LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

CONTROVERSIA DERIVADA DEL CONTRATO DE SUPERVISIÓN DE OBRA Nº 093-2007-MTC/20 "REHABILITACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA TINGO MARÍA-AGUAYTÍA, TRAMO PUENTE PUMAHUASI- PUENTE CHINO ENTRE EL CONSORCIO VIAL PUMAHUASI Y PROVIAS NACIONAL

Reunidos en la fecha en el local del Tribunal Arbitral sito en Calle Sinchi Roca Nº 2560 – Lince, los árbitros Dr. César Ochoa Cardich, Emilio Cassina Rivas y Richard Martin Tirado, asistidos por la Secretaria Arbitral, Sra. Gabriela Cassina Ramón, acordaron expedir el Laudo Arbitral de derecho en los siguientes términos:

RESOLUCION N° 24

Lima, 17 de enero de 2013

I. ANTECEDENTES, PROCEDIMIENTO Y CUESTIONES PRELIMINARES.-

A. ANTECEDENTES: EL CONTRATO Y LA SOLICITUD DE ARBITRAJE.-

1. El Contrato de Supervisión de Obra Nº 093-2007-MTC/20, de fecha 26 de junio de 2007 –en adelante el Contrato de Supervisión de Obra- es celebrado de una parte por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional-PROVÍAS NACIONAL (**en adelante el Demandado),** y de la otra parte, CONSORCIO VIAL PUMAHUASI integrado por las empresas HOB Consultores S.A.- CORPEI S.A.-CONESUPSA, (**en adelante el Demandante).**

2. La Décimo Tercera Cláusula del **Contrato de Supervisión de Obra** (Cláusula Arbitral) estipula –entre otros aspectos- que: Las partes acuerdan que cualquier controversia que se deriva de la ejecución o interpretación del contrato, incluida la que se refiera a su nulidad e invalidez se resolverá mediante los procedimientos de conciliación y arbitraje (numeral 13.1); Si la conciliación concluyera con la inasistencia de una o ambas partes, con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes se someterán a un arbitraje de derecho para que resuelvan las controversias. La solicitud de arbitraje y la respuesta de ésta, se efectuarán conforme a lo dispuesto en los artículos 276° y 277° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo Nº 084-2004-PCM (numeral 13.2); el arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral compuesto por tres árbitros, según el procedimiento previsto en el artículo 280° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo Nº 084-2004-PCM (numeral 13.3); el Tribunal Arbitral o

árbitro único, de común acuerdo con las partes, establecerán las reglas bajo las cuales se realizará el arbitraje, respetando la cláusula arbitral (numeral 13.7); el laudo arbitral emitido obligará a las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo inapelable ante el Poder Judicial o cualquier instancia administrativa, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecutará como una sentencia (numeral 13.8).

3. Mediante Carta Nº 001-2012/CON-0709-S/RL recibida el 3 de enero de 2012, el Demandante solicita al Demandado- el inicio de un proceso arbitral por la controversia surgida por no estar conforme con el contenido de la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20, de fecha 29 de diciembre de 2011, la misma que aprueba la liquidación final del **Contrato de Supervisión de Obra,** para la prestación del servicio de consultoría para la supervisión de la Obra Pública "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Tingo María- Aguaytía, Tramo Puente Pumahuasi- Puente Chino", en la que se determina un saldo en contra del Supervisor de la obra equivalente a S/. 200,081.66 (Doscientos Mil Ochenta y uno y 66/100 nuevos soles) y una penalidad equivalente a S/. 126,774.04 (Ciento Veintiséis Mil Setecientos Setenta y Cuatro y 04/100 nuevos soles).

   Asimismo, el demandante designa como árbitro de parte al abogado Emilio Cassina Rivas.

4. Mediante Oficio Nº 276-2012-MTC/07, recibido el 17 de enero de 2012, el Demandado contesta la petición de arbitraje ratificando el contenido de la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20. Asimismo, designa como árbitro de parte, al abogado Richard Martin Tirado.

5. Los árbitros Richard Martin Tirado y Emilio Cassina Rivas designaron como Presidente del Tribunal Arbitral al abogado César Ochoa Cardich, especialista en Derecho Administrativo, quien mediante comunicación cursada a las partes de fecha 1 de febrero de 2012, aceptó desempeñar el encargo conferido.

B. LA INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL, DETERMINACIÓN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS Y LAS ACTUACIONES ARBITRALES

6. EL 1 de marzo de 2012 en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado- OSCE se reunieron con la finalidad de instalar al Tribunal Arbitral, sus miembros, los abogados César Ochoa Cardich -en su calidad de Presidente- y los co-árbitros Richard Martin Tirado y Emilio Cassina Rivas. Asistieron a este acto, la abogada Fabiola Paulet Monteagudo, Directora

de Arbitraje Administrativo del OSCE, la abogada Luisa Chela Rubio Morriberón, en representación del Consorcio Demandante y la abogada Katty Mendoza Murgado, en representación del Demandado.

7. En el numeral 4 del Acta de Instalación, se estipula que el arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas previstas en el acta y, en su defecto, en lo previsto en el Texto Único Ordenado de Ley Nº 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo Nº 083-2004-PCM y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 084-2004-PCM, y supletoriamente por el Decreto Legislativo Nº 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje[1].

8. En ese acto se otorgó al demandante un plazo de diez (10) días hábiles para que presente su demanda, conforme al numeral 13 del Acta de Instalación. Con fecha 15 de marzo de 2012 el Demandante interpuso su demanda, con los medios probatorios que la sustentan.

9. Por Resolución Nº 2 de fecha 19 de marzo de 2012, el Tribunal Arbitral admitió a trámite la demanda y declaró tener por ofrecidos los medios probatorios. Asimismo, corrió traslado de la demanda a la Demandada por el plazo de diez (10) días hábiles a fin de que la conteste y de considerarlo conveniente, formule reconvención.

10. Por Resolución Nº 6, de fecha 17 de abril de 2012, el Tribunal Arbitral admite a trámite la contestación a la demanda.

11. En función de lo previsto en el numeral 19 del Acta de Instalación, por Resolución Nº 7 de fecha 26 de abril de 2012, el Tribunal Arbitral otorga a las partes un plazo de tres (3) días hábiles para que formulen su propuesta de puntos controvertidos. Asimismo, se cita a las partes a Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.

12. La Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios se realizó el 24 de mayo de 2012, en la sede del Tribunal Arbitral en la que: (i) Se declaró saneado el proceso; (ii) Se invitó a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio; (iii) Se determinaron los siguientes controvertidos:

[1] Normas legales y reglamentarias vigentes al momento de la celebración del Contrato de Supervisión y aplicables a la solución de la controversia.

1) Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad y/o invalidez y/o sin efecto la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20 de fecha 29 de diciembre de 2011, que aprobó la liquidación del Contrato.

2) Determinar si corresponde o no, declarar la aprobación de la liquidación presentada por el Demandante.

3) Determinar si corresponde o no, ordenar el pago de S/ 151,114.11 (Ciento Cincuentiun Mil Ciento Catorce y 11/100 nuevos soles) a favor del Consorcio Demandante correspondiente a saldo por cobrar.

4) Determinar si corresponde o no, ordenar el pago de S/. 200,081.66 (Doscientos Mil Ochentiún y 66/100 nuevos soles) a favor del Demandante correspondiente al Presupuesto Reestructurado por Participación de Personal y Recursos de la Supervisión de Obra.

5) Determinar a quién corresponde pagar los costos y costas del proceso arbitral.

Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Demandante y por el Demandado. El Tribunal declaró que tiene por actuados los medios probatorios de carácter documentario.

13. Por Resolución Nº 9, de fecha 28 de mayo de 2012, se citó a las partes a una Audiencia de Ilustración. Esta Audiencia se reprogramó y se realizó el día 4 de julio de 2012. En ese acto, cada parte informó sobre su posición con relación a los puntos controvertidos establecidos en el proceso arbitral.

14. Por Resolución Nº 18 de fecha 14 de septiembre de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió: (i) Téngase por cumplido el pago de honorarios por ambas partes; (ii) Concédase a las partes un plazo de siete (7) días hábiles para que presenten sus alegaciones y conclusiones finales y soliciten –si lo estiman conveniente- informar oralmente.

15. Por Resolución Nº 20 de fecha 3 de octubre de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió: (i) Téngase por presentados los alegatos por ambas partes; 2) Cítese a las partes a Audiencia de informe Oral.

