

LAUDO ARBITRAL

En la ciudad de Lima, con fecha 8 de febrero 2013, en el local asignado por la Árbitro Único, sito en Av. Camino Real 1075, San Isidro; se reunieron la doctora Laura Castro Zapata, en su calidad de Árbitro Único y la doctora Silvia Rodríguez Vásquez en calidad de Secretaria Arbitral del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el Centro); a fin de emitir el Laudo Arbitral, en el proceso arbitral seguido por Consorcio Vial Humanga (en adelante, Consorcio), y de, otro lado el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional —Provías Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, Provías Nacional).

ANTECEDENTES

Por escrito presentado con fecha 4 de agosto de 2011, el Consorcio solicitó al Centro el inicio de un arbitraje de derecho, a fin de resolver controversias con respecto a la Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20 (en adelante, el Contrato).

Por escrito N° 1, de fecha 18 de agosto de 2012, Provías Nacional se apersona y contesta la solicitud de arbitraje. Asimismo, designa como abogado encargado a la Doctora Diana María Revoredo Lituma, y como demás representantes a los doctores Alan Carlos Alarcón Canchari, Katty Mendoza Murgado, Sergio Gonzalo Bringas Acevedo, Alfonso Roberto Carbajal Sanchez, Arminda Isabel Andrade Villavicencios, Luis Felipe Mondoñedo Chavez, Carlos Alberto Muñoz Larico e Israel Stein Lavarello. Por otro lado, solicitaron que sea la Corte de Arbitraje del Centro la que designe al Árbitro Único.

Por carta de fecha 15 de septiembre de 2011, la Secretaría General de Arbitraje del Centro, comunicó a la doctora Laura Castro Zapata su designación como Árbitro Único del proceso, remitiéndole los antecedentes del mismo y agradeciendo informe sobre su aceptación en el término de dos (2) días hábiles.

Por carta de fecha 19 de septiembre de 2011, dentro del plazo conferido, la doctora Laura Castro Zapata acepta la designación como Árbitro Único del proceso.

Con fecha 14 de octubre de 2011 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único. En dicha oportunidad, se establecieron las reglas del proceso, otorgándose al Consorcio un plazo de veinte (20) días, para la presentación de su escrito de demanda, debiendo ofrecer los medios probatorios que sustentan su posición. El mismo plazo se

le asignó a Provías Nacional para presentar la contestación de la demanda, plazo que empieza a computarse a partir del traslado de la demanda. De igual manera, la Árbitro único otorgó a las partes un plazo de diez (10) días, a fin de que cumplan con cancelar los gastos arbitrales, que incluyen los honorarios del Tribunal Unipersonal, así como los gastos por la administración del proceso, según lo establecido en la Regla 42 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

Por escrito de fecha 14 de octubre de 2011, el Consorcio cumplió con presentar su escrito de demanda. Mediante Resolución N° 3 se requirió al Consorcio que presente un medio probatorio (Carta N° 043-2009/CVH) señalado en la Demanda pero no adjuntado en ella. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución N° 4, de fecha 12 de enero de 2012, a través de la cual se corrió traslado a Provías Nacional para que en un plazo de diez (10) días cumpla con contestarla, y de considerarlo conveniente, formule reconvención. La Resolución N° 4 consigna también que debe tenerse por no cumplido el mandato emitido por la Resolución N° 3, respecto a la presentación de la Carta N° 043-2009/CVH como medio probatorio.

Por escrito N° 0210010 de fecha 10 de febrero de 2012, el Consorcio ofrece a los siguientes medios probatorios: Carta N° 043-2009/CVH —recibida por Provías Nacional el 8 de julio de 2009— y Carta N° 042-2009/CVH, de fecha 25 de junio de 2009.

Por medio del escrito N° 4, de fecha 16 de febrero de 2012, Provías Nacional cumplió con contestar la demanda interpuesta por el Consorcio, negándola en todos y cada uno de sus extremos.

Mediante Resolución N° 5, de fecha 20 de febrero de 2012, la Árbitro Único corre traslado a Provías Nacional de la presentación extemporánea de medios probatorios hecha por el Consorcio.

El escrito N° 4 fue tramitado mediante Resolución N° 6, de fecha 21 de febrero de 2012, a través de la cual se requiere a Provías Nacional identificar y sustentar el contenido del Anexo 1-D de su Contestación a la Demanda.

Mediante Resolución N° 7 se modifica la sede administrativa del arbitraje. Ésta pasa a ubicarse en la Calle 21 (Avenida E. Canaval y Moreyra) N° 751-745, primer piso, Corpac, San Isidro.

Mediante Resolución N° 8, se resuelve tener por no ofrecidos los medios probatorios presentados mediante Escrito N° 0210010 debido a la extemporaneidad de su presentación. Por otro lado, la referida resolución admite la Contestación de la

Demanda y corre traslado de la Excepción de cosa juzgada planteada por Provías Nacional en su escrito de Contestación de la Demanda. Se le otorgaron cinco (5) días al Consorcio para que manifieste lo conveniente a su derecho.

A través de la Resolución N° 9 se tiene por absuelto —de manera extemporánea— el traslado de la Excepción de cosa juzgada realizado mediante la Resolución N° 8. Así mismo, la Resolución N° 9 deriva la resolución de la excepción al momento de la emisión del laudo arbitral, o a un momento anterior de éste.

Mediante Resolución N° 10 se cita al Consorcio y a Provías Nacional a la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, para el 6 de junio del 2012.

Mediante Resolución N° 11, se reprograma, de oficio, la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos para el día 15 de junio de 2012.

Con fecha 15 de junio de 2012, se celebró la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos.

Mediante Resolución N° 13, se programa una Audiencia Especial para que las partes puedan exponer sus posiciones respecto a la excepción de cosa juzgada planteada por Provías Nacional. La referida audiencia se llevó a cabo el 6 de septiembre de 2012.

