

EXP. N° 3901-194-22 | PUCP

ELMER PASCUAL CONTRATISTAS S.A.C vs. MINISTERIO DE LA CULTURA

### LAUDO ARBITRAL

**DEMANDANTE:** ELMER PASCUAL CONTRATISTA S.A.C (en adelante, el demandante o “ELMER PASCUAL”)

**DEMANDADO:** MINISTERIO DE LA CULTURA (en adelante, el demandado o el “MINISTERIO”)

**TIPO DE ARBITRAJE:** Institucional

**ÁRBITRO ÚNICO:** Eduardo Buendía De Los Santos

**SECRETARÍA ARBITRAL:** André Nuñez Merejildo

---

### DECISIÓN N° 9

En Lima, 21 de abril de 2023, el Árbitro Único, 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 Vigésima del Contrato N° 031-2021-OGA-SG-MC, Contratación de la Ejecución de la Obra: “RECUPERACIÓN DE LA ZONA ARQUEOLÓGICA BELLAVISTA, DISTRITO DE SANTA ANITA, PROVINCIA DE LIMA, DEPARTAMENTO DE LIMA”; COMPONENTE: PROTECCIÓN FÍSICA, de fecha 5 de agosto de 2021 (en adelante, el “CONTRATO”).

Conforme a dicha cláusula el presente arbitraje es organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el “CARC-PUCP”) conforme el Reglamento de Arbitraje PUCP 2017 (en adelante, el “Reglamento”) y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, la “Ley de Arbitraje”).

## 2. DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO ÚNICO

- 2.1. Surgidas las controversias entre las partes, la Corte de Arbitraje del Centro designó al Dr. Eduardo Buendía De Los Santos, lo cual le fue comunicado mediante correo de fecha 6 de junio de 2022, quien aceptó su designación mediante formulario presentado el 10 de junio de 2022, nombramiento que quedó firme al no haber ningún cuestionamiento presentado por las partes.

## 3. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES:

- 3.1. Mediante la Decisión N° 1 de fecha 4 de julio de 2022, se resolvió, entre otros, establecer las reglas aplicables al presente arbitraje; y, se otorgó a ELMER PASCUAL un plazo de diez (10) días hábiles para que presente su demanda arbitral.
- 3.2. Mediante la Decisión N° 2 de fecha 2 de agosto de 2022, se resolvió, entre otros, admitir a trámite la demanda; y, otorgar al MINISTERIO un plazo de diez (10) días hábiles para que presente su contestación de demanda y, de considerarlo pertinente, formule reconvencción.
- 3.3. Mediante la Decisión N° 3 de fecha 31 de octubre de 2022, se resolvió, entre otros, admitir a trámite la contestación de demanda; determinar las cuestiones controvertidas del arbitraje; y, citar a las partes a la Audiencia Única para el día 16 de noviembre de 2022.
- 3.4. Mediante la Decisión N° 4 de fecha 21 de diciembre de 2022, se resolvió, entre otros, tener por cumplida la exhibición del expediente técnico por parte del MINISTERIO; y, tener por cumplida la presentación de las bases integradas por ambas partes.
- 3.5. Mediante la Decisión N° 5 de fecha 17 de enero de 2023, se resolvió, entre otros, otorgar un plazo de diez (10) días hábiles, para que presenten medios probatorios adicionales y un escrito vinculando sus pretensiones con los medios probatorios identificados en el expediente.
- 3.6. Mediante la Decisión N° 6 de fecha 6 de febrero de 2023, se citó a las partes a la Audiencia Única para el día 9 de febrero de 2023 a las 10:00 a.m.
- 3.7. Mediante la Decisión N° 7 de fecha 3 de marzo de 2023, se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales; se fijó el plazo para laudar en cuarenta (40) días hábiles; y, se prorrogó dicho plazo por diez (10) días hábiles adicionales.

## 4. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES

La Secretaría Arbitral efectuó la determinación de los gastos arbitrales conforme al detalle siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios del Árbitro Único	S/. 4,958.00 neto más impuestos de ley
Tasa Administrativa del Centro	S/. 5,232.00 más IGV

- 4.1. Dichos montos ya fueron cancelados por las partes, con respecto a los gastos arbitrales.

## **5. CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

- 5.1. Estando a lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, el Árbitro Único 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 y defensas de las partes, se va a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.
- 5.2. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Árbitro Único deja expresa constancia de que en el presente arbitraje se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 43° de la Ley de Arbitraje, norma que señala lo siguiente:

*“1. 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”.*

- 5.3. El Árbitro Único deja constancia de que desde el inicio y durante la tramitación de este arbitraje: (i) el Árbitro Único se constituyó de conformidad con la legislación aplicable; (ii); que ELMER PASCUAL presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; (iii) el MINISTERIO fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (iv) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y (v) que el Árbitro Único ha procedido a emitir el presente laudo dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.
- 5.4. El Árbitro Único deja también constancia de que, para la expedición de este laudo, ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la expedición de este laudo los principios que orientan y ordenan todo arbitraje.

## **6. POSICIONES DE LAS PARTES**

**De la demanda arbitral de ELMER PASCUAL de fecha 15 de julio de 2022:**

- 6.1. Con fecha 5 de agosto de 2021, ELMER PASCUAL y el MINISTERIO suscribieron el CONTRATO, cuyo plazo de ejecución de obra, estipulado en la cláusula Quinta del mismo, era de cuarenta (40) días calendario.
- 6.2. Mediante las Adendas 1 y 2 al CONTRATO, las partes acordaron diferir la fecha de inicio del plazo de ejecución de la obra. Finalmente, el plazo contractual tuvo como

fecha de inicio el 22 de setiembre de 2021, y el final estaba programado para el 31 de octubre de 2021.

- 6.3. ELMER PASCUAL sostiene que, según se puede apreciar de las Anotaciones N°s 16 y 17 del Cuaderno de Obra, existía imposibilidad de ejecutar la sub partida 04.01 Excavaciones de terreno normal y las partidas sucesivas, de la partida 04 Movimiento de Tierras, pues se estaba a la espera que el MINISTERIO proceda en la forma establecida por el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, el “RLCE”), para que se proceda a realizar las acciones correspondientes, ante la incompatibilidad del Expediente Técnico.
- 6.4. No obstante, mediante Carta N° 000384-2021-OGA/MC notificada el 06 de diciembre de 2021, el MINISTERIO comunicó su decisión de resolver el CONTRATO, según su posición, por haberse alcanzado y superado el monto máximo de penalidad (10% del monto contractual), suma que asciende a S/ 48,379.80 Soles. Asimismo, en dicha misiva se indica que se adjunta a dicha carta notarial el Informe N° 001138-2021-OAB/MC, con el cual se sustenta su decisión de resolver el CONTRATO.
- 6.5. Según explica ELMER PASCUAL, no se le hizo llegar el Informe N° 001138-2021-OAB/MC al que hacía referencia la Carta N° 000384-2021-OGA/MC. Ello constituye una vulneración al Principio de Equidad contemplado en el artículo 2 literal i) de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la “LCE”), puesto que se está afectando su derecho como parte contratante a conocer los fundamentos que ha considerado la Entidad para establecer que se habría incurrido en causal de penalidad por mora, y con dicha información, en el ejercicio de su derecho de defensa, contradecir tal imputación.
- 6.6. De otro lado, si bien en el artículo 164 numeral 164.1 literal b) del RLCE se establece como causal de resolución de contrato, el haber llegado acumular el máximo de penalidad por mora, no se debe dejar de tener en consideración que para que proceda la aplicación de esta causal, el Contratista tiene que haber incurrido en un atraso injustificado de las prestaciones objeto del contrato, lo cual no habría incurrido en este caso.
- 6.7. Tal como se puede apreciar del expediente técnico de obra, en relación a la paralización que justifica la no ejecución de algunas de las prestaciones objeto del contrato, se tiene, que las partidas (no ejecutadas) son: 04 MOVIMIENTO DE TIERRAS. 04.01 EXCAVACIÓN EN TERRENO NORMAL. 04.02 RETIRO SUPERFICIAL DE MATERIAL ORGÁNICO. 04.03 ACARREO DE MATERIAL EXCEDENTE. 04.04 ELIMINACIÓN DE MATERIAL EXCEDENTE. 05 CERCO PERIMÉTRICO. 05.01 OBRAS DE CONCRETO. Partidas y sub partidas que son secuenciales.
- 6.8. Según el programa de ejecución de obra, la ejecución de la sub partida 04.01. “Excavaciones de Terreno Normal” de la partida 4. MOVIMIENTO DE TIERRAS, debió iniciarse el 26/09/2021. Hecho que no fue posible, puesto que se tuvo que paralizar la ejecución de dicha partida, por un hecho no atribuible a ELMER PASCUAL, sino que tuvo como incidencia una deficiencia en el expediente técnico de obra, puesto que en dicho expediente se modifica la extensión del área intangible y realiza tres variantes en perjuicio del ámbito arqueológico, sugiriéndose la variación del Cerco Perimétrico respetando el plano actualizado N° PP-029-MC-DCPA-DSFL-2021 W6528 (Plano Catastral). Lo cual denota que existe incompatibilidad entre el plano del expediente

técnico de obra y el plano catastral. Hechos que están fehacientemente acreditados, con las anotaciones del cuaderno de obra y las documentales que en dichas anotaciones se hacen referencia.

- 6.9. Así también, de los propios documentales (cartas, informes, entre otros, Informe N° 000132-2021-DSFL-MDR/MC de fecha 16 de setiembre de 2021, Carta N° 001555-2021-DCE/MC de fecha 28 de setiembre 2021, Informe N° 000020-2021-UEI-001-CAJP/MC de fecha 20 de octubre de 2021), emitidas por la Entidad, está fehacientemente acreditado la existencia de incompatibilidad entre el plano del expediente técnico de obra y el plano catastral. Lo que desde el punto de vista técnico – legal, constituye una deficiencia del expediente técnico de obra. Y lo cual conllevó a la no ejecución de las partidas 04 MOVIMIENTO DE TIERRAS. 04.01 EXCAVACIÓN EN TERRENO NORMAL. 04.02 RETIRO SUPERFICIAL DE MATERIAL ORGÁNICO. 04.03 ACARREO DE MATERIAL EXCEDENTE. 04.04 ELIMINACIÓN DE MATERIAL EXCEDENTE. 05 CERCO PERIMÉTRICO. 05.01 OBRAS DE CONCRETO, por incidencias no atribuibles al contratista.
- 6.10. La solución a la incompatibilidad entre el plano del expediente técnico de obra y el plano catastral, lo tiene que realizar el Proyectista (puesto que es el único que tiene la obligación y facultad de modificar el expediente técnico de obra), y las modificaciones que plantee a dicho expediente técnico tiene que ser aprobado por la Entidad (si la Entidad aprueba el expediente técnico de obra, también tiene que aprobar alguna modificación al mismo).
- 6.11. Tal como se ha expuesto, y está debidamente acreditado los defectos del expediente técnico de obra, para el reinicio de la ejecución de la sub partida 04.01. “Excavaciones de Terreno Normal” (y las demás sub partidas de la partida 4, y la partida 5, que son consecutivas), en primer orden, se tenía que contar con la modificación aprobada de dicho expediente técnico (planos, memoria descriptiva, etc). Lo cual nunca ocurrió, motivo por el cual no se procedió a la ejecución de las partidas antes indicadas, hasta que la Entidad proceda en la forma antes indicadas, dispuesta por la normatividad de la materia.
- 6.12. De otro lado debemos precisar, que según lo establecido en el artículo 197 numeral a) del RLCE, la paralización no atribuible al contratista, y que modifique la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente, es causal de ampliación de plazo.
- 6.13. En el presente caso, teniendo en consideración que se tuvo que paralizar la ejecución de la sub partida 04.01. “Excavaciones de Terreno Normal” de la partida 4. MOVIMIENTO DE TIERRAS, que debió iniciarse el 26 de setiembre de 2021, que propició la modificación de la ruta crítica del programa de obra vigente, por una incidencia no atribuible al Contratista (sino por defecto en el expediente técnico de obra), nuestro Residente de Obra, anotó en el cuaderno de obra el inicio de la circunstancia que determina la ampliación de plazo.
- 6.14. Es menester indicar, que estamos frente a una causal de ampliación de plazo abierta, puesto que la circunstancia que generó la paralización de las prestaciones contractuales, culminará cuando el proyectista modifique el expediente técnico de obra, tal modificación sea aprobada por la Entidad y se notifique al Contratista.
- 6.15. Asimismo, debemos señalar, que tal como está previsto en el numeral 198.1 del artículo 198 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la solicitud de ampliación de plazo se presenta, dentro de los quince (15) días siguientes de

concluida la circunstancia invocada. Ante lo cual se tiene que: i) se puede solicitar incluso cuando el plazo contractual haya concluido, ii) la anotación del inicio de las circunstancias que determinan la ampliación de plazo, tiene que estar anotada dentro del plazo contractual.