16. Por Resolución Nº 21 de fecha 31 de octubre 2012, se declara cerrada la etapa probatoria y se fijó plazo para laudar de treinta (30) días hábiles

II. DEMANDA DEL CONSORCIO.-

A. FUNDAMENTACIÓN DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

17. La Primera Pretensión Principal consiste en que se declare nula y/o inválida y/o sin efecto legal alguno, la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20 que aprobó administrativamente la Liquidación del Contrato. Sostiene que la mencionada Resolución contiene errores en el cómputo de las penalidades, conforme a lo siguiente:

(i) **Con relación a la presentación del informe mensual del mes de noviembre de 2009:** En la página 12 del Informe Nº 150-2011-MTC/20.5-TBC de fecha 28 de diciembre de 2011, que forma parte integrante de la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20, el Especialista en Administración de Contratos de PROVÍAS NACIONAL, señaló erróneamente que correspondía un día de penalidad en la presentación del Informe Nº 29 –que en realidad debió ser numerado como Nº 28-, por lo que supuestamente correspondía la aplicación de una penalidad de S/. 5,394.64 nuevos soles.

Mediante Carta Nº 358-2009/CON-0709-S/JS, de fecha de recepción 10 de diciembre de 2009, el Demandante comunicó al Demandado que el retraso en la presentación del Informe Nº 28, obedecía a razones de caso fortuito o fuerza mayor –previstas expresamente en la Cláusula Décimo Segunda del Contrato de Supervisión de Obra- debido a la caída de derrumbes en el sector de "Chicrín" –en el departamento de Pasco- hecho que provocó la interrupción de la Carretera Central, desde las 23.30 horas del 9 de noviembre de 2009[2], razón por la cual el Informe Mensual correspondiente al mes de noviembre de 2009 no llegó a la fecha programada a la ciudad de Lima, sino recién el día 11 de diciembre de ese año. El Supervisor informó tan pronto le fue posible, la causa de la demora.

En este sentido, afirma el Demandante que lo acontecido se ajusta a lo previsto en la Cláusula Décimo Segunda del Contrato de Supervisión de Obra, el mismo que estipula que:

"Décimo Segunda: Caso Fortuito o Fuerza Mayor

(...)

[2] El Consorcio Demandante señala que la fecha indicada de 9 de noviembre de 2009 es un error material siendo la fecha correcta la de **9 de diciembre de 2009**, como se comprueba con el cargo de recepción de la Carta Nº 358-2009/CON-9709-S/JS de fecha 10 de diciembre de 2009.

12.2 Si cualquiera de las partes contratantes estuviera temporalmente incapacitada debido a circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor para cumplir total o parcialmente las obligaciones contractuales, notificará a la otra parte por escrito tal circunstancia, tan pronto como sea posible después de ocurrido el evento proporcionando los detalles del mismo".

(ii) **Con relación a los atrasos imputados en la Ficha Quincenal Nº 69**: en la página 11 del Informe Nº 150-2011-MTC/20.5-TBC, de fecha 28 de diciembre de 2011, que forma parte integrante de la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20, el Especialista en Administración de Contratos del Demandado señaló erróneamente que la Ficha Quincenal Nº 69 no fue presentada supuestamente por el Supervisor. Así, manifestó lo siguiente:

a) Informes quincenales

Se establece que en esta etapa los Informes Quincenales presentados por la Supervisión al Demandado fueron en total 87, de los cuales contienen penalidad por demora en su presentación los siguientes:

(....).

En la ficha 69 se indica: Del 16 al 31 de mayo. **No presentó la ficha quincenal**.

Sobre el particular, el Demandante sostiene que el Demandado cometió un grave error al sostener que no se presentó la Ficha Quincenal Nº 69, ya que mediante la Carta Nº 159-2010/CON-0709-S/J de fecha de recepción 1 de junio de 2010[3], remitió en original y dos copias, la Ficha Quincenal Nº 69 (correspondiente al Periodo del 16 al 31 de mayo de 2010) de la obra en cuestión, razón por la cual, lo afirmado por el Demandado carece de todo sustento legal y no corresponde la aplicación de penalidades como se determinó en la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20.

(iii) **Con relación a la presentación del Informe de Ampliación de Plazo de Obra**. En la página 12 del Informe Nº 150-2011-MTC/20.5-TBC, de fecha 28 de diciembre de 2011, que forma parte integrante de la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20, el Especialista en Administración de Contratos del Demandado, señaló erróneamente que no se presentó el

[3] Cuya copia corre como Anexo 1-D del escrito de demanda.

Informe correspondiente a la solicitud de Ampliación de Plazo Nº 22 remitido por el Consorcio Puente Chino, conforme se puede apreciar en el siguiente texto:

"c) Informes de Ampliaciones de Plazo de Obra

(...)

De la revisión a las citada cartas del Contratista y de la Supervisión, se verifica un retraso del Supervisor de 27 días calendarios en la presentación de PROVÍAS NACIONAL del Informe de Ampliación de Plazo Nº 22 (...)"

Sobre el particular, el Demandante afirma que mediante Carta Nº 319-2009/CON-0709-S/JS, de fecha de recepción 13 de noviembre de 2009, se remitió al Demandado, el Expediente de Ampliación de Plazo Nº 22 de la obra pública en cuestión, el que fue presentado por el Consorcio Puente Chino mediante Carta Nº CPCh/357/1011109/RMV de fecha 10 de noviembre de 2009, habiéndose consignado por error en el sello de recepción la fecha de 10 de octubre de 2009. Así, sostiene que a los tres (3) días de que el Consorcio Puente Chino presentó la solicitud de Ampliación de Plazo Nº 22, se remitió al Demandado dicho expediente para que ésta emita el acto administrativo correspondiente.

Asimismo, señala que el día 10 de octubre de 2009 fue un día inhábil, por lo que resulta imposible que la recepción de la solicitud de ampliación de plazo haya ocurrido en la mencionada fecha.

Sostiene que remitió al Demandado el Expediente de Ampliación de Plazo Nº 22, presentado por el Consorcio Puente Chino, dentro del plazo previsto en el artículo 259° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, esto es, dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de presentada la solicitud correspondiente. El mencionado artículo 259° preceptuaba lo siguiente:

"Artículo 259º.-Procedimiento

(...)

Dentro de los siete (07) días siguientes, el inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad. (...)".

(iv) **Con relación a la presentación del Informe de Valorizaciones de Obra.** Afirma el Demandante que en la página 13 del Informe Nº 150-2011-MTC/20.5-TBC de fecha 28 de diciembre de 2011, y que forma parte integrante de la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20, el Especialista en Administración de Contratos del Demandado, señaló erróneamente que se retrasó en dos (2) días calendario la presentación al Demandado de la valorización por Mayores Gastos Generales Nº 28, conforme se puede apreciar en el siguiente texto:

"d) Informes de Valorizaciones de Obra

De la revisión a las citadas Cartas del Contratista y de la Supervisión, se verifica un retraso del Supervisor de 02 días calendarios en la presentación a PROVÍAS NACIONAL de la Valorización por Mayores Gastos Generales de Obra Nº 28, (...)"

El Demandante reconoce que mediante Carta Nº CPCh/103/050410/MRV de fecha de recepción 5 de abril de 2010, el Consorcio Puente Chino remitió al Supervisor la Valorización por Mayores Gastos Generales por Ampliación de Plazo Nº 28, que fue remitido al Demandado mediante Carta Nº 102-2010/CON-0709-S/JS de fecha de recepción 12 de abril de 2010, conforme se establece en el artículo 262° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establecía lo siguiente:

"Artículo 262.- Pago de Gastos Generales

Para el pago de mayores gastos generales se formulará una valorización de Mayores Gastos Generales, el cual deberá ser presentado por el Residente al Inspector o Supervisor, dicho profesional en un plazo máximo de cinco días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada valorización lo elevará a la Entidad con las correcciones a que hubiera lugar para su revisión o aprobación".

En esa dirección, el Demandante afirma que dado que el sábado 10 de abril de 2010, fue un día inhábil, correspondía correr traslado de la fecha de presentación al primer día hábil siguiente, esto es, al día lunes 12 de abril de 2010, fecha en que mediante la Carta Nº 102-2010/CON-0709-S/JS se cumplió con presentar la Valorización por Mayores Gastos Generales por Ampliación de Plazo Nº 28, conforme al numeral 2 del artículo 134° de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y del inciso 5 del artículo 183° del Código Civil, razón por lo que

no corresponde el cómputo de días de atraso y por ende, penalidad alguna.

Es importante señalar, que el artículo 134° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en su numeral 2 preceptúa:

"Artículo 134º.- Transcurso del Plazo

(...)