Mediante escrito de fecha 7 de septiembre de 2012, el Consorcio realiza algunas precisiones en torno a lo expuesto en la Audiencia Especial, además, presenta fotocopias de los cargos de los cuatro tomos que conformaron el Informe N° 2 con el respectivo sello de Provías Nacional.

A través de la Resolución N° 14, se resuelve tener presente lo expuesto en el escrito de fecha 7 de septiembre de 2012 en cuanto fuera pertinente y se agregan al expediente las copias presentadas. Esta Resolución pone en conocimiento a Provías Nacional el escrito de fecha 7 de septiembre de 2012.

Mediante escrito de fecha 10 de octubre de 2012, Provías Nacional se pronuncia respecto a las precisiones hechas por el Consorcio en el escrito de fecha 7 de septiembre de 2012.

La Resolución N° 15, de fecha 19 de octubre de 2012, resuelve tener presente el escrito presentado por Provías Nacional el 10 de octubre de 2012.

Por Resolución N° 16, de fecha 19 de octubre de 2012, la Árbitro Único resolvió declarar finalizada la etapa probatoria del presente proceso, y otorgar a las partes el

plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que cumplan con presentar sus alegatos escritos, pudiendo solicitar el uso de la palabra de considerarlo conveniente.

A través del escrito de fecha 26 de octubre de 2012, Provías Nacional presenta sus alegatos. Asimismo, por medio del Escrito de fecha 30 de octubre de 2012, el Consorcio presenta sus correspondientes alegatos.

Mediante Resolución N° 17, de fecha 31 de octubre de 2012, se resuelve tener por presentados los escritos de ambas partes; adicionalmente, se cita a las partes a la Audiencia de Informes Orales, para el día 16 de noviembre de 2012 a las 9:30 a.m. en la sala 1, piso 4 del Centro Cultural de la PUCP, ubicado en Avenida Camino Real N° 1075, San Isidro.

Con fecha 15 de noviembre de 2012, Provías Nacional presenta un escrito abocado a absolver el escrito presentado por el Consorcio el 30 de octubre de 2012.

Con fecha 16 de noviembre de 2012, se realizó la Audiencia de Informes Orales, señalándose que el plazo para laudar es de treinta (30) días, contados a partir del día siguiente de suscrita la presente acta. Dicho plazo vence, entonces, el 03 de enero de 2013.

Mediante Resolución N° 19, de fecha 18 de diciembre de 2012, se prorrogó por treinta (30) días adicionales el plazo para laudar, venciendo el plazo para la emisión del laudo el 14 de febrero de 2013.

Mediante Escrito de fecha 14 de enero de 2013, la Árbitro Único comunica a las partes que es representante legal de la empresa Proyectos de Ingeniería 63 – Sucursal del Perú, empresa cuyo contrato con Provías Descentralizado fue resuelto por Provías el 9 de enero de 2013. En ese orden de ideas, la Árbitro Único informó que dicha situación dará lugar a un arbitraje, y que ni la Árbitro Único, ni el Estudio de Abogado del cual es miembro, participará en el mismo.

Mediante Escrito de fecha 18 de enero de 2013, el Consorcio ratifica su confianza para con la Árbitro Único, sosteniendo de que debe continuar con el Arbitraje hasta que el mismo tenga un Laudo que resuelva la causa. Por otro lado, Provías Descentralizado no se pronunció respecto al escrito de fecha 14 de enero de 2013.

CONSIDERANDO

1. Excepción de Cosa Juzgada

Que, conforme a la Resolución N° 9, de fecha 4 de mayo de 2012, la Árbitro Único dispuso resolver la excepción de cosa juzgada al momento de laudar.

Por lo tanto, en este estado del proceso, corresponde a la Árbitro Único resolver la excepción de cosa juzgada, deducida por Provías Nacional.

Posición de Provías Nacional

- 1.1 Que, de acuerdo al artículo 59.2 de la Ley General de Arbitraje, el Laudo arbitral tiene efectos de cosa juzgada. Luego, se excluye cualquier decisión arbitral, jurisdiccional o administrativa futura que trate sobre una controversia entre las mismas partes y con el mismo objeto.
- 1.2 Que, el Laudo arbitral (Resolución N° 18 del 11 de agosto de 2010, Expediente N° 93-2009) se aboca a la controversia surgida entre el Consorcio y Provías Nacional respecto a la Resolución Directoral N° 782-2009-MTC/20. Esta Resolución Directoral resolvía de pleno derecho el Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20, declarando infundada la demanda interpuesta por el Consorcio y disponiendo que la resolución del contrato era sin responsabilidad de las partes.
- 1.3 Que, en ese orden de ideas, corresponde citar lo determinado por el referido laudo, así: «[...] se tiene por ejecutadas y culminadas para todo efecto legal la prestación del Informe N° 1 y su correspondiente pago. Asimismo, este Colegiado debe declarar que no corresponde efectuar pago por el Informe N° 2, pues conforme lo ha expuesto carece de utilidad para la entidad». ¹
- 1.4 Que, en ese orden de ideas, Provías Nacional cumplió con elaborar una Liquidación del Contrato de Consultoría sin tomar en cuenta el pago del Informe N° 02, tal y como fue dispuesto por el Laudo arbitral. Esto deriva en la emisión de la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20, de fecha 16 de junio de 2011.
- 1.5 Que, luego, no corresponde discutir si se debe realizar el pago a el Consorcio por el Informe N° 02, en cuanto ese extremo ya está contenido en un pronunciamiento firme.

¹ Laudo Arbitral – Resolución N° 18 del 11 de agosto de 2010 – Expediente N° 93-2009. Página:

- 1.6 Que, finalmente, Provías Nacional sostiene que una simple lectura de las pretensiones invocadas por el Consorcio permite advertir que las mismas ya están resueltas en un pronunciamiento firme previo.