- 6.16. Por lo expuesto, meridianamente se colige que es incongruente y contrario a la normatividad que regula las contrataciones del Estado, que se pretenda penalizar por mora, cuando estaría fehacientemente acreditado que la ejecución de las partidas contractuales (04 MOVIMIENTO DE TIERRAS. 04.01 EXCAVACIÓN EN TERRENO NORMAL. 04.02 RETIRO SUPERFICIAL DE MATERIAL ORGÁNICO. 04.03 ACARREO DE MATERIAL EXCEDENTE. 04.04 ELIMINACIÓN DE MATERIAL EXCEDENTE. 05 CERCO PERIMÉTRICO. 05.01 OBRAS DE CONCRETO). no pudieron realizarse, por un hecho no atribuible a ELMER PASCUAL, sino por deficiencia del expediente técnico, lo cual ha generado su paralización, que ameritan una ampliación de plazo, esto es, corresponde que el plazo contractual debe ser ampliado.
- 6.17. Por lo anotado, según ELMER PASCUAL, está fehacientemente acreditado, técnico legalmente, que la decisión de la Entidad de resolver el CONTRATO deviene en INEFICAZ.
- 6.18. De otro lado ELMER PASCUAL indica que se realizó la compra de parte del cerco metálico, tipo pronto, según lo estipulado en la partida 05.02.01. SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE CERCO METÁLICO TIPO PRONTO S/PLANOS, además de los postes metálicos de la partida 05.02.02. SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE POSTES METÁLICOS 3"X3", E= 2.5 MM. S/PLANOS. Según el expediente técnico. Esta compra fue por el importe de \$ 18, 105.21 dólares americanos, según las facturas:
- Nº F001- 00141969 - fecha 25/08/2021  
Nº F001- 00142955 – fecha 07/09/2021  
Nº F001- 00144734 – fecha 30/09/2021.
- 6.19. El artículo 166 numeral 166.2 del RLCE, establece que, si en la resolución de contrato, la parte perjudicada es el Contratista, la Entidad debe reconocerle la respectiva indemnización por los daños irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.
- 6.20. Se ha realizado la adquisición de bienes, para la ejecución de las partidas 05.02.01. SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE CERCO METÁLICO TIPO PRONTO S/PLANOS, además de los postes metálicos de la partida 05.02.02. SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE POSTES METÁLICOS 3"X3", E= 2.5 MM. S/PLANOS, por el valor de \$ 18, 105.21 dólares americanos. En tal sentido, ELMER PASCUAL demanda la indemnización por lucro cesante, los intereses legales que habría generado dicho monto dinerario, de tenerlo como parte de nuestro activo. Intereses que serán calculados en ejecución de laudo arbitral.
- 6.21. Asimismo, como daño emergente ELMER PASCUAL reclama el pago de los S/ 600 soles mensuales que por pago de almacén estamos pagando, para la custodia de los bienes indicados en el punto precedente. Monto total que será determinado, en ejecución del laudo arbitral, desde la fecha en que, por acciones de la Entidad, se imposibilitó su instalación, hasta que reanude la ejecución de la obra.
- 6.22. Finalmente, teniendo en consideración que en el CONTRATO no se han estipulado reglas relativas a los costos de arbitraje, y teniendo en consideración la ilegal



resolución del referido CONTRATO que ha realizado la Entidad, corresponde que se disponga, que la misma cumpla con pagar el 100% de los gastos arbitrales, originados en el presente proceso arbitral, contemplados en el artículo 70° de la Ley de Arbitraje.

**De la contestación de demanda del MINISTERIO de fecha 16 de agosto de 2022:**

- 6.23. Con fecha 6 de diciembre del 2021, mediante la Carta N°000384-2021-OGA/MC enviada por conducto notarial a ELMER PASCUAL, se comunica la decisión del MINISTERIO de resolver el CONTRATO por acumulación de la penalidad máxima por mora, adjuntando el Informe N°000138-2021-OAB/MC.
- 6.24. Del relato de los principales hechos se puede colegir que la Contratista en ningún momento solicitó la ampliación de plazo o en su defecto comunicó la paralización de manera formal por lo que se evidencia que la decisión de resolver el contrato por parte del MINISTERIO fue conforme a ley.
- 6.25. Según el MINISTERIO, de la revisión de los actuados se puede colegir que no hay documento existente donde el Contratista haya elaborado la solicitud de la ampliación de plazo, es más, su alegación carece de fundamento al no haber presentado medio probatorio alguno respecto a su argumento por lo que deberá de ser desestimado.
- 6.26. De otro lado, con fecha 18 de octubre de 2021, mediante Carta N°036-2021-JJGV/EPCONSAC, ELMER PASCUAL solicitó al supervisor de obra y a Unidad Ejecutora de Inversiones (UEI-001), opinión favorable para ejecutar las actividades de movimiento de tierras del cerco perimétrico, según lo señalado en el artículo 6 de la Resolución Directoral N° 000692-2021-DCE/MC.
- 6.27. Con fecha 20 de octubre de 2021 la UEI-001 mediante las Cartas N°s 000103 y N°000104-2021UEI001/MC remite el Informe N°000020- 2021-UEI-001-CAJP/MC, al Contratista y Supervisión, a través de las cuales la Unidad Ejecutora de Inversiones 001 del MINISTERIO otorga opinión favorable para el inicio de las partidas de movimiento de tierras en La Obra.
- 6.28. Es así que a través de la Carta N° 004-2021-JANM/SO del 20 de octubre del 2021, el supervisor de la obra hace llegar a la Unidad Ejecutora de Inversiones N°001 (UEI-001), el informe de opinión favorable para el inicio de las partidas de movimiento de tierras presentadas por el Contratista.
- 6.29. Según explica el MINISTERIO, la Unidad Ejecutora de Inversiones 001, en concordancia al numeral 165.4 del RLCE resuelve el CONTRATO, teniendo en consideración que la penalidad en la que habría incurrido el Contratista, teniendo en cuenta que el retraso empieza a contabilizarse desde el 01 de noviembre del 2021, ya que el 31 de octubre del 2021 culminaba el plazo contractual de la ejecución de la obra, y los días de atraso se calculan hasta un día antes de la fecha de la notificación de la resolución de contrato (35 días), por lo que, el cálculo de la penalidad sería la siguiente:

Penalidad Total = Penalidad Diaria x Días de atraso

Penalidad Total = 0.10 x S/. 258,024.94 = S/. 1,612.66 x 35 días 0.4 x 40

Penalidad Total = S/. 56,443.10 Soles.

- 6.30. Todo ello en concordancia con lo estipulado en el artículo 161.2 del RLCE y el Contrato de ejecución de obra, el monto máximo de penalidad por mora que podría ser aplicado

al Contratista es el 10% del monto del contrato vigente, que para este caso asciende al monto de S/. 25,802.49 Soles. El mismo, que, al 05 de diciembre del 2021, día anterior a la notificación de Resolución de Contrato, ha sido ampliamente superado.

- 6.31. Por lo que cabe señalar que, a la fecha de notificada la Resolución de Contrato, la Entidad no ha recibido ningún documento formal, por el cual el Contratista o el supervisor de obra informen o den cuenta los motivos por los cuales no se ha continuado con las partidas de movimiento de tierras, tampoco las razones por las cuales no se pudo culminar la obra el 31 de octubre del 2021 (fecha de finalización según el cronograma aprobado por la Entidad).
- 6.32. En ese sentido, se evidencia que no existe solicitud alguna de ampliación de plazo presentada, en trámite o aprobada a favor del Contratista que justifique el retraso en la culminación de la obra, lo que estaría configurando un incumplimiento de las obligaciones contractuales del Contratista para con el MINISTERIO en concordancia con el numeral 162.5 del RLCE.
- 6.33. Respecto a los Asientos N°s 16 y N°17 del cuaderno de obra, el MINISTERIO señala que si bien es cierto que en ellos tanto residente y supervisor, respectivamente, manifiestan la imposibilidad de ejecutar la partida 04.01. excavaciones de terreno normal y sus partidas sucesivas, pero no es menos cierto que en el Asiento N° 18 del cuaderno de obra, de fecha 04 de octubre el Residente señala que a través de la Carta N° 033-2021-JJGV/EPCONSAC, del 04.10.2021, presentan a la Dirección de Certificaciones del MINISTERIO, dos alternativas de solución con sus respectivos planos, que si se ajustan a la poligonal planteada por la Dirección de Saneamiento Físico Legal del MINISTERIO, con la finalidad de cumplir con la meta prevista en la obra principal, pese a no tener la obligación contractual para realizar dichos trámites.
- 6.34. Según explica el MINISTERIO, es obligación del Contratista presentar el Informe de Revisión del Expediente Técnico e Informe de Valorización mensual, tal como lo establece el artículo 177 del RLCE. Ello es concordante con el criterio desarrollado en la Opinión N° 069-2021/DTN.
- 6.35. Entonces, de advertirse deficiencias en el Expediente Técnico que motiven la necesidad de ejecutar algunas prestaciones adicionales, el Contratista a efectos de formalizar el trámite para la aprobación de un adicional de obra, deberá seguir indefectiblemente el procedimiento respectivo conforme al artículo 205 del RLCE en complemento con el artículo 206 de dicha norma, cuando corresponda.
- 6.36. Por tanto, es falso cuando la Contratista afirma que ante la deficiencia del expediente técnico corresponde que la Entidad sea quien tenga que activar los mecanismos para la modificación de aquél, cuando de acuerdo con la referida Opinión, en estos casos es la Contratista, a partir de la revisión del expediente técnica, quien debe solicitar la aprobación de prestaciones adicionales. Por lo que, se puede concluir que la Contratista pretende trasladar dicha responsabilidad a la Entidad, cuando la normatividad es clara en establecer quién (la Contratista) y cómo (a partir de la revisión del expediente técnico de obra) debe identificar las deficiencias en el expediente técnico e informarlo a la Entidad, solicitando la prestación de una adicional de obra, siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 205 y 206 del RLCE.
- 6.37. El artículo 177 establece la obligación del Contratista de revisar el expediente técnico y a partir de dicha revisión presentar al inspector o supervisor un informe técnico en donde -de ser el caso se señale, por ejemplo, la necesidad de ejecutar prestaciones



adicionales originadas por errores o deficiencias advertidas en el expediente técnico de obra, u otros aspectos que sean materia de consulta. Posteriormente, la supervisión o inspección deberá evaluar cada uno de los extremos del informe, realizar las verificaciones correspondientes y emitir su pronunciamiento, el cual debe elevarlo a la Entidad.