134.2 Cuando el último día del plazo o la fecha determinada es inhábil o por cualquier otra circunstancia la atención al público ese día no funcione durante el horario normal, son entendidos prorrogados al primer día hábil siguiente (....).

El artículo 183 del Código Civil en su numeral 5 preceptúa:

"Artículo 183º.- Cómputo de Plazo

(....)

5,- El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente".

En este sentido, el Demandante afirma que el Supervisor remitió al Demandado la Valorización por Mayores Gastos Generales por Ampliación de Plazo Nº 28, dentro del plazo previsto por el artículo 262° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, razón por la cual no corresponde ningún día de atraso y por ende, no es viable argumentar que se incurrió en penalidades.

B. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSION ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

18. En función de lo expuesto en la Primera Pretensión Principal, el Demandante sostiene que le corresponde el derecho a que se apruebe la Liquidación de la Obra, reconociéndosele un saldo a su favor ascendente a S/. 151,114.11 (Ciento Cincuenta y Un Mil Ciento Catorce y 11/100 nuevos soles), incluido el monto del Impuesto General a las Ventas.

C. FUNDAMENTOS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

19. La Segunda Pretensión Principal consiste en que se reconozca a favor del Demandante, el **Presupuesto Reestructurado** por participación de personal y recursos de supervisión de la obra y en consecuencia, se deje sin efecto el saldo en contra ascendente a la suma de S/ 200,081.66 (Doscientos Mil Ochenta y Uno con 66/100 nuevos soles) conforme a lo erróneamente previsto en la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20.

Los argumentos que sustentan la Segunda Pretensión son los siguientes:

(i) El concepto de "Presupuesto Reestructurado" se basa en la optimización de los recursos de la supervisión con la finalidad de prestar un servicio acorde con la naturaleza y necesidad de la obra pública. Con esta finalidad se reasignan cantidades a los recursos aprobados, manteniendo el monto contratado.

En tal sentido, se manifiesta que el Supervisor formula su propuesta en base a la programación de obra existente en el Expediente Técnico - estudios básicos de ingeniería que incluyen planos, especificaciones técnicas y cantidades de obra a ejecutar-, documentación contractual que sirve de base para ejecutar y supervisar los trabajos a desarrollar en una obra pública.

Sin embargo, cuando se designa al Contratista que ejecutará la obra, éste presenta un Calendario de Avance de Obra, documento relevante que sirve para fines de control técnico y financiero de la obra y obedece a un planeamiento estratégico-técnico-logístico, programación en la cual, el Contratista considera los rendimientos adecuados con la finalidad de ejecutar las cantidades de obra y mantener una ruta crítica que es la que finalmente determina el plazo total de ejecución de obra.

Esta programación del Contratista es totalmente distinta a la programación presentada por el Consultor que elaboró el Expediente Técnico, y que a su vez sirvió de base para que se elaborase su programación y asignación de recursos.

En tal sentido, la Supervisión elabora un Presupuesto Reestructurado Nº 01, con la finalidad de adecuar su programación al Calendario de Avance de Obra, optimizando los recursos, reasignando cantidades de acuerdo a las reales necesidades de la obra, sin modificar el monto del contrato original.

El Demandante afirma que el Presupuesto Reestructurado Nº 01 fue tramitado ante el Demandado, mediante Carta Nº 027-2008/CON-0709-

S/RL de fecha 18 de junio de 2008, no existiendo un pronunciamiento expreso de parte del Demandado al respecto. Sin embargo, se validaron las valorizaciones de supervisión contractuales y dicho Presupuesto Reestructurado Nº 01 sirvió de base para los futuros Presupuestos Adicionales de Supervisión que se sucedieron durante la ejecución de la obra y que fueron aprobados administrativamente por el Demandado.

Así, el inicio de los servicios del Supervisor de la obra se generó el 18 de julio de 2007, esto es, al día siguiente de la cancelación del adelanto directo de obra, lo que implicó que la Primera Etapa de revisión del Expediente Técnico (estudio) y el primer mes de la Segunda Etapa de supervisión de la obra se realicen en forma simultánea, debiéndose elaborar el cronograma reestructurado de personal y el recurso del supervisor por dicho periodo.

Afirma el Demandante que una vez iniciado el servicio y definido los plazos para la ejecución de los trabajos en el Calendario de Avance de Obra, programados por el Consorcio Puente Chino, se consideró necesario efectuar los ajustes necesarios a la programación de participación de personal y recursos presentados en la propuesta técnica, considerando su uso racional.

En dicha dirección, correspondía la reestructuración de la participación del personal y recursos para la supervisión originado por lo siguiente:

a) El desarrollo simultáneo de la Primera Etapa de revisión del Expediente Técnico (estudio) y el primer mes de la Segunda Etapa de supervisión de obra.

b) Los ajustes necesarios a la programación ofertada en la propuesta técnica conforme al Calendario de Avance de Obra presentado por el Contratista siendo la fecha del término contractual el 7 de enero de 2009.

(ii) Mediante la mencionada Carta Nº 027-2008/CON-0709-S/RL de fecha 18 de junio de 2008, se presentó al Demandado, el Presupuesto Reestructurado por los servicios de supervisión ascendente a la suma de S/. 122,178.49 (Ciento Veintidós Mil Ciento Setenta y Ocho y 49/100 nuevos soles). En esta dirección, se efectuaron los ajustes necesarios a la programación de participación de personal y recursos de la Segunda Etapa: Supervisión de Obra, presentados en la propuesta técnica, considerando para ello su uso racional, así como el Calendario de

Avance de Obra actualizado a la fecha de inicio de obra con la finalidad de dar cumplimiento al **Contrato de Supervisión de Obra** y a los artículos 48° y 247° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, respectivamente:

LCAE: "Artículo 48º.- Supervisión

La Entidad supervisará directamente o a través de terceros todo el proceso de ejecución, para lo cual el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias".

Reglamento de la LCAE: "Artículo 247º.- Inspector o Supervisor de Obras

Toda obra contará de modo permanente y directo con un inspector o supervisor, quedando prohibida la existencia de ambos en una misma obra

(...)

(iii) Según manifiesta el Demandante, presentó su Presupuesto Reestructurado, efectuando los ajustes necesarios a la programación de participación de personal y de recursos de la Segunda Etapa: Supervisión de Obra –presentados en la propuesta técnica- considerando su uso racional, reasignando las cantidades propuestas del personal y recursos en beneficio de una adecuada y óptima supervisión de la obra, teniendo en cuenta el término de actividades programadas en el Calendario de Avance de Obra, actualizado a la fecha de inicio de obra, por lo que corresponda que se reconozca a su favor el monto ascendente a S/. 122,178.49 nuevos soles

Sin embargo, el Demandado no emitió pronunciamiento alguno, por lo que se determinó dar por aprobada la solicitud.

(iv) El Demandante afirma que los servicios del supervisión de la obra se iniciaron el 18 de julio de 2007, esto es, al día siguiente de la cancelación del adelanto directo de la obra, lo que implicó que la Primera Etapa de revisión del Expediente Técnico (Estudio) y el primer mes de la segunda etapa de supervisión de la obra se realicen en forma simultánea, debiéndose elaborar el cronograma reestructurado de personal y recursos del Supervisor para dicho periodo.

(v) Una vez iniciado el servicio y definido los plazos para la ejecución de los trabajos en el Calendario de Avance de Obra –programados por el Consorcio Puente Chino (Contratista de la Obra)-, el Demandante

consideró necesario efectuar los ajustes a la programación de participación de personal y recursos presentados en la propuesta técnica, considerando su uso racional.

(vi) En este sentido, correspondía la reestructuración de la participación del Personal y Recursos para la Supervisión por lo siguiente:

a) El desarrollo simultáneo de la Primera Etapa de Revisión de Expediente Técnico (Estudio) y el primer mes de la Segunda Etapa de Supervisión de la Obra.

b) Los ajustes necesarios a la programación ofertada en el Propuesta Técnica conforme al Calendario de Avance de Obra presentado por el Contratista siendo la fecha de término contractual el 7 de enero de 2009.

(vii) Afirma el Demandante que para el análisis del cálculo de los ajustes en la participación del personal y recursos, se consideró las cantidades valorizadas hasta el mes de mayo de 2008, en la etapa de supervisión de la obra; por lo que se reasignó las cantidades propuestas del personal y recursos en función de una adecuada y óptima supervisión de la obra y se determinó los plazos de actividades, programados en el Calendario de Avance de Obra, conforme quedó especificado en la página 5 y siguientes del Presupuesto Reestructurado Nº 01 presentado mediante Carta Nº 027-2008/CON-0709-S/RL de fecha de recepción 18 de junio de 2008.