Posición del Consorcio

- 1.7 Que, el Consorcio afirma que el Contrato de la Consultoría de Obra Nº 182-2008-MTC/20 «Elaboración de los estudios para el mantenimiento periódico de la Carretera: Puente Choclococha – Ayacucho – Huanta», en adelante los Estudios, concluyó por Resolución Administrativa a mérito de la Resolución Directoral Nº 782-2009/MTC/20 expedida por PROVIAS NACIONAL de fecha 10 de julio de 2009.
- 1.8 Que, el Tribunal Arbitral del arbitraje contra la R.D. Nº 782-2009/MTC/20, se instaló el 26 de octubre de 2009.
- 1.9 Que, en ese sentido, el Consorcio indica que sus pretensiones planteadas en dicho arbitraje fueron las siguientes:

1. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

«Solicitamos se deje sin efecto la Resolución Directoral Nº 782-2009-MTC/20 de 10Jul09 emitida por LA ENTIDAD en el extremo que resuelve de pleno derecho el Contrato de Consultoría de Obra Nº 182-2008-MCT/20 suscrito el 25Ago2008 para la elaboración de los Estudios para el mantenimiento periódico de la Carretera Choclococha – Ayacucho – Huanta».

1.1. PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL

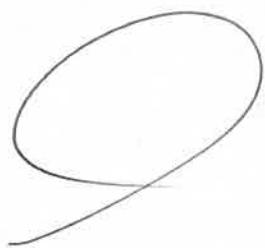
«Como consecuencia de nuestra Primera Pretensión Principal se deje sin efecto el Artículo Segundo de la Resolución Directoral Nº 782-2009-MTC/20 de 10Jul09 emitida por LA ENTIDAD en el extremo de ejecución de garantías otorgadas por nuestra parte como respaldo del Contrato de Consultoría de Obra Nº 182-2008-MTC/20».

1.2. SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL

«Dejada que sea sin efecto la Resolución Directoral Nº 782-2009-MTC/20 de 10Jul09 se restablezca el vínculo contractual a efecto (sic) LA ENTIDAD proceda a recibir LOS ESTUDIOS a nivel de borrador del Informe Final para su revisión y aprobación».

1.3. TERCERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL

«Declaradas fundadas que sean (sic) nuestras pretensiones anteriores, solicitamos ordenar a LA ENTIDAD el



reconocimiento y pago de las costas arbitrales causados por la presente acción».

- 1.10 Que, el Consorcio indica que el Tribunal Arbitral declaró infundadas todas las pretensiones, señalando, además, que se resuelve el contrato sin responsabilidad para las partes.

Que, además, el Consorcio señala que fue Provías Nacional quien solicitó la nulidad del laudo ante el Poder Judicial, declarándose infundada mediante Resolución N° 06 del 4 de abril de 2011. En ese sentido, el demandante afirma que la Entidad falta a la verdad en el acápite 1.26 de los Antecedentes de su escrito de Excepción y Contestación de Demanda al indicar que fue el Consorcio quien interpuso el Recurso de Anulación.

- 1.11 Que, por lo tanto, el Consorcio indica que habiendo quedado el Laudo arbitral consentido, exigieron en el petitorio de la demanda que Provías Nacional reconozca sus pretensiones con relación a la liquidación del Contrato de consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20, que son:

1. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Solicitamos se deje sin efecto la Resolución Directoral N° 637-2001-MTC/20 de 16Jun2011 emitida por LA ENTIDAD que aprueba administrativamente la Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20 suscrito el 25Ago2008 para la Elaboración de los Estudios para el mantenimiento periódico de la Carretera: Puente Choclococha - Ayacucho - Huanta.

1.1. PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Solicitamos se deje sin efecto la penalidad de S/. 30,927.66 considerada en la Liquidación efectuada por LA ENTIDAD mediante la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20 de 16Jun2011.

1.2. SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Como consecuencia de nuestra Primera Pretensión Principal, se deje sin efecto los literales a), b) y c) del Artículo Primero de la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20 de 16Jun2011 emitida por LA ENTIDAD que aprueban el Costo Final del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20; determina un saldo a favor de PROVIAS NACIONAL ascendente a S/. 247,421.30; y, establece un saldo por descontar ascendente a S/. 30,927.66.

2. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Solicitamos se aprueben los cálculos presentados por EL CONSORCIO en fecha 01Jul2011 que establecen un saldo a favor de EL CONSORCIO ascendente a S/. 73,544.48.

3. PRETENSIÓN ACCESORIA COMÚN A LAS PRETENSIÓN PRINCIPALES

Declaradas fundadas que sean (sic) nuestras pretensiones anteriores, solicitamos ordenar a PROVIAS NACIONAL el

reconocimiento y pago de las costas y costos arbitrales causados por al presente acción.

- 1.12 Que, el Consorcio afirma que en el proceso arbitral anterior se discutió la Resolución del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20, y no hubo controversia respecto a la Liquidación de dicho contrato, materia del presente proceso arbitral.

Posición de la Árbitro Único

- 1.13 Que, es menester hacer una evaluación completa de la identidad de procesos. En ese orden de ideas, corresponde partir del artículo 452 del Código Procesal Civil: «*Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos*».
- 1.14 Que, en efecto, la identidad de procesos es un elemento determinante para dilucidar la existencia de la cosa juzgada o la litispendencia. En ese sentido, el referido artículo recoge los elementos que deben presentarse para la existencia **de procesos idénticos, a saber:**

- i. **Identidad de partes;**
- ii. **Identidad de petitorio; e**
- iii. **Interés para obrar**

- 1.15 Que, respecto a la identidad del petitorio, las mismas partes deben efectuar la misma petición en los dos procesos y que esa petición trate sobre el mismo bien corporal o incorporeal. Asimismo, existe identidad en el petitorio cuando esta subsiste aunque se sustituya la prestación solicitada en el primer proceso por una prestación equivalente.²
- 1.16 Que, para determinar la identidad de petitorio es menester analizar a cada pretensión de manera individual, en cuanto es posible que algunas hayan sido ya resueltas por el arbitraje anterior.
- 1.17 Que, la presente demanda interpuesta por el Consorcio busca la satisfacción de los siguientes puntos:

1. Dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20, la que aprueba administrativamente la Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20.

² Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, primera edición, tomo II, p. 519.

- 1.1 Pretensión Accesoria: Dejar sin efecto la penalidad de S/. 30,927.66 considerada en la liquidación efectuada mediante la referida Resolución Directoral.
- 1.2 Pretensión Accesoria: Dejar sin efecto los literales a), b) y c) del artículo primero de la referida Resolución Directoral. Estos literales aprueban el Costo Final del Contrato de Consultoría de Obra y determina un saldo a favor de Provías Nacional de S/. 247,421.30, y establecen un saldo por descontar ascendente a S/. 30,927.66
2. La aprobación de los cálculos presentados por el Consorcio con fecha 01 de julio de 2011, que establecen un saldo a favor del mismo ascendente a S/. 73,544.48.
- 2.1 Pretensión Accesoria común a las pretensiones principales: Ordenar a Provías nacional el reconocimiento y pago de las costas y costos arbitrales causados por la presente acción.
- 1.18 Que, en efecto, de la lectura de los escritos presentados por las partes, de los medios probatorios propuestos para sustentar cada una de sus posturas, y teniendo en cuenta lo señalado —principalmente— en el laudo arbitral de fecha 5 de agosto de 2010, se tiene que las pretensiones discutidas en él son distintas a las que se discuten en el presente proceso arbitral.
- 1.19 Que, desde un punto de vista literal (vale decir, formal), se tiene que en el fenecido proceso arbitral las materias controvertidas giraban en torno a temas relacionados a la Resolución Directoral N° 782-2009-MTC/20, de fecha 10 de julio de 2009, emitida por Provías Nacional. Básicamente en los siguientes extremos: (i) que se deje sin efecto la resolución de pleno derecho del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20; (ii) que se deje sin efecto el artículo segundo de la referida Resolución Directoral que dispone la ejecución de garantías otorgadas por el Consorcio como respaldo del Contrato; y (iii) que se restablezca un vínculo contractual para el cumplimiento de una obligación.
- 1.20 Que, sin embargo, en el presente proceso arbitral, se discute temas distintos a los discutidos en el fenecido proceso arbitral, vale decir, las pretensiones (que, en principio y para efectos de este apartado, la Árbitro Único los entiende de manera literal) son distintas y no guardan identidad con aquéllas planteadas en dicho proceso.
- 1.21 Que, desde un punto de vista sustancial, en el proceso arbitral concluido, la naturaleza jurídica de lo allí discutido difiere de las pretensiones que la

Árbitro Único tiene por objeto evaluar. Así, dicho Laudo arbitral ratificó la resolución del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20, sin responsabilidad de las partes, así como, dejó sin efecto la ejecución de unas garantías.

- 1.22 Que, luego de lo ordenado por dicho Tribunal se dispuso la Liquidación del Contrato.
- 1.23 Que en este contexto, debe resaltarse que las figuras de resolución —materia controvertida del proceso fenecido— y liquidación —materia controvertida del presente proceso— son sustancialmente distintas, pues son conceptos que regulan supuestos de hecho diferentes y poseen alcances y limitaciones que de modo alguno se pueden equiparar.
- 1.24 Que, teniendo en cuenta ello, es que las pretensiones que en este proceso arbitral se van a dilucidar están referidas, entre otras, a la liquidación de un contrato cuya fundamentación se encuentra contenida en la Resolución Directoral n.º 637-2011-MTC/20, de fecha 16 de junio de 2011.

Que, dentro de tal orden de ideas, es objeto de este proceso arbitral analizar la procedencia o no de las pretensiones —sustancial y formalmente distintas a las planteadas en el fenecido proceso arbitral— presentadas por las partes; y en consecuencia, corresponde declarar infundada la excepción de cosa juzgada deducida por Provías Nacional.

- 1.25 Que, en conclusión, no corresponde declarar procedente la excepción de cosa juzgada, en tanto que no hay identidad de procesos.
2. Que, el Consorcio interpone demanda en contra Provías Nacional a efectos de que se declaren fundadas las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal

Que la Árbitro Único declare, al momento de laudar, la nulidad de la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20 del 16 de junio de 2011. Ésta aprueba administrativamente la Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20 suscrito el 25 de agosto de 2008 para la «Elaboración de los Estudios para el mantenimiento periódico de la Carretera: Puente Choclococha – Ayacucho – Huanta».

Primera Pretensión Accesoria a la pretensión principal

Expediente : 196-37-11
Demandante: Consorcio Vial Huamanga
Demandado : Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional –
Provías Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones
Árbitro Único: Laura Castro Zapata

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

Que la Árbitro Único deje sin efecto la penalidad de S/. 30,927.66 considerada en la Liquidación efectuada por Provías Nacional mediante la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20

Segunda Pretensión Accesoria a la pretensión principal

Que la Árbitro Único deje sin efecto los literales a), b) y c) del Artículo Primero de la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20, puesto que éstos determinan un saldo a favor de Provías Nacional ascendente a S/. 247,421.30; y establece un saldo a descontar de S/. 30,927.66

Segunda Pretensión Principal

Que la Árbitro Único apruebe, al momento de laudar, los cálculos presentados por el Consorcio en fecha 01 de julio de 2011, que establecen un saldo a favor de el Consorcio ascendente a S/. 73,544.48

Pretensión Accesoria común a las Pretensiones Principales

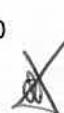
Que la Árbitro Único ordene el pago de las costas y costos arbitrales que nacen de este proceso arbitral.

