisor. Según el CONSORCIO, esas deficiencias generaron que los entregables, que fueron presentado dentro del plazo, fuesen aprobados muy tardíamente.
13. Con relación a esta pretensión la ENTIDAD refirió que, con fecha 4 de octubre de 2021, mediante Informe N° 1719-2021-MIDAGRIDVDAFIR/PSI-UGIRD-SUGEP, le respondió al CONSORCIO que, la razón del no pago de su factura se debía a la retención de un monto ascendente a S/ 385,420.49 por concepto de una penalidad por mora, y que todavía existía un saldo pendiente de cobro por S/ 423,901.52.
14. La ENTIDAD refiere que el incumplimiento es totalmente imputable al CONSORCIO, y que se evidencia en la Carta Notarial N° 0008-2021-MIDAGRI-PSI-UADM, de fecha 09 de marzo de 2021. Con la referida comunicación, la ENTIDAD indica le requirió al CONSORCIO cumplir con sus obligaciones contractuales bajo apercibimiento de resolver el contrato.
15. En su contestación a la demanda, la ENTIDAD precisó que según Memorado N° 365-2021-MIDAGRIDVDAFIR/PSI-UADM-LOG que adjunto como Anexo

B-8, el CONSORCIO incurrió en un retraso injustificado de 170 días calendario.

16. La ENTIDAD hizo referencia en su contestación al laudo dictado en el Expediente N° 3006-378-20, el cual extiende la fecha contractual hasta el 25 de enero de 2021. Conforme a ello, indicó que, si se considera que el plazo venció el 25 enero de 2021, el nuevo retraso injustificado sería desde el 26 de enero de 2021 hasta el 13 de marzo de 2021, por incumplimiento en la absolución de observaciones del entregable N°08; haciendo una cantidad de 49 días calendarios que será considerada para el cálculo de la penalidad por mora.
17. En su escrito de alegatos, la ENTIDAD manifestó, en resumen, reiteramos que el Programa Subsectorial de Irrigaciones ha cumplido con el debido procedimiento para la debida aplicación de penalidades, al haber existido un retraso injustificado imputable al CONSORCIO RIO CASMA, correspondiendo, en atención a lo resuelto en el laudo arbitral del Expediente N° 3006-378-20, la aplicación de penalidad por un retraso injustificado de cuarenta y nueve (49) días calendario.
18. De acuerdo a lo expuesto por las partes, en el curso del proceso, se tiene que ambas están de acuerdo en que el laudo dictado en el Expediente N° 3006-378-20, extendió el plazo del contrato hasta el 25 de enero de 2021.
19. Con relación a la alegación de CONSORCIO en el sentido que manifiesta que sí cumplió con los plazos del contrato para la presentación de entregables, se debe considerar lo previsto en las normas del contrato entre las partes. De acuerdo a ello, se tiene que el literal c) del numeral 14.8 de los Términos de Referencia de las Bases Integrada del contrato (pag.71), establece:

“NOTA PARA TODOS LOS ENTREGABLES:

(...)

“c) En caso de que la Supervisión formule observaciones a los entregables, el Consultor contará con un plazo de diez (10) días calendario para levantarlas, contados a partir del día calendario siguiente de haber recibido el Pliego de Observaciones, por cualquier medio, impreso o electrónico. La Supervisión dispone de diez (10) días calendario para verificar el correcto y satisfactorio levantamiento de las observaciones y su incorporación en el

documento original. En caso de persistir observaciones sin levantar, a entera satisfacción de la Supervisión, ésta recomendará a la Entidad se proceda a aplicar penalidad al Consultor”.