(viii) En este sentido –señala el Demandante-, presentó el Presupuesto Reestructurado efectuando los ajustes necesarios a la programación de participación de personal y recursos de la Segunda Etapa: Supervisión de Obra, presentados en la propuesta técnica, considerando para ello su uso racional, así como el Calendario de Avance de Obra -actualizado a la fecha de inicio de obra-, a fin de dar cumplimiento al Contrato de Supervisión de Obra.

"Artículo 48.- Supervisión

La Entidad supervisará directamente o a través de terceros todo el proceso de ejecución, para lo cual el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias.

(...)"

"Artículo 247.- Inspector o Supervisor de Obras

Toda obra contará de modo permanente y directo con un inspector o con un supervisor, quedando prohibida la existencia de ambos en una misma obra.

(...)"

(ix) En este orden de ideas, afirma el Demandante que presentó su Presupuesto Reestructurado efectuando los ajustes necesarios a la programación de participación de personal y recursos de la Segunda Etapa: Supervisión de Obra, presentados en la propuesta técnica, considerando su uso racional, reasignando las cantidades propuestas del Personal y Recursos en beneficio de una adecuada y óptima supervisión de la obra, teniendo en cuenta el término de actividades programados en el Calendario de Avance de Obra -actualizado a la fecha de inicio de obra- por lo que corresponde que se reconozca a favor del Supervisor el monto ascendente a S/. 122,178.49 (Ciento Veintidós Mil Ciento Setenta y Ocho y 49/100 Nuevos Soles).

(x) No obstante lo señalado, mediante la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20, el Demandado no reconoció el Presupuesto Reestructurado, pese a que todas las obras adicionales que posteriormente aprobó, fueron calculadas en base al mismo, razón por la cual el recálculo unilateral del monto del Contrato de Supervisión de Obra efectuado por el Demandado en dicho acto administrativo, no resultaba conforme a derecho.

Así, por ejemplo, en el Informe Nº 603-2008-MTC.5/JDO de fecha 30 de diciembre de 2008 –que forma parte integrante de la Resolución Directoral Nº 135-2009-MTC/20 y que aprobó el Presupuesto Adicional Nº 01 y 02, el Especialista en Administración de Contratos del Demandado tuvo en cuenta para su análisis correspondiente el Presupuesto Reestructurado de Supervisión.

Asimismo, en el Informe Nº 672-2009-MTC/20.5/JDO de fecha 28 de diciembre de 2009 –que forma parte integrante de la Resolución Directoral Nº 1684-2009-MTC/20 que aprobó el Presupuesto Adicional Nº 10-, el Especialista en Administración de Contratos del Demandado, tuvo en cuenta para su análisis correspondiente las cantidades aprobadas y/o tramitadas en el Presupuesto Reestructurado de Supervisión.

Asimismo, en el Informe Nº 114-2010-MTC/20.5/JDO, de fecha 16 de junio de 2010 –que forma parte integrante de la Resolución Directoral

Nº 654-2010-MTC/20 que aprobó el Presupuesto Adicional Nº 13-, el Especialista en Administración de Contratos del Demandado, tuvo en cuenta para su análisis correspondiente, las cantidades aprobadas y/o tramitadas en el Presupuesto Reestructurado de Supervisión.

Del mismo modo, el Informe Nº 088-2010-MTC/20.5/TBC de fecha 28 de diciembre de 2010 –que forma parte integrante de la Resolución Directoral Nº 1461-2010-MTC/20, que aprobó el Presupuesto Adicional Nº 20-, el Especialista en Administración de Contratos del Demandado tuvo en cuenta para su análisis el Presupuesto Reestructurado de Supervisión.

Finalmente, el Informe Nº 093-2011-MTC/20.5/TBC de fecha 30 de junio de 2011 –que forma parte integrante de la Resolución Directoral Nº 794-2011-MTC/20, que aprobó el Presupuesto Adicional Nº 27, el Especialista en Administración de Contratos del Demandado, tuvo en cuenta para su análisis correspondiente las cantidades del Presupuesto Reestructurado de Supervisión.

D. <u>TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL</u>: QUE SE CONDENE AL DEMANDADO AL PAGO DE COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO ARBITRAL.-

20. Conforme a los argumentos expuestos y considerando que existe sustento lógico y jurídico que ampare su demanda, el Demandante solicita que el pago de los costos y costas que irrogue la tramitación del presente proceso, sea asumido íntegramente por el Demandado; o de ser el caso y en supuesto negado que se declare fundada la demanda, éstos sean asumidos por ambas partes, en virtud del principio de equidad.

III. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y ALEGACIONES.-

A. POSICIÓN DEL DEMANDADO RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

21. No corresponde declarar la nulidad o la invalidez o que se deje sin efecto la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20, de fecha 29 de diciembre de 2011, siendo infundada esta pretensión del Demandante, por cuanto mediante la mencionada Resolución se aprobó la

Liquidación de acuerdo al Contrato de Supervisión de Obra y al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, determinando:

a) Costo total del Servicio. S/. 14'024,969.90 incluido IGV

b) Monto pagado al Supervisor S/. 14'225,051.56 incluido IGV.

c) Saldo en contra del Supervisor (b-a) S/. 200,081.66 incluido IGV.

d) Penalidades aplicadas al Supervisor pendientes de cobro: S/. 126 774.04 incluido IGV. Asimismo, se autorizó a la Unidad Gerencial de Administración para que proceda a efectuar el cobro del saldo en contra y las penalidades impuestas al Demandante.

22. Asimismo, se afirma que si la pretensión del Demandante es la declaración de nulidad de la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20 en razón que ésta presentaría errores en el cómputo de penalidades, ello implicaría que se está consintiendo en el extremo de la mencionada Resolución que determina un saldo en su contra de S/ 200,081.66, incluido IGV.

23. En relación a las penalidades, el Demandante no efectúa reclamo alguno respecto de aquellas aplicadas por la demora en la presentación de la Ficha Quincenal Nº 05, 20 y 27 por uno (01), tres (03) y dos (2) días respectivamente. En consecuencia, estos extremos de la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20 son perfectamente válidos y exigibles al Demandante.

24. El Demandado sostiene sobre las penalidades materia de la controversia que:

(i) La penalidad aplicada no podría referirse a la demora en la entrega del Informe Nº 28 –tal como sostiene el Demandante- por cuanto el Informe Nº 28 sí fue entregado dentro del plazo establecido. El Demandante se equivoca al señalar que se aplicó una penalidad por la entrega tardía del Informe Mensual Nº 28 – que corresponde al mes de octubre de 2009- siendo que la penalidad de un (1) día es por la entrega tardía del Informe Mensual Nº 29, correspondiente el mes de noviembre de 2009.

(ii) Con relación a la entrega de la Ficha Quincenal Nº 69 – correspondiente al periodo del 16 al 31 de mayo de 2010- en el escrito de contestación a la demanda, se manifiesta lo siguiente:

"En consecuencia, sobre la base de la información alcanzada a PROVÍAS NACIONAL por la misma Supervisión en su Carta Nº 111-2011/CON-0709-S/RL del 20 de diciembre de 2011, en donde no figura la citada Ficha Quincenal Nº 69 (periodo del 16 al 31 de mayo de 2010), se consideró ello una omisión de la Supervisión a la presentación de dicha ficha quincenal, aspecto que recién en la Carta Nº 159-2010/CON-0709-S/JS, mostrada en esta oportunidad se verifica su presentación, **cuyo error no es atribuible a la entidad**".

(iii) Con relación a la alegada causal de caso fortuito o fuerza mayor invocada por el Demandante para justificar la entrega tardía del informe mensual -mencionado en la Carta Nº 358-2009/CON-0709-S/JS, de fecha 10 de diciembre de 2009- no se aprecia en la documentación sustentatoria, que se evidencie que en el lapso entre el 9 de noviembre de 2009 hasta el 10 de diciembre de 2009, resultaba imposible el cumplimiento diligente de la presentación del informe mensual.

Los "**Reportes de emergencia en la Red Vial Nacional**" que se publica en la página web de PROVÍAS NACIONAL, indican que sólo el día 10 de diciembre de 2009 –fecha de presentación de la Carta Nº 358-2009/CON-0709-S/JS- en el sector de "Chicrín" - ubicado en el Km. 151, el tránsito se encontraba interrumpido por el derrumbe y deslizamiento de material generado por el colapso de un canal de agua, estimándose en el mencionado reporte que la apertura del tránsito sería a partir del medio día del 10 de diciembre de 2009, y que en el reporte de emergencia del día 11 de diciembre de 2009 se informaba que el tránsito era restringido, pero que no estaba interrumpido. En consecuencia, no es cierto que desde el 9 de noviembre de 2009 el tránsito en el sector "Chicrín" se encontraba interrumpido. Empero, de haber estado interrumpido se demostraría una falta de diligencia del Demandante en disponer las acciones necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones, toda vez que dicha situación le iba a impedir la entrega oportuna del mencionado documento.