3. Que, en tal sentido, y de conformidad a lo establecido en el Acta de determinación de puntos controvertidos, la Árbitro Único deberá resolver lo siguiente:

DETERMINAR SI CORRESPONDE DEJAR SIN EFECTOS LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 637-2011-MTC/20 DEL 16 DE JUNIO DE 2011. RESOLUCIÓN QUE APRUEBA ADMINISTRATIVAMENTE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA DE OBRA N° 182-2008-MTC/20.

Posición del Consorcio

- 3.1 Que, a través del Laudo arbitral contenido en la Resolución N° 18 del 11 de agosto de 2010, Expediente N° 93-2009, el Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20 quedó resuelto de pleno derecho sin responsabilidad de las partes.



3.2 Que, resuelto el referido contrato de consultoría de obra, corresponde proceder a la Liquidación final, en cuanto esta es la etapa del procedimiento de contratación pública en el que se plasman en cifras financieras todas las incidencias de la ejecución del contrato. Así, la Liquidación Final arroja saldos a favor o en contra de las partes.

3.3 Que, en ese orden de ideas, la aplicación de la justicia comutativa que orientó la emisión del Laudo del 11 de agosto de 2010 debe seguirse aplicando para la correspondiente liquidación del contrato. Así:

A los efectos de la presente controversia, que es una en la que el Estado interviene como igual del consultor, es decir, fuera de su posición imperativa, corresponde tener presente que la igualdad de las partes juega un rol fundamental. El carácter estatal de la entidad no le da preeminencia alguna sobre el particular con el cual contrata. Tal es la razón por la que en caso de deficiencia o silencio de la LCAE o el RLCAE son de aplicación supletoria las normas contenidas en las disposiciones que conforman el Código Civil. Así las cosas, el principio de justicia comutativa opera a plenitud en este caso y debe servir de guía para determinar las obligaciones y los derechos de las partes del contrato.³

3.4 Que, luego, la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20, del 16 de junio de 2011 debió ceñirse al criterio de justicia comutativa establecido por el Tribunal Arbitral del laudo citado. La referida Resolución desconoce el reconocimiento y el pago de la valorización del informe N° 02, lo que significa un apartamiento de lo determinado en el Laudo anterior.

3.5 Que, en la audiencia de informes orales, de fecha 16 de noviembre de 2012, el Consorcio planteó que el extremo del Laudo Arbitral del 11 de agosto de 2010 en que se enuncia que no corresponde efectuar pago por el Informe N° 2 es solo un criterio del tribunal para respaldar su aseveración de que el contrato está resuelto. Más aún, el Consorcio sostiene que la utilidad o inutilidad del Informe N° 2 no tiene relevancia o peso alguno.

3.6 Que, el Informe N° 02 fue presentado antes de la resolución del contrato, por lo que corresponde el pago del mismo.

Posición de Provías Nacional

3.7 Que, Provías Nacional sostiene que, primero, la Liquidación Final del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20 ha sido elaborada en

³ Fundamento quinto de la Resolución N° 22, 29 de septiembre de 2010, del Expediente N° 93-2009.

estricto cumplimiento del Laudo arbitral contenido en la Resolución N° 18 del 11 de agosto de 2010, Expediente N° 93-2009.

- 3.8 Que, el Laudo Arbitral del Expediente Arbitral N° 93-2009 sostiene, literalmente, que «*Asimismo, este Colegiado debe declarar que no corresponde efectuar pago por el Informe N° 2, pues conforme lo ha expuesto carece de utilidad para la Entidad*».⁴
- 3.9 Que, una simple lectura del Laudo Arbitral anterior permite llegar a la concreta e indubitable conclusión de que la discusión del pago del Informe N° 2 fue materia de discusión y resolución por parte del referido Laudo Arbitral. En otras palabras, existe un pronunciamiento firme respecto a ese punto.
- 3.10 Que, por otro lado, Provías Nacional sostiene que la Liquidación Final presentada por el Consorcio carece de validez en tanto que (i) fue presentada fuera del plazo establecido por la Directiva N° 007-2005/CONSUCODE/PRE, y (ii) incurría en omisiones y errores.
- 3.11 Que, la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20, de fecha 16 de junio de 2011, aprueba la Liquidación Final del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20. La liquidación determina que el monto total del contrato asciende a S/. 214,025.77 incluido IGV; más aún, establece un saldo a favor de Provías Nacional por S/. 247.421.30 incluido IGV; adicionalmente, se determina la existencia de una penalidad a descontar al Consorcio por el monto de S/. 10,309.22, lo que debe ser deducido de la Garantía de Fiel Cumplimiento.
- 3.12 Que, la referida liquidación fue comunicada al Consorcio el 16 de junio de 2011 según Cédula de Notificación por Medios Electrónicos N° 407-2011-MTC/20.3. Esta comunicación fue dirigida al correo electrónico bwas@infonegocio.net.pe dentro del plazo establecido por la Directiva N° 007-2005/CONSUCODE/PRE.

Que, el problema está cuando, el mismo 16 de junio de 2011, el Post Master de la bandeja del correo del Consorcio notifica al señor Edgar García Nieto (del área de notificaciones de Provías Nacional) que la entrega del correo electrónico falló.

⁴ Laudo Arbitral contenido en la Resolución N° 18 del 11 de agosto de 2010 – Expediente N° 93-2009. p. 28.

Que, según la cláusula décimo sexta del contrato celebrado entre Provías Nacional y el Consorcio, las partes tienen la responsabilidad de mantener activos y en funcionamiento el Facsímile y la dirección electrónica consignada en la introducción del contrato. Así, se consideraría como válida la notificación electrónica realizada incluso si ésta resultaba fallida.