- 6.38. Asimismo, el Artículo 177 del RLCE, establece con claridad el plazo para la presentación del informe técnico de revisión del expediente técnico por parte del Contratista al supervisor es 15 días calendario luego de iniciada la ejecución de la obra. Del mismo modo, la norma señala que el supervisor dentro de los 7 días siguientes adjunta su evaluación, verificación y pronunciamiento; además de elevarlas a la Entidad juntamente con el informe presentado por el Contratista.
- 6.39. En el presente caso, realizando el cálculo correspondiente, esto es, desde el 22 de septiembre, fecha de inicio de obra, el referido informe debió ser presentado a la Entidad como máximo el miércoles 13 de octubre. Sin embargo, hasta la fecha de la Resolución del Contrato, ni el supervisor ni el Contratista han cumplido con presentar informe alguno respecto a la revisión del expediente técnico de la Obra.
- 6.40. En ese sentido, la Contratista no ha podido acreditar los supuestos defectos del expediente técnico de obra para el reinicio de la ejecución de la partida 4 y subpartidas, más aún cuando el supervisor en el asiento N° 40 del cuaderno de obra, señala que los trabajos en campo se encontrarían paralizados por la imposibilidad de ejecutar las partidas de movimiento de tierras por las disposiciones contenidas en la Resolución Directoral N°000587-2021-CDE/MC, sin tener en cuenta, que dicha Resolución ha sido modificada, en parte, por la Resolución Directoral N°0000692-2021-DCE/MC del 13 de octubre del 2021.
- 6.41. Mediante Carta N°000103-2021-UEI001/MC del 20 de octubre del 2021 la Entidad notifica el Informe N° 000020-2021-UEI001-CAJP/MC y la Carta N°004-2021-JANM/SO, de la Unidad Ejecutora de Inversiones y el supervisor de obra respectivamente, por medio del cual se le otorga la opinión favorable para el inicio de los trabajos de movimiento de tierras solicitada por el mismo Contratista con Carta N°036-2021-JJGV/EPCONSAC, del 18 de octubre del 2021.
- 6.42. En ese sentido reiteramos que, no se tiene ninguna comunicación formal, ni por parte del Contratista ni por parte del supervisor de los motivos, causas, razones y/o circunstancias que hayan impedido la culminación de la Obra en dicha fecha, salvo la Carta N°0007-2021-JANM/SO del supervisor de obra, en la cual se solicita a la Entidad elevar al proyectista del expediente técnico 02 consultas que por su naturaleza o contenido son más de aspecto administrativo que técnico.
- 6.43. El MINISTERIO reitera que no existe ninguna solicitud de ampliación de plazo debidamente sustentada por el Contratista ni presentada a la Entidad, conforme lo señala el RLCE, el retraso en la culminación de la obra no se considera justificado, lo que estaría configurando un incumplimiento de las obligaciones contractuales del Contratista de obra.
- 6.44. De otro lado, el MINISTERIO señala que en el Informe N° 000020-2021-UEI-001CAJP/MC se otorga la opinión favorable para el inicio de los trabajos de

movimiento de tierras solicitada por el mismo Contratista con Carta N°036-2021-JJGV/EPCONSAC, del 18 de octubre del 2021.

- 6.45. El MINISTERIO manifiesta que sí ha seguido los procedimientos establecidos en la normatividad que regula las contrataciones del Estado y se reitera que sí existió la causal para que el Contratista solicite la ampliación de plazo, sin embargo, no existe solicitud de ampliación de plazo debidamente sustentada por el Contratista ni presentada a la Entidad, conforme lo señala el RLCE.
- 6.46. Es importante señalar que la fecha para la culminación de la obra prevista, en el cronograma fechado aprobado por la Entidad, fue el 31 de octubre del 2021. Al respecto no se tiene ninguna comunicación formal, ni por parte del Contratista ni por parte del supervisor de los motivos, causas, razones y/o circunstancias que hayan impedido la culminación de la obra en dicha fecha.
- 6.47. De lo registrado en los asientos del cuaderno de obra se puede evidenciar que del 25 de octubre al 03 de noviembre se reportan partidas de trazo y replanteo, habilitación de fierros, retiro de mallas de protección, entre otras que debieron ser informadas en la Valorización de Obra N°02 de octubre del 2021, cuya fecha de presentación venció el 05 de noviembre del 2021.
- 6.48. Por lo que la no presentación del Informe de Revisión del Expediente Técnico y la Valorización N° 02 – Octubre del 2021, habrían configurado incumplimientos de los contratos tanto del Contratista y supervisor respectivamente, que ha perjudicado el correcto desarrollo del CONTRATO, más si se tiene en cuenta que de acuerdo con el plazo contractual, la misma debió ser culminada el 31 de octubre del 2021.
- 6.49. Respecto a la Primera Pretensión Accesorio de la demanda, el MINISTERIO señala que, en la medida en que la resolución del CONTRATO fue debida y que, se ha procedido conforme a las estipulaciones de la LCE y el RLCE, no corresponde pronunciarse sobre esta pretensión accesorio.
- 6.50. Respecto a la Segunda Pretensión Accesorio de la demanda, el MINISTERIO señala que el convenio arbitral no ha previsto nada relacionado a los costos y costas del arbitraje, por lo que corresponderá al Árbitro Único pronunciarse sobre si procede o no la condena para el pago de los costos del arbitraje y establezca cuál de las partes debe pagarlos (en su totalidad) o en qué proporción deben repartirse entre ellas.
- 6.51. En el presente caso, el MINISTERIO manifiesta haber brindado argumentos más que razonables para considerar que las pretensiones postuladas por la Contratista resultan manifiestamente desestimables y que, por el contrario, las brindadas por la Entidad se adecúan al margen de la buena fe exigida en la ejecución de un contrato. Por tanto, considera que resulta estimable que se condene al demandante al pago de los gastos arbitrales en su totalidad.

## **7. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

**VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS EN QUE SE SUSTENTA LA DECISIÓN CON INDICACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO PARA ADMITIR O RECHAZAR LAS PRETENSIONES Y DEFENSA DE LAS PARTES:**

1. Constituyen principios esenciales que rigen todo arbitraje los principios de audiencia, contradicción y trato igualitario a las partes. En ejercicio del principio de contradicción, las partes han podido alegar y contradecir las argumentaciones y pruebas aportadas al proceso, lo que ha sucedido en el decurso de este arbitraje.
2. Así mismo, debe tenerse presente que los medios probatorios en general tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones cuando se trata de un arbitraje de derecho, como es el presente caso; siendo sin embargo facultad de los árbitros en cualquier tipo de arbitraje decidir de manera exclusiva sobre la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas aportadas al proceso.
3. Al respecto, debe decirse que, desde un punto de vista general y aplicable a todo tipo de proceso, la doctrina comparada ha señalado, a propósito de la valoración de pruebas, que:

*“...la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso. Y quede claro que en esa percepción queda incluido, como actividades conjuntas, tanto la extracción de esos resultados como el juicio racional del juez sobre dicha percepción...”<sup>(1)</sup>.*

4. Las normas antedichas faculta al árbitro para determinar el valor de los medios probatorios que según su apreciación sean pertinentes para fundar sus conclusiones. En este sentido, el principio es el de libre valoración de la prueba, el cual debe ejercerse sobre la base de una apreciación razonada y razonable de los medios probatorios aportados. Ello ha sido resaltado, por ejemplo, por **HINOJOSA SEGOVIA** y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que:

*“...la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes...”<sup>(2)</sup>.*

5. En sede arbitral, lo dicho precedentemente encuentra una aplicación aún más libre, pues a diferencia del proceso judicial en donde la valoración de las pruebas debe ser conjunta, el árbitro se encuentra facultado a resolver libremente sobre la pertinencia, admisibilidad y valor de las pruebas, conforme lo señala el artículo 48° del Reglamento, en concordancia con el numeral 1) del artículo 43° de la Ley de Arbitraje.
6. Las normas antedichas facultan al árbitro para determinar el valor de los medios probatorios que según su apreciación sean pertinentes para fundar sus

<sup>1</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. “La valoración de la Prueba”. Editorial Marcial Pons: Madrid, 2010, Pág. 34.

<sup>2</sup> HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. “El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)”. Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

conclusiones. En este sentido, el principio es el de libre valoración de la prueba, el cual debe ejercerse sobre la base de una apreciación razonada y razonable de los medios probatorios aportados.

7. Hechas las precisiones precedentes, corresponde señalar que, existe controversia entre las partes en lo que respecta a todas las pretensiones consignadas por ELMER PASCUAL en su escrito de demanda, razón por la cual en la Decisión N° 3 de fecha 4 de julio de 2022 se consignaron los puntos controvertidos del presente arbitraje, señalándose como tales a los siguientes:

**PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:** Que, el Árbitro Único determine si corresponde o no dejar sin efecto la resolución del contrato de obra N° 031-2021-OGA-SG-MC, comunicado mediante Carta N° 000384-2021-OGA/MC, el día 6 de diciembre de 2021.

**SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA DEMANDA:** Que, el Árbitro Único determine si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago de indemnización por daños y perjuicios que ocasionó al contratista (lucro cesante y daño emergente), que serán calculados en ejecución de Laudo Arbitral.

**TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA DEMANDA:** Que, el Árbitro Único determine si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago de los costos del arbitraje, contemplados en el artículo 70 del Decreto Legislativo que norma el arbitraje N°1071, en cuanto corresponda.

#### **SOBRE EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**

8. Hechas las precisiones precedentes, corresponde dar respuesta al Primer Punto Controvertido, el cual consiste en lo siguiente:

**Primer Punto Controvertido (Respecto a la Pretensión Principal de la Demanda):** Que, el Árbitro Único determine si corresponde o no dejar sin efecto la resolución del Contrato De Obra N° 031-2021-OGA-SG-MC, comunicado mediante Carta N° 000384-2021-OGA/MC, el día 6 de diciembre de 2021.

9. Como Pretensión Principal de su demanda, ELMER PASCUAL solicita al Árbitro Único que deje sin efecto la resolución del CONTRATO efectuada por el MINISTERIO, la cual fue comunicada mediante la Carta N° 000384-2021-OGA/MC de fecha 6 de diciembre de 2021 (Anexo 1-H del Escrito de Demanda).
10. En efecto, mediante Carta N° 000384-2021-OGA/MC de fecha 6 de diciembre de 2021 (Anexo 1-H del Escrito de Demanda), el MINISTERIO decidió “resolver” el CONTRATO conforme a lo siguiente:

Al respecto, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en el artículo 164, respecto a las causales de resolución, señala: “164.1. La Entidad puede resolver el contrato (...) en los casos que el contratista (...) b) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo”

Asimismo, el artículo 165, en el numeral 165.4 del Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, establece que: “165.4. La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato”

Por lo expuesto y en atención a lo informado por la Oficina de Abastecimiento en el documento de la referencia a), le comunicamos la decisión de nuestra Entidad de resolver el Contrato N° 031-2021-OGA-SG-MC, al haber alcanzado y superado su representada, el monto máximo de penalidad (10% del monto contratado), suma que asciende a S/. 48,379.80 (Cuarenta y ocho mil trescientos setenta y nueve con 80/100 soles).

11. Como puede apreciarse, el MINISTERIO sustenta su resolución contractual en el hecho de que ELMER PASCUAL habría alcanzado y superado el monto máximo de penalidad aplicable por incumplimiento injustificado por ELMER PASCUAL (10% del monto del CONTRATO).
12. En el CONTRATO suscrito por las partes, se pactó en la cláusula Décimo Quinta que, en caso se supere el monto máximo de penalidad, el cual es de 10%, el MINISTERIO estará habilitado para resolver el contrato por incumplimiento injustificado, de acuerdo al siguiente detalle:

Estos dos (2) 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.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, de ser el caso, LA ENTIDAD puede resolver el contrato por incumplimiento.

13. Sin embargo, se debe tener en consideración que la penalidad moratoria se aplica en caso de retraso injustificado, según lo regulado en dicho CONTRATO <sup>3</sup>. Adicionalmente a ello, debe estar a lo dispuesto por el artículo 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N.º 344-2018-EF (en adelante, “RLCE”), norma que señala lo siguiente:

#### **Artículo 164. Causales de resolución**

*164.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:*

<sup>3</sup> De ahí que el primer párrafo de la cláusula Décimo Quinta del CONTRATO señale expresamente que: “Si EL CONTRATISTA incurre en **retraso injustificado** en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA ENTIDAD le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso (...)” (lo resaltado es agregado).