(iv) Con relación a la penalidad por la demora en la presentación del Informe de Ampliación de Plazo de Obra Nº 22, ésta resulta como consecuencia de la fecha de recepción consignada en la Carta Nº CPC/357/1011109/RMV -con sello de recepción del

Demandante del día 10 de octubre de 2009- cuando conforme aclara posteriormente que debió ser el 10 de noviembre de 2009, lo cual constituye un error que es atribuible al Demandante, evidenciándose su falta de cuidado en los procedimientos de recepción de documentos. Señala que el Demandante con posterioridad a dichas fechas no efectuó ninguna aclaración sobre la fecha correcta de recepción y recién con la demanda se pretende la aclaración respectiva.

(v) Con relación a la presentación del Informe de Valorizaciones de Obra, el Demandante sostiene que en la página 13 del Informe Nº 150-2011-MTC/20.5-TBC de fecha 28 de diciembre de 2011, se señaló erróneamente que corresponde dos (2) días de penalidad por el retraso en la presentación del Informe de la Valorización de Mayores Gastos Generales Nº 28. Asimismo, el Demandante sostiene que mediante Carta Nº CPCh/103/050410/MRV recibida el 5 de abril de 2010, el Contratista le remitió la mencionada valorización, que le fuera a su vez remitida con Carta Nº 102-2010/CON-0709-S/JS recibida el 12 de abril de 2010, por lo que no corresponde la aplicación de penalidad alguna. Sin embargo, el Demandante no reconoce la aplicación del Decreto de Urgencia Nº 099-2009 publicado el 21 de octubre de 2009, que estableció como días hábiles para el cómputo de determinados plazos administrativos a los días sábados, domingos y feriados no laborables. La conducta del Demandante fue la de acogerse a la mencionada disposición realizando la presentación de sus informes, valorizaciones, y otros documentos a que estaba obligado, en días sábados y domingos para cumplir con sus obligaciones[4]. Empero, en la presentación del Informe de Valorización de Mayores Gastos Generales Nº 28, no fue diligente, siendo aplicable la penalidad por retraso de dos (2) días, tal como se determinó en el Informe Nº 150-2011-MTC/20.5-TBC de fecha 28 de diciembre de 2011 y en la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20.

25. Con relación a que si corresponde o no declarar la aprobación de la liquidación presentada por el Demandante, esta pretensión debe ser desestimada, al haberse demostrado que la liquidación del Contrato de

[4] Conforme se verifica en el Cuadro que aparece en las páginas 7-8 del escrito de alegato que detallan la presentación de documentación del supervisor en días sábado y domingo en 14 oportunidades.

Supervisión de Obra aprobada por la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/2011 es perfectamente válida.

En este sentido, si bien el Informe Nº 150-2011-MTC/20.5-TBC, establece que la Liquidación del Contrato formulada y presentada por el Demandante estima que el Costo Final de la Supervisión asciende a S/. 14'373,837.97 -incluido IGV- el monto pagado asciende a S/. 14'225,051.52 -incluido IGV- y presenta un saldo por reconocer a la Supervisión de S/. 151,114.11 -incluido IGV-; de la revisión de dicha liquidación se aprecia que fue formulada considerando los montos de un "Presupuesto Reestructurado Nº 01 del Supervisor", formulado y presentado el año 2008 por el Demandante con Carta Nº 027-2008/CON-0709-S/RL de fecha 18 de junio de 2008, en el que se modifica los montos de las etapas de servicios de prestación de la supervisión ofertados en su propuesta económica.

El saldo de S/. 151 114. 11 -incluido IGV- se derivaría de los supuestos fundamentos expuestos en la Primera Pretensión Principal de la demanda. Sin embargo, se aprecia que no tienen concordancia con los conceptos descritos en aquélla. Así, la Primera Pretensión Principal tiene como objeto el reclamo sobre cuatro (4) penalidades aplicadas al Supervisor pendientes de cobro por la cantidad total de S/. 126,774.04 -incluido IGV-, tal como se indicó en el Informe Nº 150-20101-MTC/20.5-TBC.

"(..) De acuerdo a lo expuesto, en la presente Liquidación se está considerando las penalidades por demora en la presentación de las Fichas Quincenales, Informe Mensual, Informe de Ampliación de Plazo de Obra e Informe de Valorizaciones de Obra que asciende a la penalidad de S/. 126,774,04 (sin IGV), (...)

26. Con relación a si corresponde o no ordenar el pago de S/ 200,081.66 a favor del Demandante, monto correspondiente al Presupuesto Reestructurado por participación de personal y recursos de la Supervisión de la Obra, el Demandante sostiene que con Carta Nº 027-2008/CON-0709-S/RL, de fecha 18 de junio de 2008, presentó el Presupuesto Reestructurado por los servicios de supervisión ascendente a S/. 122,178.49 y que al no haberse emitido pronunciamiento alguno se procedió a dar por aprobada su solicitud según sostiene.

En este sentido, la liquidación del Contrato presentada por el Demandante estima que el costo final de la supervisión de obra

asciende a S/. 14'373,837.97 -incluido IGV-, el monto pagado asciende a S/. 14'225,051.52 -incluido IGV- y presenta un saldo por reconocer al Supervisor de S/. 151,114.11 -incluido IGV-, considerando los montos de un denominado "Presupuesto Reestructurado Nº 01 del Supervisor" presentado en el año 2008, que pretendería modificar los montos de las etapas de servicios de prestación de la supervisión ofertados en su propuesta económica.

En relación a ello, mediante correos electrónicos de fechas 22 y 27 de diciembre de 2011, se le requiere al Demandante una copia del "Presupuesto Reestructurado Nº 01 del Supervisor" y una copia de la Carta Nº 027-2008/CON-0709-S/RL de fecha 18 de junio de 2008, así como el documento aprobatorio de dichas modificaciones. Por medio de correo electrónico del 26 y 27 de diciembre de 2011, el Demandante remitió la copia del mencionado Presupuesto Reestructurado, apreciándose en comparación con el presupuesto de la Propuesta Económica ofertada por la supervisión, variaciones en los montos contractuales de las Etapas I y II según se muestra en el siguiente cuadro:

ETAPAS	PRESUPUESTO CONTRACTUAL	PRESUPUESTO REESTRUCTURADO
	(S/.)	(S/.)
I ETAPA DE REVISIÓN DEL ESTUDIO	183,631.28	122,178.49
II ETAPA DE SUPERVISIÓN	5'708,365.34	5'769,818.13
III ETAPA DE LIQUIDACIÓN	133,180.04	133,180.04
Total (Incluye IGV)	6'025,176.66	6'025,176.66

Sin embargo, la Supervisión no alcanzó el documento que aprueba dicho Presupuesto Reestructurado; y al no contar con la autorización para efectuar dichas modificaciones, no corresponde utilizar en la liquidación los supuestos metrados ejecutados ni los montos del Presupuesto Reestructurado que sostiene el Demandante, siendo en consecuencia de aplicación los metrados y montos contractuales de la propuesta económica ofertada por la Supervisión.

Así, el Supervisor no puede unilateralmente pretender modificar un presupuesto a través de uno "reestructurado", careciendo de fundamento legal y contractual esta pretensión del Supervisor que debe ser declarada infundada.

El citado Presupuesto Reestructurado fue presentado por la Supervisión para conocimiento del Demandado, sin que se haya solicitado pronunciamiento o aprobación sobre el mencionado presupuesto.

Asimismo, el Demandado niega que en la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20 emitida el 29 de diciembre de 2011 se haya considerado el Presupuesto Reestructurado, dado que no existe pedido ni autorización expresa para su aplicación.

En forma complementaria, el hecho que los Adicionales formulados por la Supervisión y que fueron calculados en base a un presupuesto reestructurado no autorizado, fueran aprobados no le otorga derecho al Demandante para que por dicho acto de aprobación de Adicionales, se reconozca y quede autorizado otro acto previo y distinto tal como lo constituye la aplicación del Presupuesto Reestructurado que modificaría los montos contractuales de las Etapas I y II del Contrato de Supervisión; constituyendo más bien una modificación unilateral de los documentos contractuales por parte de la Supervisión.