- 3.13 Que, por otra parte, la notificación de la referida Resolución Directoral también fue comunicada a la Av. San Cristóbal de Peralta 841, Surco, domicilio legal del Consorcio. Según Provías Nacional, no se pudo entregar la notificación en el referido local en tanto que el mismo se encontraba cerrado. Luego, la entrega de la notificación se hizo presente en la Av. Diez Canseco 237, Oficina 501, Miraflores. Esto último se realizó el 21 de junio de 2011.
- 3.14 Que, la cláusula décimo quinta del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20, señala lo siguiente en cuanto al Domicilio:

15.1 Para los efectos de todas las comunicaciones entre PROVÍAS NACIONAL y EL CONSULTOR, ambos señalan como su domicilio el indicado en la introducción del presente Contrato y en la Declaración Jurada de datos presentada a su Propuesta, donde se le entregará los avisos y notificaciones a que hubiere lugar. Cualquier variación de domicilio para ser reputada como válida, debe comunicarse notarialmente con tres (03) días hábiles de anticipación a su vigencia.

15.2 En caso se omita el cumplimiento del plazo y formalidad señalado en el párrafo anterior, las partes acuerdan que las notificaciones que se efectúen al domicilio fijado en este Contrato se considerarán válidamente efectuadas para todo efecto legal.

Que, más aún, la cláusula décimo sexta señala lo siguiente con respecto a las notificaciones:

16.1 Para los fines del presente Contrato, constituyen formas válidas de comunicación las que se efectúen a través de los medios electrónicos, como son: fax y/o correo electrónico, para lo cual se utilizarán los números telefónicos y direcciones electrónicas indicadas por EL CONSULTOR en la introducción del presente Contrato y/o en la declaración jurada de datos contenida en su Propuesta Técnica.

16.2 Para este fin la Cédula de Notificación como Anexo N° 09, con sus antecedentes, transmitida por cualquiera de los medios electrónicos señalados precedentemente deberá consignar obligatoriamente la fecha cierta en que esta es remitida, oportunidad a partir de la cual surtirá efectos legales.

16.3 Una vez efectuada la transmisión por Fax o por correo electrónico, en el domicilio físico de EL CONSULTOR no será obligatoria, no obstante, de



producirse, (según Anexo N° 09) no invalidará la notificación efectuada con anticipación y por los medios indicados, computándose los plazos a partir de la primera de las Notificaciones efectuadas, sea bajo cualquier modalidad.

16.4 Es de responsabilidad de EL CONSULTOR mantener activos y en funcionamiento el Facsímile (Fax) y dirección electrónica consignada en la introducción del presente Contrato; asimismo, de conformidad con el Artículo 40 del Código Civil, el cambio de domicilio físico y para efectos del presente Contrato, de fax y de dirección electrónica será oponible a Provías Nacional si ha sido puesto en conocimiento de la Entidad en forma indubitable.

- 3.15 Que, en atención a lo expuesto en el numeral anterior, es claro que la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20 fue notificada mediante correo electrónico del 16 de junio de 2011.

Que, el Numeral 6-1 – VI Disposición Específica de la Directiva N° 007-2005/CONSUCODE/PR para la liquidación del Contrato señala que si el Consorcio no se pronuncia dentro de los cinco (5) días de notificado, la referida resolución se tendrá por consentida.

Que, en vista de lo expuesto en los dos párrafos anteriores, el Consorcio tenía hasta el 21 de junio de 2011 para presentar observaciones a la presente liquidación

- 3.16 Que, el Consorcio interpone recurso de impugnación de la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20 a través de la Carta S/N del 27 de junio de 2011. Asimismo, en esa impugnación señala como su domicilio a la Av. Diez Canseco N° 236 Oficina 501, Miraflores. Ahora, según el Contrato de Consultoría de Obra celebrado entre las partes, el domicilio del Consorcio está ubicado en la Av. Cristóbal de Peralta N° 841, Urb. Valle Hermoso, Surco.
- 3.17 Que, el recurso de impugnación fue presentado fuera del plazo establecido. Más aún, el Consorcio no comunicó en momento alguno el cambio de dirección, por lo que no puede alegarse que no se dio una notificación efectiva de la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20, máxime si incluso se emitió una notificación electrónica.
- 3.18 Que, la extemporaneidad en la presentación de la impugnación deriva en que la misma no pueda considerarse como válida. Por lo tanto, debe tenerse que la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20 es plenamente eficaz y válida.



Posición de la Árbitro Único

- 3.19 Que, es menester evaluar la pretensión como dos puntos distintos: (i) el consentimiento de la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20 por parte del Consorcio y (ii) la aplicación de justicia comutativa derivada del laudo arbitral anterior para determinar el pago del informe N° 2 e.
- (i) Sobre el consentimiento de la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20
- 3.20 Que, al respecto, debe analizarse, primero, si efectivamente se configuró una notificación válida de la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20; y, segundo, si la impugnación hecha por el Consorcio incurre en errores y vacíos.
- 3.21 Que, respecto a la validez de la notificación, Provías Nacional sostiene que se notificó tanto de manera virtual como de manera física. En ese sentido, resulta oportuno hacer una evaluación de cada una de estas notificaciones.
- 3.22 Que, la notificación virtual está contemplada en la cláusula décimo sexta del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20. En ese sentido, las partes pactaron que se puedan notificar comunicaciones por medios electrónicos (fax, correo electrónico).
- 3.23 Que, en este caso, Provías Nacional sostiene que, a través de la Cédula de Notificación por Medios Electrónicos N° 407-2011-MTC/20.3, remitió al Consorcio la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20. El problema está en que el correo fue devuelto a Provías Nacional (delivery status failure) en tanto que la entrega del correo falló.
- 3.24 Que, en atención al numeral 16.4 del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20, el Consorcio tiene la responsabilidad de mantener activo y en funcionamiento tanto el Facsímile como la dirección electrónica.
- 3.25 Que, cabe determinar el significado del referido numeral del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20. Para esto, debe analizarse la cláusula décimo sexta como conjunto:

16.1 Para los fines del presente Contrato, constituyen formas válidas de comunicación las que se efectúen a través de los medios electrónicos, como son: fax y/o correo electrónico, para lo cual se utilizarán los números telefónicos y direcciones electrónicas indicadas por EL CONSULTOR en la introducción del

presente Contrato y/o en la declaración jurada de datos contenida en su Propuesta Técnica.