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

*164.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 165.*

*164.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreveniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato*

- 14. Como se aprecia tanto el RCLE y el CONTRATO regulan un supuesto expreso de resolución contractual, resulta importante a juicio del Árbitro Único, analizar si corresponde aplicar penalidades al CONTRATISTA hasta alcanzar el monto máximo de penalidad, que genera la resolución del contrato.
- 15. Ahora bien, para determinar si corresponde la aplicación de penalidades debe estar lo dispuesto en el artículo 161 del RLCE, norma que establece lo siguiente:

#### **Artículo 161. Penalidades**

*161.1. El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales a partir de la información brindada por el área usuaria, las mismas que son objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.*

*161.2. La Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos (2) 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.*

*161.3. En el caso de obras, dentro de las otras penalidades que se establezcan en los documentos del procedimiento, incluyen las previstas en el capítulo VI del presente título.*

*161.4. 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.*

16. Que, para resolver la controversia respecto a si se efectuó correctamente el acto resolutorio, resulta indispensable evaluar si el incumplimiento fue injustificado o no.
17. Adicionalmente a lo anterior, el Árbitro Único considera pertinente analizar lo indicado en el artículo 162 del RLCE, en donde se manifiesta lo siguiente:

**Artículo 162. Penalidad por mora en la ejecución de la prestación**

162.1. *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:*

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{monto vigente}}{F \times \text{plazo vigente en días}}$$

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*

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

162.3. *En caso no sea posible cuantificar el monto de la prestación materia de retraso, la Entidad puede establecer en los documentos del procedimiento de selección la penalidad a aplicarse.*

162.4. *Para los supuestos que, por la naturaleza de la contratación, la fórmula indicada en el presente artículo no cumpla con su finalidad, el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial puede establecer fórmulas especiales para el cálculo de la penalidad por mora.*

162.5. *El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. **Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.** En ese último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo.*

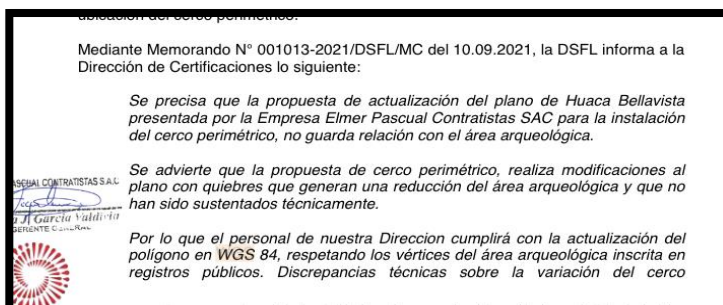
18. En este último caso, la norma prevé que, el retraso se también se considera justificado en el caso de que el CONTRATISTA acredite, de modo objetivamente que el retraso no le es imputable.

19. En ese sentido, si el contratista acredita de manera objetiva el retraso demostrando que no le es imputable, no se aplicará penalidad, debido a que es una situación que no le es imputable.
20. Asimismo, resulta importante analizar la Cláusula Décimo Quinta del CONTRATO, en donde también se regula el supuesto de retraso justificado:

El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando **EL CONTRATISTA** acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En este último caso la calificación del retraso como justificado por parte de **LA ENTIDAD** no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo, conforme el numeral 162.5 del artículo 162° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

ELMER PASCUAL CONTRATISTA

21. En ese sentido, tanto el RLCE como la Cláusula Décimo Quinta del CONTRATO se prevén la hipótesis del retraso justificado, cuando medie una razón objetivamente sustentada que justifique el mayor tiempo en la ejecución de la obligación materia del CONTRATO.
22. Tomando en consideración lo anterior, corresponde desarrollar y analizar los argumentos expuestos por las partes en relación el Primer Punto Controvertido.
23. Para poder tomar una decisión con respecto a si el incumplimiento es justificado o no, corresponde evaluar las posiciones de las partes.
24. En ese sentido, en el Escrito de alegatos de ELMER PASCUAL ha señalado que el retraso se contraría debidamente justificados puesto que se tratarían de hechos que no son atribuibles al CONTRATISTA.
25. En efecto, conforme señala el Informe N° 000132-2021-DSFL-MDR/MC (Anexo 1-F)<sup>4</sup>, de fecha 16 de setiembre de 2021, el cual fue emitido por la servidora pública del Ministerio de Cultura Mónica de la Vega Romero al Director de Catastro y Saneamiento Físico Legal, en donde se deja constancia que, mediante el Memorando N°001013-2021/DSFL/MC de fecha 10 de setiembre de 2021 el personal de la Dirección de Catastro y Saneamiento Físico Legal cumplirá con la actualización del polígono en WGS 48, respetando los vértices del área arqueológica inscrita en los Registros Públicos.



<sup>4</sup> De conformidad con el Asiento 01 "DEL SUPERVISOR" de fecha 22 de setiembre de 2021 (a fojas 05 del cuaderno de Obra) se indicó que se había realizado la entrega del terreno el día 22/09/2021, fecha que debía tomarse con inicio del cómputo del plazo contractual.

Realizado el reconocimiento de campo para las labores de actualización del polígono de Huaca Bellavista y en merito a lo solicitado en el artículo sexto de la parte resolutive de la RD N° 000587-2021-DCE/MC del 31.08.2021, se precisa que la ubicación del cerco perimétrico del MAP Huaca Bellavista, encuentra discrepancias técnica que no conllevan a la protección del ámbito intangible de Huaca Bellavista. Por lo que se sugiere, su variación a fin de que se cumpla con respetar los límites del monumento de acuerdo al plano actualizado N° PP-029-MC\_DGPA-DSFL-2021 WGS84.

26. Como se aprecia del Informe N° 000132-2021-DSFL-MDR/MC (Anexo 1-F del Escrito de Demanda), de fecha 16 de setiembre de 2021, se ha precisado que el cerco perimétrico del MAP Huaca Bellavista presenta discrepancias técnicas, que no conllevan a la protección del ámbito intangible de Huaca Bellavista.
27. Adicionalmente a ello, en la Sección III) Conclusiones del referido Informe, se señal que, se reduce el área arqueológica; anticipan una afectación directa a la arquitectura prehispánica; y, que las obras proyectadas abarcan un espacio en donde se tiene una alta posibilidad de existir evidencia arqueológica; conforme se aprecia al siguiente detalle:

Las obras del cerco perimétrico proyectadas hacia el suroeste, reducen el área arqueológica y anticipan una afectación directa a la arquitectura prehispánica debido a su cercanía con la misma.

Las obras proyectadas en los lados noroeste y frontis norte del sitio arqueológico reducen el marco circundante, entran en cercanía con el edificio principal de Huaca Bellavista y abarcan un espacio en donde se tiene una alta posibilidad de existir evidencia arqueológica subyacente de acuerdo al comportamiento del área definido en el Proyecto de Investigación Arqueológica "Recuperación de la Zona Arqueológica Bellavista.

28. Asimismo, se adjuntó la Carta N° 001555-2021-DCE/MC de fecha 28 de setiembre de 2021(Anexo 1-G del Escrito de Demanda), en donde se hace referencia al Memorando N° 1097-2021-DGPA/MC del 17 de setiembre del 2021, el MINISTERIO de manera expresa que hay discrepancias técnicas entre el Cerco Perimétrico con respecto al área intangible del monumento, conforme se detalla a continuación:

Asimismo, la Dirección General de Patrimonio Arqueológico Inmueble, nos informa que mediante Memorando N 1097-2021-DGPA/MC del 17 de setiembre del 2021, remitió a la Unidad Ejecutora De Inversiones N 001, el Informe N° 000591-2021-DSFL/MC, donde se precisa que producto de las acciones de actualización del polígono, también han advertido discrepancias técnicas entre la extensión del Cerco Perimétrico con respecto al área intangible del monumento, y adjunta el Informe N° 000132-2021-

ELMER PASEVAL CONTRAT



29. En esa misma línea, se presentó la constancia de la Anotación del Cuaderno de Obra, "Asiento N°002 DEL RESIDENTE" de fecha 28 de setiembre de 2021 (Anexo 1-D), en cuya segunda parte ("continua...")<sup>5</sup> se indicó lo siguiente:

Cabe precisar que mientras la Dirección de Catastro no valide dicha información, no podrá realizarse excavaciones de terreno en el Proyecto.

- Con fecha 14 de setiembre se realizó la inspección conjunta en la huaca Bellavista y cabe precisar que si no contamos con la nueva Aprobación de la nueva Poligonal, no se podrá realizar ninguna excavación.

- Con fecha 20-SEP-21, la licenciada Luz de María Olinda Barrantes BARRANTES, hace constar su carta de renuncia con número de Comité 2021-86792, la renuncia irrevocable.

- Con fecha 07-SEP-21 llega a Amacen 200, postal telefónica 3x3".

30. Para mayor claridad, el Árbitro Único transcribe el contenido del Asiento N°002 del Cuaderno de Obra denominado "DEL RESIDENTE"

*"Esto a que el plano de la poligonal de la Zona Arqueológica Bellavista que se encuentra en el Sistema PSAD 56 y hacer la conversión, hay un desfase, el cual no coincide con el área del presente proyecto.*

*Cabe precisar que mientras la Dirección de Catastro no valide dicha información, no podrá realizarse excavaciones de terreno en el proyecto.*

*Con fecha 14 de setiembre se realizó la inspección conjunta en la Huaca Bellavista y cabe precisar que, si no contamos con la nueva aprobación de la nueva poligonal, no se podrá realizar ninguna excavación".*

31. También se ha adjuntó el Informe N° 000020-2021-UEI-001-CAJP/MC de fecha 20 de octubre de 2021 (Anexo 1- I del Escrito de Demanda), emitido por el servidor público Carlos Alberto Juscamayta Palomino, al responsable de la Unidad Ejecutora de Inversiones 001, donde se establece que los tramos 02, 03, 05, 06, 08 y 09 con relación a los movimientos de tierras presentaban desfases e incompatibilidades.

Para ejecutar las partidas de movimiento de tierras en los tramos 02, 03, 05, 06, 08 y 09 que presentan desfases e incompatibilidades entre los polígonos del expediente técnico y la poligonal de la Resolución Directoral N°000692-2021-DCE/MC, se procederá en concordancia con el artículo 205 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado (RLCE), de corresponder

ELMER PASQUAL CONTRATISTAS S.A.C

<sup>5</sup> Fojas 7 del Cuaderno de Obra adjunto como Anexo 1- D del Escrito de Demanda.





32. Del anterior desarrollo y revisión de los documentos que obran en autos, ELMER PASCUAL presentó la Anotación del Cuaderno de Obra, Asiento N° 16 DEL RESIDENTE, de fecha 01 de octubre de 2021 y el Asiento N° 17 DEL SUPERVISOR DE OBRA de fecha 01 de octubre de 2021, los cuales demuestran que la obra debió ejecutarse la partida el 26 de setiembre de 2021.

FECHA

Asiento N° 16 : DEL residente \* 01/ octubre/ 2021

1. se reitera la imposibilidad de ejecutar la sub partida 04.01. Excavaciones de terreno normal y las sub partidas sucesivas, de la partida 04 Movimiento de Tierras, por el impedimento anotado en el Asiento N° 02, de fecha 22/09/21 por lo dispuesto en la resolución Directorial N° 000587-2021-DCE/MC. Ello debido a que se advierte una imposibilidad en el Expediente Técnico de obra, tal como está establecida en el Informe N° 0003-2021-OSFL-MDE/MC de donde se desprende que "El cerco perimetrico contenido en el Expediente Técnico de obra modificando la extensión del Área Intangible y rediseña tres variantes en perjuicio del Ambiente Arqueológico sugiriéndose la ubicación del cerco perimetrico respetando el plano digitalizado N° PP-029-MC-DCEPA-OSFL-2021-WG528 (Plano control)".