Si bien la Supervisión argumenta que correspondía la reestructuración de la participación del personal y recursos debido al desarrollo simultáneo de los servicios citados anteriormente, no menciona que dicho proceder unilateral de modificación de los montos contractuales de la Primera y Segunda Etapas del Contrato de Supervisión -que fueron así ofertados por la Supervisión y con los cuales ganó la Buena Pro- contraviene lo dispuesto en los documentos contractuales y al marco normativo aplicable al régimen de Contrataciones del Estado.

Así, el artículo 36° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, preceptuaba: "..., El contrato entra en vigencia cuando se cumplan las condiciones establecidas para dicho efecto en las Bases y podrá incorporar otras modificaciones, siempre que no impliquen variación alguna en las características técnicas, precio, objeto, plazo, calidad y condiciones ofrecidas en el proceso de selección".

En este orden de ideas, se debe tener presente la Opinión Nº 001-2009/DOP, de fecha 20 de enero de 2009, en la que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE, estima lo siguiente:

"El mencionado dispositivo admite la posibilidad de que un contrato del Estado sea modificado, siempre que no se varíe sus aspectos sustanciales. Ello tiene por finalidad proteger los intereses de todos los actores involucrados en el sistema, quienes verían afectadas su expectativas si se permitiera la variación discrecional de aquellas condiciones de participación que, en unos casos, pudieron generar la decisión de un proveedor de no participar en el proceso de selección o que, en otros casos, pudieron motivar que las propuestas de los proveedores sean desestimadas por incumplimiento de las condiciones del proceso.

Si bien la normativa de Contrataciones Públicas permite la incorporación de modificaciones al contenido del contrato, éstas no pueden versar sobre los aspectos fundamentales que motivaron la selección del postor adjudicado tales como el objeto, plazo, características técnicas, precio, entre otras, en cumplimiento de los principios de transparencia, libre competencia y trato justo e igualitario de postores.

De otro modo, la variación de los aspectos sustanciales del contrato podría evidenciar una prerrogativa injustificada para el contratista o una definición deficiente del requerimiento de la Entidad, lo cual se pretendería subsanar en una oportunidad que no corresponde.".

Asimismo, se invoca la Opinión Nº 063-2011/DTN de fecha 22 de julio de 2011, la Opinión Nº 057-2001/DTN de fecha 30 de marzo de 2011, la Opinión Nº 060-2011/DTN de fecha 3 de junio de 2011, citadas al contestar este extremo de la demanda.

En consecuencia, el Demandante unilateralmente y sin que se firmara ninguna addenda al contrato, no puede pretender una modificación unilateral del Presupuesto Contractual, no ajustándose a la normativa de Contrataciones del Estado ni a los documentos contractuales (Consultas, Bases, Términos de Referencia, Contrato, etc). Esta modificación es una potestad que resulta ajena al Supervisor ya que sólo se permite la modificación de la propuesta económica siempre que no implique variación alguna en las características técnicas, previo, objeto, plazo, calidad y condiciones ofrecidas en el proceso de selección, supuesto que no se presenta en este caso. En tal sentido, una

modificación del presupuesto contractual a través del citado Presupuesto Reestructurado implicaría la variación de las condiciones originales ofrecidas por el Supervisor durante el proceso de selección, que motivaron la selección de éste y con las cuales obtuvo la Buena Pro (tales como el tiempo de participación del personal como fracción de duración del servicio, la programación de la utilización de personal y recursos para todas las fases del servicio, la concordancia de la propuesta económica con la propuesta técnica) que se puede evidenciar en el mismo Presupuesto Reestructurado remitido por la Supervisión con Carta Nº 027-2008/CON-0709-S/RL. Esta modificación implicaría además un trato preferente a favor del postor ganador de la Buena Pro - actual Demandante- en perjuicio de los demás participantes del citado proceso de selección, vulnerando además los principios que rigen las contrataciones públicas

Finalmente, mediante escrito recibido el día 8 de noviembre de 2012[5], el Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones –en representación del Demandado-, acompaña los siguientes documentos: (i) Resolución Directoral Nº 259-2010-MTC que aprueba el Presupuesto Re-estructurado de Nº 01 al Contrato de Supervisión de Obra Nº 082-2009-MTC/20, suscrito con HOB Consultores S.A.; (ii) Resolución Directoral Nº 666-2010-MTC/20, de fecha 9 de julio de 2010, que aprueba el Presupuesto Re-estructurado al Contrato de Supervisión de Obra Nº 141-2009-MTC/20, suscrito con HOB Consultores S.A.; (iii) Resolución Directoral Nº 720-2010/20, de fecha 23 de julio de 2010, que aprueba el Presupuesto Re-estructurado Nº 1 al Contrato de Supervisión de Obra Nº 070-2010-MTC, suscrito con HOB Consultores S.A.; (iv) Resolución Directoral Nº 927-2010-MTC, de fecha 14 de julio de 2010, que aprueba el Presupuesto Re-estructurado Nº 1 al Contrato de Supervisión de Obra Nº 052-2010-MTC/20 suscrito con HOB Consultores S.A.; (v) Resolución Directoral Nº 929-2010-MTC, de fecha 14 de julio de 2010, que aprueba el Presupuesto Re-estructurado Nº 1 al Contrato de Supervisión de Obra Nº 87-2010-MTC/20, suscrito con HOB Consultores S.A.; (vi) Resolución Directoral Nº 214-20125-MTC/20, de fecha 14 de julio de 2010, que aprueba el Presupuesto Re-estructurado Nº 1 al Contrato de Supervisión de Obra Nº 87-2010-MTC/20, suscrito con HOB Consultores S.A.

[5] Escrito recibido dos días después de notificada la Resolución Nº 21, que declaró cerrada la etapa probatoria.

27. Con relación a la determinación de a quién corresponde pagar los costos y las costas del proceso arbitral, al haberse acreditado que todas las pretensiones de la demanda deben ser desestimadas, corresponde que se condene al Demandante al pago de los costos y costas del arbitraje.

IV. ANÁLISIS.-

A. ANÁLISIS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

28. Para estimar o desestimar total o parcialmente la Primera Pretensión Principal, se requiere previamente analizar cada uno de sus fundamentos fácticos y jurídicos que la sustentan y que se refieren a supuestos errores en la aplicación de penalidades al Demandante, y que ascienden a la suma de S/. 126,774.04 (Ciento Veintiséis Mil Setecientos Setenta y Cuatro y 04/100 Nuevos Soles, incluido IGV, conforme al literal d) del artículo Primero de la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20.

29. Con relación a la **demora en la presentación del Informe Mensual del mes de noviembre de 2009** por lo que supuestamente correspondía la aplicación de una penalidad de S/ 5,394.64 nuevos soles, si bien es cierto que el Demandante programó con dos (2) días de anticipación el envío del Informe mensual correspondiente al mes de noviembre de 2009, conforme se ha acreditado con la guía de remisión de fecha 8 de diciembre de 2009, a través de la empresa Bahía Continental no está demostrado que en el lapso entre el 9 de noviembre de 2009 hasta el 10 de diciembre de 2009 fuese imposible el cumplimiento diligente de la presentación del informe mensual. La Demandada ha acompañado como medio probatorio los "Reportes de emergencia en la Red Vial Nacional" correspondientes a los días 9, 10 y 11 de diciembre de 2009, que se publican en la página web de PROVÍAS NACIONAL. Una revisión de los mencionados reportes, nos indica tal como señala el Demandado, que sólo el día 10 de diciembre de 2009 –fecha de presentación de la Carta Nº 358-2009/CON-0709-S/JS- en el sector de "Chicrín" -ubicado en el Km. 151-, el tránsito se encontraba interrumpido por el derrumbe y deslizamiento de material generado por el colapso de un canal de agua, estimándose en el mencionado reporte que la apertura del tránsito sería a partir del medio día del 10 de diciembre de 2009. Asimismo, en el reporte de emergencia del día 11 de diciembre de 2009 (12.00 m), se informa que el tránsito era restringido desde el día anterior a las 7.30 pm., y se estimaba recuperar la normalidad del tránsito en horas de la tarde. Estos reportes que son emitidos por una

entidad administrativa gozan de presunción de fehaciencia y certeza que permiten generar al Tribunal Arbitral la convicción que no es exacta la afirmación del Demandante en el sentido que desde el día 9 de noviembre de 2009, desde las 23.30 horas el tránsito en el sector "Chicrín" se encontraba interrumpido. En consecuencia, se determina que no hay error en la aplicación de la `penalidad por este concepto y se desestima este fundamento de la Primera Pretensión Principal.