16.2 Para este fin la **Cédula de Notificación como Anexo N° 09, con sus antecedentes, transmitida por cualquiera de los medios electrónicos señalados precedentemente -deberá consignar obligatoriamente la fecha cierta en que esta es remitida, oportunidad a partir de la cual surtirá efectos legales.**

16.3 Una vez efectuada la transmisión por Fax o por correo electrónico, en el domicilio físico de EL CONSULTOR no será obligatoria, no obstante, de producirse, (según Anexo N° 09) no invalidará la notificación efectuada con anticipación y por los medios indicados, computándose los plazos a partir de la primera de las Notificaciones efectuadas, sea bajo cualquier modalidad.

16.4 Es de responsabilidad de EL CONSULTOR mantener activos y en funcionamiento el Facsímile (Fax) y dirección electrónica consignada en la introducción del presente Contrato; asimismo, de conformidad con el Artículo 40 del Código Civil, el cambio de domicilio físico y para efectos del presente Contrato, de fax y de dirección electrónica será oponible a Provías Nacional si ha sido puesto en conocimiento de la Entidad en forma indubitable. (Las negritas son nuestras)

Que, la referida cláusula establece, de manera clara, que las notificaciones electrónicas que se remitirán entre las partes se ceñirán a la teoría de la expedición. Esto se explica en el hecho de que la Cédula de Notificación sirve para que la comunicación electrónica pueda surtir efectos legales.

Que, el hecho de que las partes hayan pactado que la Cédula de Notificación, correctamente llenada, pueda servir para probar la correcta notificación de una comunicación significa que no se requiere recepción, ni mucho menos conocimiento. Luego, basta con probar la efectiva emisión de la comunicación para que ésta se considere como efectivamente notificada.

3.26 Que, en armonía con lo planteado en el acápite anterior, es necesario que se acredite efectivamente la emisión de la comunicación. Así, Provías Nacional debió adjuntar como prueba a la Cédula de Notificación por Medios Electrónicos N° 407-2011-MTC/20.3. La no acreditación de la referida cédula impediría que este Tribunal pueda considerar como emitida —y, por consiguiente, notificada— la comunicación electrónica de la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20.

3.27 Que, en ese orden de ideas, Provías Nacional ha acreditado efectivamente la emisión del correo electrónico el día 16 de junio de 2011, tal y como consta en el Anexo 1-D de la contestación de la demanda.

Que, sin embargo, esto debe ser complementado por los artículos 1373 y 1374 del Código Civil. No obstante, el Consorcio no ha demostrado que el desconocimiento del contenido de la referida notificación no le fue imputable, por lo que debe asumir las consecuencias.

3.28 Que, por otro lado, Provías Nacional sostiene que también notificó de manera física al Consorcio. En este extremo, corresponde determinar si se efectuó una notificación física válida.

3.29 Que, Provías Nacional señala que la notificación de la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20 (de fecha 16 de junio de 2011) fue comunicada también al domicilio legal del Consorcio, es decir, en la Avenida San Cristóbal de Peralta 841, Surco. La notificación no pudo realizarse en tanto que las oficinas del referido domicilio estaban cerradas.

Que, sin embargo, Provías Nacional señala que logra entregar la resolución directoral en la Avenida Diez Canseco 236 – Oficina 501. Esta notificación cuenta con el sello de recibido del Consorcio, con fecha 21 de junio de 2011, 12:22 p.m.

3.30 Que, Provías Nacional sostiene que, en atención a los numerales 15.1 y 15.2 del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20, la notificación al domicilio legal del Consorcio (consignado en el referido contrato de consultoría de obra) es válida en tanto que el Consorcio no comunicó notarialmente a Provías Nacional que había cambiado de domicilio.

3.31 Que, sin embargo, Provías Nacional no ha acreditado la imposibilidad de la notificación en el domicilio legal del Consorcio. En ese orden de ideas, no se encuentra probado que efectivamente era inviable emitir notificación alguna en la Avenida San Cristóbal de Peralta 841, Valle Hermoso, Surco.

3.32 Que, en conclusión, respecto a las notificaciones sostenidas por Provías Nacional, tenemos los siguientes:

- Notificación electrónica: Provías Nacional ha anexado la Cédula de Notificación por Medios Electrónicos N° 407-2011-MTC/20.3 con toda la información requerida, con lo que ha acreditado la notificación electrónica. (Anexo 1-D de la Contestación de la demanda)
- Notificación física al domicilio legal del consorcio: Provías Nacional no ha probado la imposibilidad de comunicar la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20 en la Avenida San Cristóbal de Peralta 841, Surco.



- Notificación física en Avenida Diez Canseco 236 – Oficina 501, Miraflores: Provías Nacional ha acreditado esta notificación (Anexo 1-D de la Contestación de la demanda)
- 3.33 Que, más allá de la discusión sobre las notificaciones físicas, lo cierto es que basta con la notificación electrónica. Veamos el numeral 16.3 de la cláusula décimo sexta del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20:
- 16.3 Una vez efectuada la transmisión por Fax o por correo electrónico, en el domicilio físico de EL CONSULTOR no será obligatoria, no obstante, de producirse, (según Anexo N° 09) no invalidará la notificación efectuada con anticipación y por los medios indicados, computándose los plazos a partir de la primera de las Notificaciones efectuadas, sea bajo cualquier modalidad.
- Que, el pacto entre las partes es claro, por lo que mal podría sostenerse, por ejemplo, que la notificación física del día 21 de junio de 2011 generó al Consorcio una expectativa razonable de que contaba con cinco días hábiles a partir de esa fecha para observar la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20.
- Que, en este sentido, este Tribunal tiene la certeza de que la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20 fue notificada al consorcio el 16 de junio de 2011. De tal manera que el plazo para efectuar cualquier observación, por parte del Consorcio, venció el 21 de junio de 2011; 3 días hábiles anteriores a la comunicación del Consorcio (Carta S/N del 27 de junio de 2011).
- 3.34 Que, en conclusión, la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20 es firme y tiene efectos en tanto que la misma no fue impugnada por el Consorcio, dado que éste no observó a la referida en el plazo adecuado.
- 3.35 Que, sin perjuicio de la conclusión arribada, este Tribunal se abocará al tema de fondo, esto es, determinar si corresponde efectivamente el pago del Informe N° 2. Esto es el punto (ii) de la pretensión.