En tal sentido, desde el 26 de setiembre, se ha sido el inicio de la causal de la ampliación de Plazo, fecha en que, según el Cronograma de Ejecución de obra viginte, tenía que realizarse la ejecución de dicha sub partida, la cual no se pudo ~~ejecutar~~ ejecutar. Asimismo, toda esta crítica configura una causal de Plazo y la publicación por causas no atribuidas al contratista, contemplada en el Art. 197 de Reglamento de la Ley de Contratación del Estado.

2. Con la carta N° 001555-2021-DCE-MC de fecha 28 de set. 2021 en el penúltimo párrafo, se respalda al Contratista Ejecutor de obra, señalando una nueva propuesta de ubicación de cerco perimetrico para la zona Arqueológica Belleville.

Jhordan Alberto Ayala Acevedo  
ING. CIVIL  
R.C.P. N° 218466  
ING. RESIDENTE

ELMER PASCUAL CONTRATISTAS S.A.C.  
Jorge Augusto Montenegro  
ING. CIVIL  
R.C.P. N° 218466  
INSPECTOR

33. Como se observa del referido Asiento del Cuaderno de Obra, se ha demostrado que por incidencias no atribuibles a ELMER PASCUAL no se pudo ejecutar la partida 04 MOVIMIENTO DE TIERRAS, así como las partidas sucesivas, por lo tanto, la ejecución de la obra no pudo ser culminada en el plazo pactado por las partes.

Asiento N° 14 - DEL SUPERVISOR 01/10/2021

La Supervisión indica lo siguiente:

1.- EN CUANTO A LA ANOTACIÓN PRECEDENTE, REALIZADA POR EL RESIDENTE DE OBRA, SE INDICA QUE, EFECTIVAMENTE EL DÍA 26 DE SEPTIEMBRE DEL 2021, SE INICIÓ EL CROQUEO DE OBRA VIGENTE, EN ESTA FECHA DEBERÍA DAR INICIO A LA EJECUCIÓN DE LA SUBPARTIDA 04.01 EXCAVACIÓN DE TERRENO NORMAL, NO PUDIENDO INICIARSE POR ESTAR PENDIENTE LA MODIFICACIÓN DEL PLANO PT-01 (CERCO PERIMETRICO: TRA-20 EN PLANTA), DEL EXPEDIENTE TÉCNICO DE OBRA CONTRACTUAL, EL MISMO QUE NO ESTARÍA ALINEADO CON EL PLANO GENERAL ACTUALIZADO N° PP-029-MC-DCPA-DSFL-2021 N° 6528, SEGÚN SE OPIÑA EN EL INFORME N° 003-2021-DSFL-MDR/MC DE FECHA 16 DE SEPTIEMBRE DEL 2021 Y LA CARTA N° 004555-2021-DCE/MC DE FECHA 28 DE SEPTIEMBRE DEL 2021.

2.- DE LO ANOTADO EN EL ASIENTO N° 015, EN REFERENCIA A LA VALIDACIÓN CORRESPONDIENTE AL MES DE SEPTIEMBRE DEL 2021 (VALIDACIÓN DE OBRA 01) SE INDICA QUE NO CONTIENE LA DOCUMENTACIÓN REQUERIDA, SEGÚN LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA, QUE FORMAN PARTE DE LOS DOCUMENTOS CONTRATUALES, QUE SE INDICAN: (FOLIO 26 DE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA).

- PLANILLA DE METRADOS Y CUADRO DE SUMENTO DE METRADOS.
- VALIDACIÓN MANUAL CON LA DOCUMENTACIÓN AUTENTIFICADA CORRESPONDIENTE.
- CURVA "S" DERIVADO DE LA COMPARACIÓN ENTRE EL AVANCE FÍSICO PROGRAMADO Y EL AVANCE FÍSICO EJECUTADO.
- COPIA DEL CONTRATO DE OBRA Y ASIENTO DE SER EL CASO.
- COPIA DE LAS AMPLIACIONES DE PLAZO, EN CASO DE APOYA OTORGADO ATRA.
- COPIA SIMPLE DE CARTA, FIANZA, O PÓLIZA DE CANCELACIÓN DEL CUMPLIMIENTO...
- COPIA SIMPLE DE PÓLIZA DE SEGURO VIGENTE, ENTREGADA AL CONTRATISTA.
- COPIA DE PLANILLA DE TRABAJADORES REGISTRADOS AL MES DE LA VALIDACIÓN.
- COPIA CERTIFICADO DE ADECUACIÓN DE LOS FISCIONARIOS DE OBRA.
- ASIENTO DE CUDRILLO DE OBRA Y PAPEL FOTOGRAFICO.

ELMER PASCUAL CONTRATISTAS S

Gerente

Jorge Ancochea

ING. RESIDENTE

INSPECTOR

34. Dicha afirmación, fue acreditada por la parte en la Anotación del Cuaderno de Obra, Asiento N° 16 DEL RESIDENTE<sup>6</sup>, de fecha 01 de octubre de 2021. En donde se manifiesta lo siguiente:

"Se reitera la posibilidad de ejecutar la sub partida 04.01 Excavaciones de Terreno Normal y las sub partidas sucesivas de la partida 04 Movimiento de Tierras, por el impedimento anotado en el Asiento N° 02 de fecha 22/09/2021, por lo dispuesto en la (...). Ello debido a que se advierte una incompatibilidad en el Expediente Técnico de Obra (...).

En tal sentido, desde el 26 de setiembre (en que se dio inicio de la causal de Ampliación de Plazo (...)) la ejecución de dicha sub partida, la cual no

<sup>6</sup> Fojas 13 del Cuaderno de Obra adjunto como Anexo 1- D del Escrito de Demanda.





se pudo ejecutar afectando la ruta crítica, configurándose así las causales de atraso y/o paralización por causas no atribuidos al contratista (...)."

Asiento N° 36 : DEL Residente 01/ octubre/ 2021

1: se reitera la imposibilidad de ejecutar la sub partida 04.01. Excavaciones de Terreno normal y las sub partidas sucesivas, de la partida 04 Movimiento de Tierras, por el impedimento anotado en el Asiento N° 02, de fecha 22/09/21 por lo dispuesto en la resolución Directorial N° 000587-2021-DCE/MC. Ello debido a que se advierte una imposibilidad en el Expediente Técnico de obra, tal como esta establecida en el Informe N° 00103-2021-DSEI-MC/MC de donde se desprende que "El cerco perimetrico contenido en el Expediente Técnico de obra modifico la extensión del Área Intangible y redigo tres variantes en perjuicio del Ambiente Arqueológico sugiriéndose la verificación del cerco perimetrico respetando el Plano actualizado N° PP-029-MC-DCEA-DSEI-2021 WGS23 (Plano control)".

En tal sentido, desde el 26 de setiembre, fecha en que se dio inicio de la causal de la Ampliación de Plazo, fecha en que, según el Cronograma de Ejecución de obra vigente, tenía que realizarse la ejecución de dicha sub partida, lo cual no se pudo ~~ejecutar~~ ejecutar afectando solo ruta crítica configurándose así la causal de Atraso y/o Paralización por causas no atribuidos al contratista, contemplada en el Art. 177 de Reglamento de la Ley de Controlación del Estado.

2: En la carta N° 001555-2021-DCE-MC de fecha 28 de set. 2021 en el penúltimo párrafo, se requiere del Contratista Ejecutor de obra remitido una nueva propuesta de ubicación de cerco perimetrico para la zona Arqueológico Bellavista.

Jhordan Alberto Avila Acevedo  
ING. CIVIL  
R. CIP. N° 218486  
ING. RESIDENTE

Jorge Augusto Montenegro  
ING. CIVIL  
R. CIP. N° 218486  
INSPECTOR

ELMER PASCUAL CONTRATISTA S.A.  
Jorge Augusto Montenegro  
GERENTE GENERAL

35. En adición a lo expuesto, ELMER PASCUAL ha adjuntado la Anotación del Cuaderno de Obra, Asiento N°17 DEL SUPERVISOR DE OBRA de fecha 01 de octubre de 2021, en donde se manifestó lo siguiente:

"En cuanto a la anotación precedente realizada por el Residente de Obra, se indica que, efectivamente el día 26 de setiembre del 2021, de acuerdo al cronograma vigente de obra, en esta fecha debería dar inicio a la ejecución de la sub partida 04.01 Excavación de Terreno Normal, no



pudiéndose iniciar por estar pendiente la modificación del plano PT-01 (...), el mismo que no está alineado con el plano catastral (...)"

Asiento N° 14 - DEL SUPLENIR 01/10/2021.  
Lo Asesorado indica lo siguiente:

1.- En cuanto a la anotación precedente, realizada por el Residente de Obra, se indica que efectivamente el día 26 de setiembre del 2021, de acuerdo al cronograma de obra vigente, en esta fecha debería dar inicio a la ejecución de la subpartida 04-01 Excavación de terreno normal, no pudiendo iniciarse por estar pendiente la modificación del plano PT-01 (CERCO PERIMETRICO: TRAZO EN PLANTA), del expediente técnico de obra contractual, el mismo que no estaría alineado con el plano catastral actualizado N° PP-029-MC-DCIA-DSFL-2021-06528, según se observa en el Informe N° 008-2021-DSFL-MOR/MC de fecha 16 de setiembre del 2021 y la carta N° 001555-2021-DCE/MC de fecha 26 de setiembre del 2021.

2.- De lo anotado en el Asiento N° 015 en referencia a la valoración correspondiente al mes de setiembre del 2021 (valoración de obra en) se indica que no contiene la documentación requerida, según los términos de referencia, que forma parte de los documentos contractuales que se indican: (FOLIO 26 de los términos de referencia).

- PLANILLA DE METRADOS Y CANTO DE SUENTO DE METRADOS.
- VALORACIÓN MENSUAL con la documentación sustentatoria correspondiente.
- CURVA 'S' derivado de la comparación entre el avance físico programado y el avance físico ejecutado.
- COPIA DEL CONTRATO DE OBRA Y ADENDA DE AÑO AL CARO.
- COPIA DE LAS AMPLIACIONES DE PLAZO, EN CASO DE NO HABERSE OTORGADO ESTAS.
- COPIA SIMPLE DE CARTAS FINALES O PUNTOS DE CANCELACIÓN DEL CUMPLIMIENTO...
- COPIA SIMPLE DE FOLIOS DE VOUCHER VIGENTES, ENTREGADOS AL CONTRATISTA.
- COPIA DE PLANILLA DE TRABAJADORES REGISTRADOS AL MES DE LA VALORACIÓN.
- COPIA CERTIFICADO DE POSIBILIDAD, DE LOS SUSCRIBIDOS DE OBRA.
- FOLIOS DE COTIZACIÓN DE OBRA Y FOLIO FOTOGRAFIA.

ING. RESIDENTE

INSPECTOR

36. Además, se ha presentado el Informe N° 000020-2021-UEI-001-CAJP/MC de fecha 20 de octubre de 2021 (Anexo 1-I del Escrito de Demanda) emitido por el Ministerio de Cultura, en donde se manifiesta que la partida 04 Movimiento de Tierras, según calendario de obra, debió iniciarse el 26 de setiembre 09 de 2021 (con un plazo de ejecución de 26 días calendarios), la Entidad por los problemas de deficiencia e incompatibilidad en el expediente técnico de obra, estableció que se inicie el 22 de octubre 10 de 2021. Con lo cual, existe plazo muerto, por la paralización de la obra, esto es, de 27 días, del 26 de setiembre 09 de 2021 al 21



octubre 10 de 2021. Por ende, no culminaría el 31 de octubre de 2021, conforme se detalla a continuación:

2.01. Evaluando el tiempo en el cual el contratista debe culminar los trabajos de colocación del cerco en los tramos compatibles, se advierte un riesgo altamente probable, que el contratista se quede sin frentes de trabajo previo al inicio del movimiento de tierras de los tramos incompatibles, hecho que podría originar la paralización de obra dando lugar a la suspensión y/o ampliación del plazo de obra.

En tal sentido, es necesario iniciar las gestiones que permitan definir el tratamiento técnico más adecuado, que se les dará a los tramos incompatibles del cerco perimétrico, en el marco del Artículo 205 del RLCE.