30. Con relación a la **demora en la entrega de la Ficha Quincenal Nº 69** (del 16 al 31 de mayo de 2010), el Demandado ha reconocido de manera expresa en la página 15 de su escrito de contestación a la demanda, que la mencionada Ficha Quincenal fue presentada por el Demandante con la Carta Nº 159-2010/CON-0709-S/JS. Si bien hubo una omisión en la información contenida en el CD adjunto a la Carta Nº 111-2011/CON-0709-S/RL, el error u omisión no es fuente de derecho a favor del Demandado, razón por la cual al verificarse la presentación oportuna de la Ficha Quincenal Nº 69, este supuesto fundamento de la Primera Pretensión Principal debe ser estimado por el Tribunal Arbitral.

31. Con relación a la **demora en la presentación del Informe de Ampliación de Plazo de Obra Nº 22,** el Demandante ha acreditado que mediante Carta Nº 319-2009/CON-0709-S/JS de fecha de recepción 13 de noviembre de 2009, se remitió al Demandado el Expediente de Ampliación de Plazo Nº 22 y que éste fue presentado por el Consorcio Puente Chino mediante Carta Nº CPCh/357/101109/RMV, habiéndose consignado por error material el sello de recepción la fecha de 10 de octubre de 2009. La existencia de este error material ha sido corroborada por el hecho de que la fecha 10 de octubre de 2009 corresponde a un día inhábil. Como el error material no es fuente de derecho a favor del Demandado, razón por la cual al verificarse la presentación oportuna del Expediente de Ampliación de Plazo Nº 22, este supuesto fundamento de la Primera Pretensión Principal, debe ser estimado por el Tribunal Arbitral.

32. Con relación a **la demora en la presentación del Informe de Valorización de Obra Nº 28**, por supuestamente no haber respetado la aplicación del Decreto de Urgencia Nº 099-2009, el Demandante ha acreditado que mediante el Oficio Nº 095-2010-MTC/20/14, de fecha de recepción 5 de octubre de 2010, el Demandado remitió a HOB CONSULTORES S.A. –empresa que integra el Consorcio Demandante- el Memorándum Múltiple Nº 075-2010-MTC/20, de fecha 27 de julio de

2010, suscrito por el Director Ejecutivo de PROVÍAS NACIONAL, señor Raúl Torres Trujillo quien sobre la aplicación del Decreto de Urgencia Nº 099-2009 manifestó lo siguiente:

"Me dirijo a Uds. en atención a la aplicación del Decreto de Urgencia Nº 099-2009 a los procesos de selección para manifestarles que la Unidad Gerencial de Asesoría Legal mediante Informe de la referencia b), señaló que la mencionada norma no era de aplicación para los contratos regidos por las normas de contrataciones del Estado, durante la etapa de ejecución contractual. Por otro lado, el Organismo Superior de Contrataciones del Estado (sic)- OSCE a través de la Opinión de la referencia c), **indica entre otros que, las disposiciones del citado Decreto de Urgencia no resultan aplicables al cómputo de los plazos de los procedimientos desarrollados dentro de la etapa de ejecución contractual con plazos en los días hábiles, puesto que tales procedimientos no implican la prestación de un servicio a un administrado o particular, además resulta perjudicial al Contratista**.

En tal sentido, se les solicita que insten a los funcionarios asignados a sus respectivas Unidades Gerenciales, que tengan a su cargo la administración de contratos regidos por las normas de Contrataciones del Estado, para que al momento de administrar los contratos a su cargo, tengan en cuenta el contenido de los mencionados documentos" (resaltado y subrayado agregado).

En consecuencia, se verifica que el Demandante remitió al Demandado la Valorización de Mayores Gastos Generales por Ampliación de Plazo Nº 28 en momento oportuno y dentro del plazo previsto en el artículo 262° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, razón por la cual, este fundamento de la Primera Pretensión Principal debe ser estimado por el Tribunal Arbitral.

33. El artículo 3° de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, prevé los requisitos de validez de los actos administrativos, incluyendo en el inciso 4), a la motivación como requisito de validez. El párrafo 6.2 del artículo 6 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

34. Del análisis de las penalidades impuestas al Demandante se ha verificado que la su aplicación no está debidamente motivada en los siguientes ítems:

- Demora en presentar Ficha Quincenal Nº 69 S/. 56,643.72
- Demora en presentar el Informe de Ampliación de Plazo de Obra Nº 22 S/. 59,341.04
- Demora en presentar el Informe de Valorización de Obra Nº 28 S/. 5,394.64

En consecuencia, se ha configurado un vicio de nulidad de la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20, conforme al inciso 2 del artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General que preceptúa:

"Artículo 10º.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

2. El defecto u omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14".

El Tribunal Arbitral estima que la motivación de la aplicación de las penalidades en los ítems detallados es errónea y defectuosa y no justifica la decisión adoptada por el Demandado. Asimismo, considera que no es de aplicación el artículo 14° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el mismo que regula la conservación del acto administrativo, dado que en el presente caso el vicio de motivación es trascendente.

35. Por lo expuesto el Tribunal Arbitral estima que se debe declarar fundada la Primera Pretensión Principal de la Demanda y conforme a ello, que se debe declararse la nulidad parcial de la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20, de fecha 29 de diciembre de 2011, en el literal d) del Artículo Primero, el mismo que determina que las penalidades aplicadas al Supervisor pendientes de cobro, ascienden a la suma de S/ 126,774.04, incluido I.G.V. y, en consecuencia, del análisis de la legalidad de las penalidades a que se refiere esta pretensión,

corresponde determinar como penalidad que debe descontarse con la liquidación correspondiente, a la referida a la Demora en la presentación del Informe Mensual ascendente a la suma de S/. 5,394.64, incluido IGV.

B. ANÁLISIS DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

36. La declaración de existencia del saldo de S/. 151,114.11 (Ciento Cincuenta y Un Mil Catorce y 11/100 nuevos soles) incluido IGV y que se ordene su pago no es una consecuencia que guarde conexión directa con la Primera Pretensión Principal que está referida a la nulidad de la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20 por la errónea aplicación de penalidades al Demandante pendientes de cobro y que ascienden a las suma S/. 126,774.04, incluido IGV, tal como se detalla en el cuadro respectivo que figura en la página 14 del Informe Nº 150-2011-MTC/20.5-TBC, que sustenta la mencionada Resolución Directoral.

37. La necesaria conexidad entre la Pretensión Accesoria y la Primera Pretensión Principal es un requisito de la acumulación subjetiva de pretensiones previsto en el artículo 86° del Código Procesal Civil.

38. En consecuencia, si bien la declaración de existencia del saldo de S/. 151,114.11 y su pago son puntos controvertidos en el presente proceso, el Tribunal por los fundamentos procesales expuestos, desestima por improcedente la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal.

C. ANÁLISIS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

39. La Segunda Pretensión Principal está dirigida a que se reconozca a favor del Demandante, el Presupuesto Reestructurado por participación de Personal y Recursos de la Supervisión de la Obra y en consecuencia, que se deje sin efecto el saldo en contra del Supervisor ascendente a la suma de S/. 200,081.66 (Doscientos Mil Ochenta y Uno con 66/100 Nuevos Soles), conforme a lo previsto en la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20.

40. El Demandante afirma que con Carta Nº 027-2008/CON-0709-S/RL de fecha 18 de junio de 2008, presentó un Presupuesto Reestructurado por los servicios de supervisión ascendente a la suma de S/ 122,178.49

(Ciento Veintidós Mil Ciento Setenta y Ocho y 49/100 Nuevos Soles), sin que el Demandado haya emitido pronunciamiento alguno.

41. Sin perjuicio de ello, está verificado que todos los Adicionales que fueron posteriormente aprobados por el Demandado, fueron calculados en base al Presupuesto Reestructurado, tal como está acreditado en los siguientes documentos:

    (i) Informe Nº 603-2008-MTC/20.5/JDO de fecha 30 de diciembre de 2008, que forma parte integrante de la Resolución Nº 135-2009-MTC/20, que aprobó el Presupuesto Adicional Nº 01 y 02.

    (ii) Informe Nº 672-MTC/20.5/JDO de fecha 28 de diciembre de 2009, que forma parte integrante de la Resolución Directoral Nº 1684-2009-MTC/20, que aprobó el Presupuesto Adicional Nº 10.

    (iii) Informe Nº 114-2010-MTC/20.5/JLAS de fecha 16 de junio de 2010, que forma parte integrante de la Resolución Directoral Nº 654-2010-MTC/20, que aprobó el Presupuesto Adicional Nº 13.

    (iv) Informe Nº 088-2010-MTC/20.5/JLAS de fecha 28 de diciembre de 2010, que forma parte integrante de la Resolución Directoral Nº 1461-2010-MTC/20, que aprobó el Presupuesto Adicional Nº 20.