20. De acuerdo a la referida regla, se debe verificar en este caso, que el CONSORCIO haya cumplido con subsanar o levantar las observaciones dentro del plazo de diez (10) días calendario, una vez que recibió el respectivo pliego de observaciones por parte del Supervisor.
21. De las alegaciones y pruebas adjuntadas, se verifica que el CONSORCIO no especifica de qué modo y en qué plazos cumplió con levantar cada uno de los pliegos de observaciones luego de haber presentado los entregables 7 y 8. El CONSORCIO debió especificar las fechas exactas en las que recibió las observaciones y en las que absolvió o levantó el pliego respectivo. De lo actuado no se evidencia explicación, ni prueba alguna al respecto.
22. El CONSORCIO se limitó a exponer de forma genérica que las demoras en la revisión y aprobación de los entregables 7 y 8 se deben a las “deficiencias de organización entre la ENTIDAD y el Supervisor” (punto 124 de su demanda y punto 4.1.4 y “*La dinámica en la revisión de los E7 y E8*”). En este extremo se verifica que el CONSORCIO no precisó ni acreditó con prueba alguna las referidas “deficiencias”.
23. En tal sentido, se debe determinar que el CONSORCIO no probó en qué fecha recibió los pliegos de observaciones y en qué fecha presentó el levantamiento de las observaciones. En el presente caso, el CONSORCIO no acreditó en el proceso tales situaciones, por lo que no se puede determinar exactamente que esta parte en su calidad de contratista cumplió con las prestaciones del contrato (levantamiento de observaciones) en los plazos debidos.
24. Por el lado de la ENTIDAD, se verifica que el INFORME N° 241- 2021- MIDAGRI-DVDAFIR-PSI-UGIRD-SUGEP/COORD.PI/AISA, de fecha 20 de julio de 2021, realiza un análisis detallado de los incumplimientos incurridos por el CONSORCIO. Se debe resaltar los incumplimientos verificados luego del plazo contractual extendido- 25 de enero de 2021- (Vid. ítems 08 a 13.). El citado informe hace referencia al estado de los entregables 7 y 8.
25. De acuerdo al referido informe se detalla también que la ENTIDAD por Carta Notarial N°0008-2021-MIDAGRI-PSI-UADM, de fecha 09 de marzo de 2021, requirió al CONSORCIO cumplir con sus obligaciones bajo apercibimiento de

resolución de contrato. En este punto se verifica que el CONSORCIO Carta CRC-RC-015-2021 del 23 de marzo del 2021 (Anexo A-5.4. de su demanda) de modo genérico alegó que son injustas las “innecesarias observaciones” advertidas por la ENTIDAD y respondió que la “documentación se encontraba completa”; y que la ENTIDAD se encontraba en estado de incumplimiento.

26. Se debe considerar también que en el INFORME TECNICO N° 002-2021-CSCRM/JS de fecha 25 de febrero 1 (fecha posterior a la extensión del plazo contractual por laudo), el Supervisor informó al CONSORCIO que el levantamiento de observaciones no tienen “calidad técnica” acorde a los términos del contrato y los contenidos mínimos exigidos en los Términos de Referencia.
27. En el referido informe el Supervisor precisa que recurrentemente ha estado remitiendo cartas al CONSORCIO con copia a la ENTIDAD instándole a levantar las observaciones con la calidad requerida y en el menor plazo posible dados los plazos ampliamente extendidos. Conforme a ello, el Supervisor recomendó que el CONSORCIO desarrolle el levantamiento de observaciones con la calidad técnica que corresponde a un estudio de esta naturaleza.
28. De lo actuado se colige entonces que, el CONSORCIO venía incumpliendo con levantar las observaciones a cabalidad, que esta parte no especificó en su demanda, ni en el curso probatorio del proceso, en forma detallada y cronológica las fechas en que recibió los pliegos de observaciones, las fechas en que cumplió con levantar o absolver los mismos, y que el levantamiento de observaciones se realizó en forma técnica y de acuerdo a las exigencias de calidad que prevén los términos del contrato.
29. Por otro lado, se verifica que existen evidencias en los informes técnicos de la ENTIDAD, antes reseñados y del Supervisor, respecto a los incumplimientos del CONSORCIO en levantar las observaciones de los entregables 7 y 8.
30. En ese sentido, dado que el CONSORCIO no acreditó fehacientemente y con claridad que cumplió a cabalidad con levantar las observaciones de los entregables 7 y 8, en los plazos contractuales, se debe desestimar la demanda y declararla infundada en este extremo.