### III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

3.01. Conforme lo señala el Artículo Sexto de la Resolución Directoral N°000692-2021-DCE/MC, de la Dirección de Certificaciones del Ministerio de Cultura, el administrado Elmer Pascual Contratistas S.A.C., debe contar con opinión favorable de la supervisión y de la UEI-001, para proceder a iniciar con los trabajos de movimiento de tierra de La Obra.

3.02. A través de la Carta N°004-2021-JANM/SO, del 19 de octubre, el supervisor del proyecto otorga opinión favorable para el inicio de los trabajos de movimiento de tierra en La Obra, en aquellos tramos del cerco perimétrico en los cuales no existen incompatibilidades entre el polígono del expediente técnico y la poligonal considerada viable por la DMO.

37. Conforme se aprecia de los numerales 2.01, 3.01 y 3.02 el MINISTERIO reconoce que existen las siguientes anomalías: (i) Incompatibilidades conforme al Cerco Perimétrico; (ii) El CONTRATISTA debe contar con opinión favorable de la Supervisión y de la UEI-001; y el MINISTERIO señala que existen partidas de tierras de los tramos 01, 04 y 07 en los cuales ya se pueden realizar trabajos de movimientos de tierra de la Obra.

38. Como se observa, los tres eventos, a juicio del Árbitro Único constituyen eventos que no son imputables al CONTRATISTA, máxime si todavía se infiere que existen partidas de movimientos de tierras, en donde sí se presentarían incompatibilidades y/o desfases para la ejecución de la obra.

39. Por su parte, el MINISTERIO señala de forma genérica lo siguiente:

*“...Por ello, de lo señalado en la normativa de contrataciones antes citada, se desprende que existe incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales por parte de la empresa ELMER PASCUAL CONTRATISTAS S.A.C., por lo que existen las condiciones legales para proceder con la resolución del Contrato N.º 031-2021-OGA-SG-MC, motivo por el cual mi representada ha actuado en base a sus facultades otorgadas por la norma en contrataciones, cumpliendo así con los requisitos establecidos en el artículo 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, respecto de la causal establecidos en el numeral 164.1 y 164.2...” (lo resaltado es agregado).*

40. De otro lado, en su Escrito de Contestación de Demando el MINISTERIO argumentaría lo siguiente:

*“...2.9 Respecto a lo antes acotado la Contratista precisa que, si hubo causal para solicitar la ampliación del plazo, pero de la revisión de los actuados se puede colegir que no hay documento existente donde el*



*Contratista haya elaborado la solicitud de la ampliación de plazo, es más, su alegación carece de fundamento al no haber presentado medio probatorio alguno respecto a su argumento por lo que deberá de ser desestimado...”*

41. Por otro lado, el MINISTERIO de forma genérica establece lo siguiente:

*“... 2.12. Por lo que con fecha 20/10/2021 la UEI-001 mediante las Cartas N°000103 y N°000104-2021UEI001/MC remite el Informe N°000020-2021-UEI-001-CAJP/MC, al Contratista y Supervisión, a través de las cuales la Unidad Ejecutora de Inversiones 001 del Ministerio de Cultura **otorga opinión favorable para el inicio de las partidas de movimiento de tierras en La Obra.***

*2.13. Es así que a través de la Carta N°004-2021-JANM/SO, del 20 de octubre del 2021, el supervisor de la obra hace llegar a la Unidad Ejecutora de Inversiones N°001 (UEI-001), el informe de opinión **favorable para el inicio de las partidas de movimiento de tierras presentadas por el Contratista...***

42. Por último, el MINISTERIO en el numeral 2.14 indica que la ENTIDAD tomó la decisión de resolver el CONTRATO por haber alcanzado el máximo de penalidad por retaso injustificado por parte del CONTARTISTA, de acuerdo a lo siguiente:

*“... 2.14. Ahora bien, en lo que respecta a la Carta N° 000384-2021OGA/MC notificada el 06.dic.2021, donde se comunica la decisión de resolver el contrato antes indicado, por haber alcanzado y superado el monto máximo de penalidad (10% del monto contractual), suma que asciende a S/ 48,379.80 Soles, esta se sustenta en lo siguiente:*

- *Que a la fecha de la notificación de la Carta N° 000384-2021OGA/MC, la obra tan sólo ha alcanzado el 5.13% de avance físico; y*
- *Que el Contratista no ha comunicado formalmente a la Entidad, los motivos y causas de las paralizaciones y retrasos en obra, lo que pondría en evidencia un desinterés en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales...”*

43. Se puede colegir, a partir de los antes señalado por el MINISTERIO que se puede justificar la imposición de las penalidades que genera la resolución del CONTRATO, por la acumulación máxima del 10% de penalidades por retraso injustificado.

44. A partir de lo expuesto, el Árbitro Único concluye que, la imposición de penalidades por parte del MINISTERIO no es la correcta toda vez que, al amparo del artículo 162.5 del RLCE, la norma ha previsto que pueden existir retrasos justificados que no generan penalidad, cuando los mismos se deban a causales objetivas.

45. En efecto, en el Asiento 39 del Cuaderno de Obra a fojas 30 (Anexo 1- D del Escrito de Demanda), se indica que el Informe N°009-2021/JANM/SO, se informa a la ENTIDAD respecto a la solicitud del CONTRATISTA de absolver conjunto que ameritan la atención del PROYECTISTA, en referencia a la modificación de la



poligonal del cerco perimétrico de la obra en ejecución, de acuerdo al siguiente detalle:

ASIENTO N° 39 - DE LA SUPERVISIÓN 08/NOV/2021

La supervisión indica lo siguiente:

- 1.- Con Carta N° 007-2021 y el Informe N° 007-2021/PM/ISO, se informa a la Entidad, respecto a la solicitud del contratista de absoluta consulta que conlleva la atención del proyectista, en referencia a la modificación de la poligonal del cerco perimétrico de la obra en ejecución, en merito a la Resolución Directoral N° 000692-2021-DGE/PM del 13.08.2021.
- 2.- El suscrito recomienda con opinión favorable, notificar al propietario, para opinión de la modificación.
- 3.- De ser el caso y por opinión favorable de la modificación, por parte del proyectista y la Entidad, se deberá proceder de acuerdo al artículo 205.- Prestaciones adicionales de obra, mayores o iguales al 15% (quince por ciento), del reglamento de la ley de contrataciones del estado.

Jorge A. [Firma]

46. Como se observa de lo antes señalado, existe una causa objetiva que justifica que no se imponga una penalidad hasta el 08 de noviembre del 2021. De otro lado, en el Asiento 40 del Cuaderno de Obra a fojas 30 (Anexo 1- D del Escrito de Demanda), se deja constancia que la Supervisión al 11 de noviembre de 2021 señaló lo siguiente: "...1- A la fecha nos encontramos a la espera de la absolución de la consulta trasladada al Proyectista, por intermedio de la ENTIDAD, en relación a la modificación de la poligonal del cerco perimétrico de la obra, según el Asiento precedente. 2- La partida 04 "Movimiento de tierras y las partidas subsecuentes se encuentran paralizadas desde el día 26 de setiembre..." Constancia que se puede apreciar de la siguiente anotación del Cuaderno de Obra.

ASIENTO N° 40 - DE LA SUPERVISIÓN 11/NOV/2021

La supervisión indica lo siguiente:

- 1.- A la fecha nos encontramos a la espera de la absolución de consulta trasladada al proyectista, por intermedio de la entidad, en referencia a la modificación de la poligonal del cerco perimétrico de la obra, según lo indicado en el asiento precedente.
- 2.- Las partidas 04.- "Movimiento de tierras" y las partidas subsecuentes, se encuentran paralizadas desde el día 26 de setiembre, fecha en que según el cronograma prevé de ejecución de obra, debía realizarse la ejecución de la sub-partida 04.01.- Excavación de terreno normal y la sub-partida sucesiva, las cuales no se han podido realizar, por lo dispuesto en la Resolución Directoral N° 000587-2021-DGE/PM del 31.08.2021, aplicando la Rula Cuálitas del calendario programado.

Jorge A. [Firma]

ING. RESIDENTE

INSPECTOR

47. Como se desprende del mismo medio probatorio, a juicio del Árbitro Único, se evidencia que existieron retrasos justificados desde el 26 de setiembre, hasta el 11

de noviembre inclusive. En consecuencia, el MINISTERIO, no se podrían imputar días de retraso que incluyan dicho periodo de tiempo.

48. Por otra parte, en tanto persista el evento no imputable correspondería que el MINISTERIO acredite que pudo subsanar el evento no imputable que impide la ejecución de las obras derivadas del CONTRATO. En efecto, al MINISTERIO le correspondería acreditar la suscripción de la modificación del objeto y alcance del CONTRATO, la suscripción de una nueva adenda en donde se deje constancia que las partes de mutuo acuerdo o el MINISTERIO ha cumplido subsanar aquellos eventos con la finalidad de superar las incompatibilidades y desfases que le impiden al contratista ejecutar el íntegro de la obra.
49. Adicionalmente a lo anterior, el MINISTERIO no ha tomado en consideración, al momento de aplicar las penalidades, las partidas que no se pueden ejecutar todavía, y ha procedido aplicar el íntegro del monto del contrato como si dicho negocio jurídico se hubiese podido cumplir con el íntegro de las obligaciones, cuando en realidad, de los actuados que obran en el expediente se evidencia que hay partidas del expediente técnico que no se pueden ejecutar.
50. Asimismo, el retraso del CONTRATISTA está justificado con los siguientes medios probatorios: Contrato N° 031-2021-OGA-SG-MC, Adenda N°1, Adenda N°2, Cuaderno de Obra (Asientos N° 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40) Resolución Directoral N° 000587-2021-DCE/MC, Informe N° 000132-2021-DSFL-MDR/MC, Carta N° 001555-2021-DCE/MC, Carta N° 000384-2021-OGA-MC y el Informe N°000020-2021-UEI-001-CAJP/MC.
51. Dado que, no procedía aplicar el íntegro de las penalidades tampoco corresponde resolver el contrato al alcanzar el monto máximo de penalidad por mora. En ese sentido, a consideración del Árbitro Único se ha acreditado de manera fehaciente la incompatibilidad y desfases en el expediente técnico de obra, razón por la cual, ELMER PASCUAL no pudo realizar el Proyecto, el cual fue objeto materia de CONTRATO.
52. Por lo tanto, al haber justificado el retraso en el cumplimiento de la ejecución del CONTRATO, la aplicación de penalidad regulada en la Cláusula Décimo Quinta no se podría imputar a ELMER PASCUAL, debido a que se encuentra dentro del supuesto de hecho, en donde al ser causa justificada y no imputable al CONTRATISTA no se le aplica las penalidades por los días de retraso.
53. Si el MINISTERIO quisiera resolver correctamente la relación contractual, tendría que imputar un incumplimiento de una obligación concreta relacionada a una partida que se haya podido ejecutar y, en función a ello, evaluar si existe incumplimiento o no que permita alcanzar el monto máximo de la penalidad por mora.
54. Por ende, la liquidación del número de días que efectúa el MINISTERIO está tomando en consideración días que no le son imputables a ELMER PASCUAL. Por esta razón, el Informe N° 001138-2021-OAB/MC, no podía tomar en consideración los días de retraso que no le son imputables al CONTRATISTA, y en consecuencia tampoco debía invocar la causal de resolución del literal b) del artículo 164.1 del RLCE, que establece se podrá resolver la relación contractual derivada del CONTRATO cuando el deudor alcance el monto máximo de la penalidad por mora,





esto es, cuando supere el diez por ciento (10%) del monto del contrato por concepto de la aplicación de penalidades en la ejecución de las obligaciones del CONTRATO.