    (v) Informe Nº 093-2011-MTC/20.5/TBC de fecha 30 de junio de 2011, que forma parte integrante de la Resolución Directoral Nº 794-2011-MTC/20, que aprobó el Presupuesto Adicional Nº 27.

42. Sobre el particular, el Tribunal Arbitral considera pertinente analizar si es viable la aplicación en el presente caso del **Principio de Confianza Legítima**, admitido por la doctrina en derecho administrativo. Las condiciones para su aplicación son las siguientes según González Pérez[6]: a) La existencia de un acto de administración lo suficientemente concluyente para provocar en el afectado la confianza en que la Administración actúa correctamente, en que su relación con la misma es lícita y en que las expectativas que tiene son razonables a la luz de las condiciones que se le ofrecen; b) la generación de "signos externos" por parte de la Administración que orienten al ciudadano hacia una determinada conducta; c) el dictado de un acto de la administración que

[6] González Pérez, Jesús, *El principio general de buena fe en derecho administrativo*, Thomson- Civitas, Madrid, 2004, pp. 70-74.

reconozca o constituya una situación jurídica individualizada en cuya perdurabilidad pueda confiarse. d) la existencia de causas, hechos y motivos del acto que sustenta la confianza del afectado con suficiente idoneidad y credibilidad; e) el cumplimiento por parte del afectado de todos los deberes y obligaciones que se habían puesto a su cargo.

43. El Tribunal Arbitral estima que los actos administrativos que aprobaron obras adicionales en base al Presupuesto Reestructurado –detallados en el párrafo 40- no sólo gozan de presunción de legalidad y de legitimidad sino que generaron confianza legítima al Demandante en que el Presupuesto Reestructurado había sido aprobado y que esta situación jurídica sería reconocida en la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20.

44. El argumento del Demandado en el sentido que la aprobación del Presupuesto Reestructurado trasgrede al artículo 36° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en razón de que implica variación de la característica esencial de precio que fue ofertado en el proceso de selección es inconsistente, al verificarse que el mismo Demandado ha aprobado presupuestos reestructurados mediante Resoluciones Directorales, en la medida que no modificaban el monto total contractual de la Supervisión sino que se limitaban a variaciones o ajustes de los montos de las etapas contractuales, tal como se acredita con la documentación administrativa que acompañó con su escrito Nº 8: (i) Resolución Directoral Nº 259-2010-MTC que aprueba el Presupuesto Re-estructurado de Nº 01 al Contrato de Supervisión de Obra Nº 082-2009-MTC/20, suscrito con HOB Consultores S.A.; (ii) Resolución Directoral Nº 666-2010-MTC/20, de fecha 9 de julio de 2010, que aprueba el Presupuesto Re-estructurado al Contrato de Supervisión de Obra Nº 141-2009-MTC/20, suscrito con HOB Consultores S.A.; (iii) Resolución Directoral Nº 720-2010/20, de fecha 23 de julio de 2010, que aprueba el Presupuesto Re-estructurado Nº 1 al Contrato de Supervisión de Obra Nº 070-2010-MTC, suscrito con HOB Consultores S.A.; (iv) Resolución Directoral Nº 927-2010-MTC, de fecha 14 de julio de 2010, que aprueba el Presupuesto Re-estructurado Nº 1 al Contrato de Supervisión de Obra Nº 052-2010-MTC/20, suscrito con HOB Consultores S.A.; (v) Resolución Directoral Nº 929-2010-MTC, de fecha 14 de julio de 2010, que aprueba el Presupuesto Re-estructurado Nº 1 al Contrato de Supervisión de Obra Nº 87-2010-MTC/20, suscrito con HOB Consultores S.A.; (vi) Resolución Directoral Nº 214-20125-MTC/20, de fecha 14 de julio de 2010, que

aprueba el Presupuesto Re-estructurado Nº 1 al Contrato de Supervisión de Obra Nº 87-2010-MTC/20, suscrito con HOB Consultores S.A.

45. Así, como referencia se puede apreciar que en la Resolución Nº 259-2010-MTC/20 de fecha 25 de marzo de 2010, en el octavo considerando (página 2) se afirma que:

"Que, a través del Memorándum Nº 751-2010-MTC/20.5, de fecha 10.03.2010, la Unidad Gerencial de Obras remite el Informe Nº 027-2010-MTC/20.5-CTM, de fecha 09.03.2010, elaborado por el Especialista en Administración de Contratos, (...) en el cual analiza el Presupuesto Reestructurado Nº 01 de los Servicios de Supervisión, indicando que: a) La Supervisión en función de la ampliaciones de plazo otorgadas, propone la reestructuración del presupuesto de Supervisión respectivo, teniendo en cuenta las cantidades valorizadas hasta el mes de Enero de 2010 en la Etapa de supervisión de obra, sin modificar el monto contractual de la supervisión **b) La reestructuración propuesta no modifica el monto contractual de la Supervisión**, al haber modificado la participación en el rubro A: Sueldos y Salarios en Personal técnico, personal auxiliar y de servicios; y en el rubro C Movilización y Apoyo Logístico en: Pasajes (Vía Terrestre), Viáticos, **siendo por tanto invariable el monto contractual de supervisión**, c) Dicha reestructuración toma en cuenta la participación de los profesionales y sus respectivos recursos, concordante con las ampliaciones d plazo otorgadas, y el presupuesto adicional Nº 01 de la Supervisión, de tal forma de culminar con la Etapa de Supervisión al 01.04. 2010, siendo necesaria para el cumplimiento de sus compromisos contractuales: por lo que concluye que: a) **se considera pertinente aprobar el Presupuesto Reestructurado Nº 01 de los Servicios de Supervisión** (...) "(resaltado agregado).

46. Precisamente esa inconsistencia de la posición del Demandado se evidencia en el Cuadro comparativo que figura en la página 11 del escrito 6 de alegatos del Demandado en el que se aprecia que tanto el monto total del Presupuesto de Supervisión Contractual y el monto total del Presupuesto Reestructurado ascienden a la suma de S/. 6'025,175.66.

47. En este sentido, no son pertinentes las citas de la Opinión Nº 001-2009/DOP, de fecha 20 de enero de 2009; de la Opinión Nº 063-2011-DTN de fecha 22 de julio de 2011, de la Opinión Nº 057-2011-DTN de

30 de marzo de 2011 y de la Opinión Nº 060-2011/DTN de fecha 3 de junio de 2011, que formula el Demandado para fundamentar su posición.

48. Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera que la Segunda Pretensión Principal debe ser estimada como fundada.

D. ANÁLISIS DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

49. Al haberse determinado que existen fundamentos para que ambas partes acudiesen a la vía arbitral para solucionar sus controversias derivadas de la liquidación del Contrato de Supervisión de Obra, el pago de las costas y costos deben ser asumidos por ambas partes en aplicación del principio de equidad procesal.

E. DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas y los fundamentos que contienen, el Tribunal resuelve en unanimidad, lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE, la demanda interpuesta por el **CONSORCIO VIAL PUMAHUASI** en el extremo correspondiente a la Primera Pretensión Principal de la Demanda; y declarar la nulidad parcial de la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20 de fecha 29 de diciembre de 2011, en el literal d) del Artículo Primero que determina que las penalidades aplicadas al Supervisor pendientes de cobro ascienden a la suma de S/. 126,774.04, incluido I.G.V. y, determinar como penalidad que debe descontarse con la Liquidación a la referida a la Demora en la presentación del Informe Mensual, ascendente a la suma de S/. 5, 394.64, incluido IGV.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE LA DEMANDA interpuesta por el **CONSORCIO VIAL PUMAHUASI** en el extremo correspondiente a la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA interpuesta por el **CONSORCIO VIAL PUMAHUASI,** en el extremo correspondiente a la Segunda Pretensión Principal. En consecuencia, **DECLARAR** que el Demandado debe reconocer el Presupuesto Reestructurado propuesto por el Demandante, y por tanto, dejar sin efecto legal el saldo en contra del Demandante ascendente a la suma de S/. 200,081.66 (Doscientos Mil Ochenta y Uno con 66/100 Nuevos soles) previsto en el literal c) del Artículo Primero de la Resolución Directoral Nº 1158-2011-MTC/20, de fecha 29 de diciembre de 2011.

CUARTO: DECLARAR que el pago de los costas y costos deben ser asumidos por ambas partes.

CESAR OCHOA CARDICH

Presidente

EMILIO CASSINA RIVAS

Arbitro

RICHARD MARTIN TIRADO

Arbitro

GABRIELA CASSINA RAMON

Secretaria Arbitral