¹ Adjunto a la Carta Notarial N°0008-2021-MIDAGRI-PSI-UADM remitido al CONSORCIO

31. Sin perjuicio de los considerandos anteriores, y dado que las partes han coincidido en el hecho que conforme al laudo dictado en el Expediente N° 3006-378-20, se extendió el plazo del contrato hasta el 25 de enero de 2021, se colige que la liquidación de penalidades por el monto de S/ 809,322.01 (determinado en el MEMORANDO N° 365 -2021-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UADM-LOG, de fecha 20 de julio de 2021) no tendría fundamento, pues estaría contabilizando plazos anteriores al referido plazo.
32. Lo anterior se corrobora también en lo precisado por la ENTIDAD en sus alegatos, en el sentido que manifestó “en resumen” que corresponde en atención a lo resuelto en el laudo arbitral del Expediente N° 3006-378-20, la aplicación de penalidad por un retraso injustificado de cuarenta y nueve (49) días calendario. En ese sentido, corresponde declarar fundada la demanda en parte y no aplicable el cálculo de penalidad por el monto de S/ 809,322.01, que corresponde a ciento setenta (170) días calendario y dejar a salvo el derecho de la ENTIDAD a efecto que emita nuevo informe con el sustento de penalidades y su cálculo conforme al referido plazo de (49) días calendario y el literal c) del numeral 14.8 de los Términos de Referencia de las Bases Integradas del contrato.

Pronunciamiento sobre la SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:

Que, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar al PSI pagar a favor del CONSORCIO la suma ascendente a S/ 385,420.49 incluido IGV, descontados de la valorización N° 7 correspondiente al Entregable 8, más los intereses devengados y que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

33. Conforme a los considerandos anteriores, y habiéndose declarado fundada en parte la pretensión principal y dispuesto que la ENTIDAD elabore nuevo informe de aplicación de penalidades, corresponde desestimar en parte esta pretensión accesoria. En concordancia con los considerandos anteriores se deja a salvo el derecho de la ENTIDAD a efecto que emita nuevo informe con el sustento de penalidades y su cálculo conforme al referido plazo y el literal c) del numeral 14.8 de los Términos de Referencia de las Bases Integradas del contrato. En consecuencia, corresponde declarar improcedente esta pretensión.

Pronunciamiento con relación a la TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:

Que, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la conformidad de la prestación; o, en su defecto, que determine si corresponde o no ordenar al PSI declarar la conformidad de la prestación.

34. Conforme a los considerandos anteriores, y habiéndose declarado fundada en parte la pretensión principal, y habiéndose dejado a salvo el derecho de la ENTIDAD de emitir nuevo informe de aplicación de penalidades, no resulta procedente dar la conformidad del servicio del Contrato N°016- 2019-MINAGRI-PSI, debiéndose también desestimar la segunda pretensión principal del Demandante.
35. Se debe considerar también que el CONSORCIO no acreditó en el proceso que, en forma previa al arbitraje haya requerido formalmente a la ENTIDAD le otorgue la conformidad de la prestación y esta haya negado o no emitido pronunciamiento para dar lugar a la pretensión.
36. El CONSORCIO no acreditó igualmente que conforme a la cláusula décima del contrato sub materia, que regula el otorgamiento de la conformidad del servicio, haya tramitado o requerido la conformidad al área usuaria.
37. El CONSORCIO no acreditó de igual forma que en forma previa a este proceso haya requerido al Supervisor y/o a la Unidad Formuladora (Oficina de Estudios y Proyectos) de la Dirección de Infraestructura de Riego, el respectivo Informe que sustente el otorgamiento de la conformidad.
38. Se debe considerar que la conformidad a ser emitida por la ENTIDAD, conforme al artículo 68 del Reglamento RPCPE, requiere del previo informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. La existencia del referido trámite o de su requerimiento formal por parte del CONSORCIO, no está acreditado con la demanda, ni el curso del proceso.