55. De otro lado, lo señalado en el literal b) del artículo 164.1 de RLCE también ha sido recogido dentro del programa contractual. En efecto, conforme lo establece sexto párrafo de la Cláusula Décimo Quinta del CONTRATO, cláusula que también señala que será causal de resolución del contrato el hecho que el contratista supere el monto máximo de penalidad por mora. En efecto, dicho pacto contractual establece expresamente lo siguiente:

#### CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA: PENALIDADES

Si **EL CONTRATISTA** incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, **LA ENTIDAD** le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times \text{monto vigente}}{F \times \text{plazo vigente en días}}$$

Donde:

**F = 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o;**

**F = 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.**

El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando **EL CONTRATISTA** acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En este último caso la calificación del retraso como justificado por parte de **LA ENTIDAD** no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo, conforme el numeral 162.5 del artículo 162° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

#### **OTRAS PENALIDADES**

ELMER PASCUAL CONTRATISTAS S.A.C.  
  
Juana J. García Valdovinos  
GERENTE GENERAL

Penalidades			
Nº	Supuestos de aplicación de penalidad	Forma de cálculo	Procedimiento
1	<b>PERMANENCIA DEL PERSONAL CLAVE</b> Cuando el personal acreditado permanece menos de sesenta (60)	0.50 UIT por cada día de ausencia del personal en	Según Informe del Supervisor

Penalidades			
Nº	Supuestos de aplicación de penalidad	Forma de cálculo	Procedimiento
	Es obligación del Contratista mantener la vigencia de los seguros hasta la culminación de la obra, se le aplicará la penalidad por cada día en que los seguros no se encuentren vigentes.	ofertado por ejecución de la obra	
16	<b>PAGO DE PLANILLAS A PERSONAL OBRERO</b> Por atrasos y/o paralizaciones de los trabajos o actos programados como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones laborales con su personal obrero (pago de remuneraciones, oportunas, etc.)	Se aplicará una penalidad del 0.05% del monto ofertado por la ejecución de la obra	Se acredita con Informe del Supervisor

Juana J. García Valdovinos  
GERENTE GENERAL

Las penalidades enumeradas se calcularán aplicando los porcentajes señalados al monto contractual, las mismas que serán deducidas de los pagos a cuenta, valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

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

Estos dos (2) 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.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, de ser el caso, **LA ENTIDAD** puede resolver el contrato por incumplimiento.

56. En consecuencia, a juicio del Árbitro Único, la resolución efectuada por parte del MINISTERIO mediante Carta N°000384-2021-OGA/MC deviene en ineficaz y, por ende, debe declararse FUNDADA la Pretensión Principal del escrito de demanda presentado por ELMER PASCUAL.

## **SOBRE EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO**

57. Efectuadas las consideraciones precedentes, corresponde dar cuenta del Segundo Punto Controvertido, el cual consiste en lo siguiente:

**Segundo Punto Controvertido (Respecto a la Primera Pretensión Accesorio de la demanda):** Que, el Árbitro Único determine si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago de indemnización por daños y perjuicios que ocasionó al contratista (lucro cesante y daño emergente), que serán calculados en ejecución de Laudo Arbitral.

58. Como una consecuencia lógica de su pretensión anterior, mediante la Primera Pretensión Accesorio, ELMER PASCUAL solicita que el Árbitro Único determine si le corresponde al MINISTERIO el pago de una indemnización por daños y perjuicios que habría ocasionado el MINISTERIO.
59. Cabe precisar que el artículo 166.2 del RLCE con relación a los efectos de la resolución del CONTRATO lo siguiente:

### ***Artículo 166. Efectos de la resolución***

(...)

*166.2. Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad reconoce la respectiva indemnización por los daños irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.*

60. Dado que la LCE ni el RLCE establecen los criterios para la acreditación de la existencia y la cuantía de los daños sufridos en una relación contractual, corresponde aplicar supletoriamente las normas del Código Civil peruano.
61. Como cuestión previa, cabe advertir que la normativa que resulta aplicable es la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, "LCE"), el RLCE y el Código Civil.
62. Sobre el particular, debe tenerse presente que en el artículo 5° de la LCE se indica lo siguiente:

### ***"Artículo 5.- Especialidad de la norma y delegación***

El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público **y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables**. El Titular de la Entidad podrá delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. No pueden ser objeto de delegación, la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra y otros



supuestos que se establezcan en el Reglamento” (lo resaltado es agregado).

63. En el mismo sentido, el segundo párrafo del artículo 142° del RLCE señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 142.- Contenido del Contrato

El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato. El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título.

**En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado**” (lo subrayado es agregado).

64. Finalmente, respecto de la aplicación supletoria del Código Civil, el artículo IX del Título Preliminar de dicho cuerpo normativo establece lo siguiente:

“Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984.- **Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza**” (lo subrayado es agregado).

65. De esta manera, a juicio del Árbitro Único se puede establecer que, en caso exista alguna materia no abordada expresamente el CONTRATO, ni tampoco en la LCE ni el RLCE, ni en otras normas de derecho público que resulten aplicables al respecto, será posible recurrir al Código Civil de manera supletoria.
66. Como se ha declarado ineficaz la resolución del CONTRATO, correspondería aplicar la carga de la prueba recogida en el artículo 1331 del Código Civil peruano, norma que señala expresamente lo siguiente:

**Artículo 1331 del Código Civil peruano de 1984.- La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado** por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (lo subrayado es agregado).

67. Como se observa, la carga de la prueba de la existencia del daño, así como de su cuantía está en cabeza de ELMER PASCUAL.
68. En el presente caso, ELMER PASCUAL en el escrito de demanda manifiesta haber realizado la adquisición de bienes, para la ejecución de las partidas 05.02.01. SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE CERCO METÁLICO TIPO PRONTO S/PLANOS, además de los postes metálicos de la partida 05.02.02. SUMINISTRO

E INSTALACIÓN DE POSTES METÁLICOS 3"X3", E= 2.5 MM.S/PLANOS, por un valor de \$18.105.21 Dólares Americanos.

69. En ese sentido, se solicita el pago de una indemnización por el concepto de lucro cesante y, los intereses legales, que habría generado dicho monto dinerario. Asimismo, se solicita el pago de S/. 600.00 mensuales por concepto de daño emergente, como consecuencia del pago del almacén que realiza el demandante, para efectos de la custodia de determinados bienes materia del CONTRATO.
70. En efecto, ELMER PASCUAL ha aportado los siguientes medios probatorios, la Factura Electrónica N°F001-00141969 de fecha 25 de agosto de 2021, emitida por la empresa PRODAC S.A.C (Anexo 1-J del Escrito de Demanda), conforme a lo siguiente:

		<b>R.U.C.: 20254053822</b> <b>FACTURA ELECTRÓNICA</b> <b>N° F001-00541909</b>	
<b>PRODUCTOS DE ACERO CASSADO S.A. PRODAC S.A.</b>			
<b>Planta y Oficina</b> <b>Sucursal Chiclayo</b> <b>Sucursal Arequipa</b>	Av. Nino Cantabría N° 8429 Prov. Cona Del Cuzco - Prov. Cona Del Cuzco CALLACAPORI Teléfono: 051-1381546666 - Fax: 051-138175847 Sitio: La Victoria-Mz 21 Lote 3B - La Victoria-Chiclayo-Lambayeque Calle M 4, Lote M 3, Manzana E, Urbanización Industrial Cayo, Piscoarepa, Arequipa Teléfono: 054-462712	<b>Sucursal Arequipa</b> Car. Pisco Arequipa km.7200 Z.I. Zona E Yancamachu Correo Pisco-Chiclayo Sector Los Andes Chica, Pisco 281 Lote 3-4, Sotopampa, Arequipa	
<b>CÓDIGO</b> <b>EMIS</b> <b>R.U.C.</b> <b>DIRECCIÓN</b> <b>MONEDA</b>	101988 ELIUM PRODAC CONTRATISTAS S.A.C. 20480458417 CAL. POLY ALDO MRO 266 (TERMINADO AV 26 DE MAYO) LA ESPERANZA TILLOLLU LA LIBERTAD DOLARES PERUVIANOS	<b>CÓDIGO IDENTIFICACIÓN</b> 61030080 8019882 <b>FECHA EMISIÓN</b> 2024-08-25 <b>VENDEDOR</b> JIMERO ARTURO - AC Infraestructura <b>PIG.V.</b> 002207017 <b>GUÍA REN.</b> - <b>ORD COMPRA</b> 0001 <b>FORMA DE PAGO</b> CONTADO CONTADO	

CÓDIGO	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR BRUTO	DESC.	IMPORTE	PRECIO UNIT. (IVA 0%)
200020	Acople para el 50% probos/Cassado	UN	1.000	4,315.49	4,315.49	0.00	4,315.49	5,332.9902

**AVISO IMPORTANTE:** PARA PAGO EFECTIVO Y CHEQUES, EN LA SUBSECTOR PRIMARIO, EL VENDEDOR CORRESPONDIENTE CONSERVA EL DOCUMENTO POR SU RESPONSABILIDAD. PARA PAGO MEDIANTE CHEQUE A NOMBRE DE PRODAC S.A. O NOMBRE DIRECTAMENTE EN LA CTA. DE LA EMPRESA, IMPORTANTE: EN CASO DE PAGO FUERA DEL PLAZO DE VENCIMIENTO, SE COBRARÁ EL MAXIMO DE INTERES DEL MERCADO.

POR RESOLUCIÓN SUNAT 30P-2002 SONO AGENTES DE RETENCIÓN, NO SONO AFECTOS AL 3% POR RESOLUCIÓN SUNAT 015-2006 SONO AGENTES DE PERCEPCIÓN.

(SON UNO CERO CINCO DOLARES TREINTA Y TRES CENTAVOS DOLARES AMERICANOS)

<b>OPERACIÓN SUJETA A PERCEPCIÓN DEL 0%</b> F001-F-002-010	<b>0.00% 0</b>	<table border="1"> <tbody> <tr> <td>Total Valor Unit</td> <td>4,315.49</td> </tr> <tr> <td>Total Descuentos</td> <td>0.00</td> </tr> <tr> <td>Total Exonerado (USD)</td> <td>4,315.49</td> </tr> <tr> <td>Total Inafecto (USD)</td> <td>0.00</td> </tr> <tr> <td>Total Exonerado (USD)</td> <td>0.00</td> </tr> <tr> <td>Total IVA 18%</td> <td>\$11.31</td> </tr> <tr> <td>Total = USD</td> <td>5,332.99</td> </tr> <tr> <td>Total = Cero USD</td> <td>5,332.99</td> </tr> </tbody> </table>	Total Valor Unit	4,315.49	Total Descuentos	0.00	Total Exonerado (USD)	4,315.49	Total Inafecto (USD)	0.00	Total Exonerado (USD)	0.00	Total IVA 18%	\$11.31	Total = USD	5,332.99	Total = Cero USD	5,332.99
Total Valor Unit	4,315.49																	
Total Descuentos	0.00																	
Total Exonerado (USD)	4,315.49																	
Total Inafecto (USD)	0.00																	
Total Exonerado (USD)	0.00																	
Total IVA 18%	\$11.31																	
Total = USD	5,332.99																	
Total = Cero USD	5,332.99																	

Representación impresa de la Factura Electrónica  
 Podrá ser consultado en: [www.prodac.com.pe](http://www.prodac.com.pe)  
 Autorizado mediante Resolución N° 018005000086 SUNAT




71. Sin embargo, de la revisión de los documentos que obran en Autos, no se encuentra material probatorio representado en vouchers, transferencias electrónicas, pago, entre otros, que constituyan prueba suficiente para acreditar los



daños invocados por ELMER PASCUAL y, por ende, que ameriten el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

72. Como puede apreciarse de la factura antes indicada, dicho medio probatorio da cuenta de ciertos gastos en los que, aparentemente, habría incurrido ELMER PASCUAL. No obstante, dicho medio probatorio, por sí mismo, no es suficiente para acreditar de forma objetiva el desembolso efectivo que se habría efectuado ELMER PASCUAL. Además, no obra en autos ningún documento que dé cuenta de transferencias bancarias o pagos a través de cualquier otra vía referidos a esta factura.
73. Por esta razón, no puede alegar cualquier tipo de daño patrimonial como lo es daño emergente o lucro cesante.
74. Por otra parte, está presente la Factura Electrónica N°F001-00142955 de fecha 7 de setiembre de 2021, emitida por la empresa PRODAC S.A. (Anexo 1-J del Escrito de Demanda) en donde se aprecia lo siguiente:



**PRODUCTOS DE ACERO CASSADO S.A. PRODAC S.A.**

**R.U.C.: 20254053822**

**FACTURA ELECTRÓNICA**

**N° F001- 00142955**

**Planta y Oficina** :Av.Néstor Gambeta N° 6429 Prov.Const.Del Callao -Prov.Const.Del Callao -CALLAO-PERU  
Teléfono:(51-1)613-6666 - Fax:(51-1)577-0041

**Sucursal Chiclayo** :Barrio La Victoria Mz 21 Lote 3B - La Victoria-Chidayo-Lambayeque

**Sucursal Arequipa** :Calle N° 4, Lote N° 3, Manzana E, Urbanización Industrial Cayro, Paucarpata, Arequipa  
Teléfono:(054)463153

**CODIGO** :1019468

**SR(es)** :ELMER PASCUAL CONTRATISTAS S.A.C.

**R.U.C.** :20482435417

**DIRECCIÓN** :CAL.FELIX ALDAO NRO. 266 (TERMINANDO AV.26 DE MARZO)  
LA ESPERANZA TRUJILLO LA LIBERTAD

**MONEDA** :DOLARES AMERICANOS

**Sucursal Ucayali** :Car.Federico Basadre km.7200 ZI.Zona-6 Yarinacocha-Coronel Portillo-Ucayali

**Sucursal Ica:** :Sector: Los Arboles Otros Parcela 239 Lote 3-4, Subtarjalla, Ica, Ica.

**CODIGO IDENTIFICACIÓN** :6100307615 90321696

**FECHA EMISIÓN** :Callao 2021-09-07

**VENDEDOR** :MARIO ARTURO - AC.Infraestructura

**PED.V.** :0000288380

**GUÍA REM.** :80350050 GR-00002-0620350

**ORD.COMPR** :00001

**FORMA DE PAG.** :CONTADO CONTADO

CÓDIGO	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR BRUTO	DSCTO.	IMPORTE	PRECIO UNIT. (Inc IGV)
1201646	POSTE CERCAS PRO 75-2.5MM 2.9M GI VD-PE	UN	116.000	69.4500	8056.20	0.00	8,056.20	81.9510
1200561	TAPA PVC CERCAS PRO P/POSTE 75x75	UN	116.000	0.9000	104.40	0.00	104.40	1.0620


**AVISO IMPORTANTE:** PARA PAGO EN EFECTIVO Y CHEQUES, EXIJA SU RECIBO FIRMADO POR EL VENDEDOR/COBRADOR Y CONSERVE EL DOCUMENTO. POR SU SEGURIDAD REALICE SUS PAGOS MEDIANTE CHEQUE A NOMBRE DE PRODAC S.A. O ABONE DIRECTAMENTE EN LA CTA.CTE. DE LA EMPRESA.  
**IMPORTANTE:** EN CASO DE PAGO FUERA DEL PLAZO DE VENCIMIENTO, SE COBRARÁ EL MÁXIMO DE INTERÉS DEL MERCADO

POR RESOLUCION SUNAT 307-2002 SOMOS AGENTES DE RETENCION. NO SOMOS AFECTOS AL 3%  
 POR RESOLUCION SUNAT 013-2006 SOMOS AGENTES DE PERCEPCION  
**SON:CUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS CON 51/100 DOLARES AMERICANOS**


OPERACIÓN SUJETA A PERCEPCION DEL IGV 0.00% 0  
FSIG-F1-002-010

Representación Impresa de la Factura Electrónica  
Podrá ser consultado en: [www.prodac.com.pe](http://www.prodac.com.pe)  
Autorizado mediante Resolución:N°0190050000886/SUNAT

Sub Total USD	8,160.60
Total Descuentos	0.00
(-) ANTICIPO SIN IGV	4519.49
Total Gravado USD	3,641.11
Total Inafecto USD	0.00
Total Exonerado USD	0.00
Total IGV 18%	655.40
Total - USD	4,296.51
Total a Cancelar USD	4,296.51



75. Nuevamente como puede apreciarse de la factura antes indicada, ELMER PASCUAL tampoco ha cumplido con acreditar la existencia de un daño en los términos del artículo 1331 del Código Civil peruano toda vez que dicho medio probatorio, por sí mismo, no es suficiente para acreditar de forma objetiva el desembolso efectivo que se habría efectuado ELMER PASCUAL. Asimismo, no obra en autos ningún documento que dé cuenta de transferencias bancarias o pagos a través de cualquier otra vía referidos a esta factura. Por esta razón, no puede alegar cualquier tipo de daño patrimonial como lo es daño emergente o lucro cesante.
76. Otro medio probatorio con el que pretende acreditar la existencia de un daño es la Factura Electrónica N°F001-00144734 de fecha 30 de setiembre de 2021, emitida por la empresa PRODAC S.A.C. (Anexo 1-J del Escrito de Demanda) en donde se aprecia lo siguiente:



R.U.C.: 20254053822

**FACTURA ELECTRÓNICA**

**N° F001-00144734**

**PRODUCTOS DE ACERO CASSADO S.A. PRODAC S.A.**

**Planta y Oficina:** :Av. Néstor Gambeta N° 6429 Prov. Const. Del Callao - Prov. Const. Del Callao - CALLAO-PERU  
**Sucursal Chiclayo:** :Barrio La Victoria Mz 21 Lote 38 - La Victoria-Chiclayo-Lambayeque  
**Sucursal Arequipa:** :Calle N° 4, Lote N° 3, Manzana E, Urbanización Industrial Cayo, Paucarpata, Arequipa  
 Teléfono: (054)-463153

**CODIGO SR(es):** :1019468  
**R.U.C.:** :ELMER PASCUAL CONTRATISTAS S.A.C.  
**DIRECCIÓN:** :20482435417  
 :CALLE FELIX ALDAO NRO. 266 (TERMINANDO AV.26 DE MARZO)  
 LA ESPERANZA TRUJILLO LA LIBERTAD  
**MONEDA:** :DOLARES AMERICANOS

**Sucursal Ucayali:** :Car. Federico Basadre km. 7200 Z.I. Zona-6 Yarinacocha-Coronel Portillo-Ucayali  
**Sucursal Ica:** :Sector. Los Amabales Otros. Parcela 239 Lote 3-4, Subtarjalla, Ica, Ica.

**CODIGO IDENTIFICACIÓN:** :S100310503 :90325042  
**FECHA EMISIÓN:** :Callao :2021-09-30  
**VENDEDOR:** :MARIO ARTURO - AC:Infraestructura  
**PED.V.:** :0000291447  
**GUÍA REM.:** :80353414 GR-00002-0622219  
**ORD. COMPR.:** :GUNIB 05190921  
**FORMA DE PAG.:** :CONTADO

CÓDIGO	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR BRUTO	DESCTO.	IMPORTE	PRECIO UNIT. (inc. IGV)
1200663	PANEL CERCAS PRO 2.080X3M GALV - VERDE	UN	70.000	87.7100	6139.70	0.00	6,139.70	103.4978
1200199	FLAJACION CERCAS PRO GI VERDE PITUERCA	UN	366.000	0.7000	256.20	0.00	256.20	0.8260
1200447	PERNO COCHE CERCAS PRO INOX 316 1/4x3"	UN	366.000	0.6500	237.90	0.00	237.90	0.7670
1200573	TUERCAS CERCAS PRO INOX 1/4"	UN	366.000	1.5000	549.00	0.00	549.00	1.7700

AVISO IMPORTANTE: PARA PAGO EN EFECTIVO Y CHEQUES, EXLJA SU RECIBO FIRMADO POR EL VENEDOR/COBRADOR Y CONSERVE EL DOCUMENTO. POR SU SEGURIDAD REALICE SUS PAGOS MEDIANTE CHEQUE A NOMBRE DE PRODAC S.A. O ABONE DIRECTAMENTE EN LA CTA.CTE. DE LA EMPRESA. IMPORTANTE: EN CASO DE PAGO FUERA DEL PLAZO DE VENCIMIENTO, SE COBRARÁ EL MÁXIMO DE INTERÉS DEL MERCADO.

POR RESOLUCIÓN SUNAT 307-2002 SOMOS AGENTES DE RETENCIÓN, NO SOMOS AFECTOS AL 3%  
 POR RESOLUCIÓN SUNAT 013-2006 SOMOS AGENTES DE PERCEPCIÓN


SON: OCHO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO CON 70/100 DOLARES AMERICANOS

OPERACIÓN SUJETA A PERCEPCIÓN DEL IGV 0.00% 0

PSIG-F1-002-010

Representación Impresa de la Factura Electrónica  
 Podrá ser consultado en: [www.prodac.com.pe](http://www.prodac.com.pe)  
 Autorizado mediante Resolución: N°0190050000886/SUNAT

Sub Total USD	7,182.80
Total Descuentos	0.00
Total Gravado USD	7,182.80
Total Inafecto USD	0.00
Total Exonerado USD	0.00
Total IGV 18%	1,292.90
Total - USD	8,475.70
Total a Cancelar USD	8,475.70



77. De nuevo puede apreciarse de la factura antes indicada que ELMER PASCUAL no ha cumplido con acreditar la existencia de un daño toda vez que dicho medio probatorio, por sí mismo, no es suficiente para acreditar de forma objetiva el desembolso efectivo que se habría efectuado por el demandante. Adicionalmente a ello, no obra en autos ningún documento que dé cuenta de transferencias bancarias o pagos a través de cualquier otra vía referidos a esta factura. Por esta

razón, no puede alegar cualquier tipo de daño patrimonial como lo es daño emergente o lucro cesante.

78. En ese sentido, en la medida en que la carga de la prueba sobre la existencia y cuantía del daño recae sobre ELMER PASCUAL, y dicha parte no ha cumplido con presentar medios probatorios que sustenten los daños cuya indemnización reclama, el Árbitro Único estima pertinente declarar INFUNDADA la Primera Pretensión Accesorio.

### **SOBRE EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO**

79. De acuerdo con el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral Unipersonal debe fijar en el laudo los costos del arbitraje.
80. De acuerdo con el artículo 73° de la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral Unipersonal 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 Unipersonal podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
81. En el presente caso, no se ha establecido ninguna previsión con relación a la imputación o distribución de los costos del arbitraje.
82. Siendo ello así, atendiendo a que, en opinión del Colegiado y al resultado de la Decisión, ambas partes han tenido motivos legítimos para litigar, el Tribunal Arbitral considera pertinente disponer que los gastos arbitrales sean asumidos en partes iguales, esto es, que la totalidad de los gastos arbitrales debe ser asumida en proporción del cincuenta por ciento (50%) por cada parte.
83. De acuerdo con el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, los costos del arbitraje comprenden los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje. Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que a cada parte le corresponde asumir los gastos incurridos en su defensa.

### **RESOLUCIÓN.-**

Por las razones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en las reglas del Proceso; el Reglamento y en la Ley de Arbitraje, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Árbitro Único, en **DERECHO**,

#### **LAUDA:**

**PRIMERO: DECLARAR FUNDADA** la Pretensión Principal de la demanda planteada por ELMER PASCUAL, por ende, corresponde declarar ineficaz la resolución efectuada por el MINISTERIO mediante Carta N° 000384-2021-OGA/MC de fecha día 06 de diciembre 2021.

**SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal de la demanda planteada por ELMER PASCUAL.

**TERCERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la Segunda Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal de la demanda planteada por ELMER PASCUAL; y, en ese sentido,



**DECLARAR** que los costos arbitrales del presente proceso deben ser asumidos en una proporción del cincuenta por ciento (50%) por cada parte.



---

**EDUARDO BUENDÍA DE LOS SANTOS**  
**ÁRBITRO ÚNICO**