En consecuencia, corresponde declarar improcedente esta pretensión.

**Pronunciamiento con relación a la CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA
REFERIDA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:**

Que, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar al PSI la devolución inmediata de las garantías de fiel cumplimiento del Contrato que se encuentren vigentes

39. Que, conforme a lo resuelto en los considerandos precedentes y considerando que la garantía de fiel cumplimiento cobertura cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del CONSORCIO, no corresponde estimar esta pretensión.
40. Se debe considerar que, la garantía de fiel cumplimiento debe mantenerse hasta la conformidad de la recepción de la prestación, tratándose de un contrato de consultoría en general.

En consecuencia, debe desestimarse los extremos de esta pretensión y declararla improcedente.

**Pronunciamiento con relación a la QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA
REFERIDA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:**

Que, el Tribunal Arbitral determine a cuál de las partes le corresponde asumir los costos de este arbitraje, incluyendo, pero no limitando los honorarios de los árbitros, gastos administrativos del Centro y honorarios de abogados, peritos, entre otros.

41. Sobre este punto, cabe indicar que el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, establece que:

“El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden: a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral; b) Los honorarios y gastos del secretario; c) Los gastos administrativos de la institución arbitral; d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales”.

42. Así, es necesario recordar que el numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciarán en el Laudo Arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70°.
43. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° de la citada ley señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, la referida disposición legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
44. Es el caso que, en el convenio arbitral contenido en el contrato sub materia, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde que esta instancia arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
45. Considerando ello y siendo evidente en el presente caso, que ambas partes han tenido razones suficientes para someter las controversias al arbitraje, corresponde que se disponga que ambas asuman los costos del presente arbitraje, cada una el 50%. De igual forma, cada una asuma el costo de su defensa.
- Conforme a las consideraciones expuestas en forma precedente:

VOTO:

Por los fundamentos expuestos, el Árbitro Dr. Julio César Guzmán Galindo expide su **VOTO EN DISCORDIA**, en consecuencia, declara:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA en parte la PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA, en el sentido que** corresponde declarar la ineficacia de la penalidad impuesta por el PSI por el monto de S/ 809,322.01 que corresponde a ciento setenta (170) días calendario y se **DISPONE** dejar a salvo el derecho de la ENTIDAD a efecto que emita nuevo informe con el sustento de penalidades y su cálculo conforme al plazo de cuarenta i nueva (49) días calendario; conforme al plazo del contrato determinado hasta el 25 de enero de 2021, y el literal c) del numeral 14.8 de los Términos de Referencia de las Bases Integradas del contrato.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la **SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**, en el sentido que **no corresponde** ordenar al PSI pagar a favor del CONSORCIO la suma ascendente a S/ 385,420.49 incluido IGV, descontados de la valorización N° 7 correspondiente al Entregable 8, más los intereses devengados y que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

TERCERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la **TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**, en el sentido que **no procede** declarar la conformidad de la prestación; o, en su defecto, no procede ordenar al PSI declarar la conformidad de la prestación.

CUARTO: Declarar **IMPROCEDENTE** la **CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**, en el sentido que no procede ordenar al PSI la devolución inmediata de las garantías de fiel cumplimiento del Contrato que se encuentren vigentes.

QUINTO: A la **QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**, se **DISPONE** que ambas partes asuman los costos del presente arbitraje, cada una el 50%. De igual forma, cada una asuma el costo de su defensa.

Firmado:


Julio César Guzmán Galindo
Árbitro