(ii) Sobre la aplicación de justicia conmutativa para sustentar el pago del Informe N° 2

- 3.36 Que, al respecto, el Consorcio solicita la ineficacia de la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20. En palabras del Consorcio la referida resolución directoral:



[...] al desconocer el reconocimiento y pago de la valorización del Informe N° 02, cuya existencia no ha sido negada en el debate del arbitraje anterior, se aparta de la aplicación del criterio de la justicia conmutativa que estableció el Tribunal Arbitral y por tanto debe dejarse sin efecto⁵

- 3.37 Que, el Laudo arbitral (Resolución N° 18 del 11 de agosto de 2010, Expediente N° 93-2009) es claro al establecer que «*Asimismo, este Colegiado debe declarar que no corresponde efectuar pago por el Informe N° 2, pues conforme lo ha expuesto carece de utilidad para la Entidad*».
- 3.38 Que, no queda claro cómo el Consorcio puede sostener que el Laudo no niega el reconocimiento y el pago del Informe N° 02 cuando el mismo establece, de manera expresa, que no corresponde realizar el pago de ese Informe en tanto que carece de utilidad para la Entidad.
- 3.39 Que, en este sentido, no hay ambigüedad o defecto alguno que permita sostener razonablemente que el Laudo no consigna que a Provías Nacional no le corresponde realizar el pago por el referido informe.
- 3.40 Que, luego, Provías Nacional procedió de manera correcta al presentar una liquidación que no contabilice el pago del Informe N° 2 al Consorcio.
- 3.41 Que, en consecuencia, no es posible exigir la ineficacia de la referida resolución directoral en tanto que el sustento para esa petición se fundamenta en una errónea percepción de un pronunciamiento firme anterior (Laudo arbitral previo). En realidad, la existencia de un Laudo previo que sostiene que no corresponde el pago del Informe N° 2 impide que este Tribunal pueda analizar la procedencia y corrección de lo ya establecido, en tanto que hacerlo sería un atentado contra el principio de cosa juzgada.

DETERMINAR SI CORRESPONDE DEJAR SIN EFECTO LA PENALIDAD DE S/. 30,927.66 CONSIDERADA EN LA LIQUIDACIÓN EFECTUADA POR PROVIAS NACIONAL MEDIANTE LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 637-2011-MTC/20.

Posición del Consorcio

- 3.42 Que, el Consorcio sostiene que la resolución del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20 es, en sí, una sanción. Luego, el hecho de que

⁵ Demanda presentada por el Consorcio. Fundamentos a la pretensión principal, p. 6.

Provías Nacional pretenda desconocer el reconocimiento y pago de la valorización del Informe N° 02 significa que se está aplicando una sanción adicional al Consorcio. Esto se encuentra prohibido en atención al numeral 10 del artículo 230º de la Ley 27444- Ley de Procedimiento Administrativo General, que consagra el principio de Non bis in ídem.

- 3.43 Que, en tanto el Laudo arbitral contenido en la Resolución N° 18 del 11 de agosto de 2010, Expediente N° 93-2009, determina la resolución del contrato sin responsabilidad de las partes, corresponde desestimar la aplicación de la penalidad.
- 3.44 Que, no obstante, en la Audiencia de Informes Orales realizada el 16 de noviembre de 2012 el Consorcio manifestó su reconocimiento con respecto al pago de la penalidad de S/. 30, 927.66.⁶

Posición de Provías Nacional

- 3.45 Que, Provías Nacional sostiene que el monto de las penalidades se origina debido a dos razones diferentes: (i) La demora en la entrega del Informe N° 1 y (ii) El cambio de especialista en suelos y pavimentos.

(i) En relación a la demora en la entrega del Informe N° 1

- 3.46 Que, al respecto, mediante Oficio N° 1109-2008-MTC/20.6, se comunica al Consorcio que la fecha de inicio de las actividades de consultoría sería el 24 de septiembre de 2008. Esto en función al cumplimiento de la Cláusula Tercera, numeral 3.3 del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20.
- 3.47 Que, de acuerdo a lo pactado en el numeral 6.0 (INFORMES) de los Términos de Referencia, el Consultor tenía un plazo de 50 días contados a partir de la fecha de inicio de actividades para presentar el Informe N° 1.

⁶ Transcripción de lo expuesto en la Audiencia de Informes Orales.

(Minuto 32)
Consorcio: Así como nos han aplicado las multas, nosotros no hemos observado las multas, porque si nos han sido aplicadas, han sido aplicadas. [...] Es totalmente válido, nosotros no hemos hecho nada contra ello.

(Minuto 35)
Provías: La Entidad está en todo su derecho de exigir el pago de esas penalidades.

Árbitro Único: pero ellos [el Consorcio] están reconociendo que las penalidades ya les fueron impuestas.

Provías: Entonces respecto a ese aspecto no habría mayor discusión.

- 3.48 Que, en cuanto al incumplimiento, éste se origina debido a la presentación incompleta del Informe N° 1, el 12 de noviembre de 2008, mediante Carta N° 005-2008/CVH. Provías Nacional, mediante Oficio N° 1360-2008-MTC/20.6 recibido por el Consorcio el 17 de noviembre de 2008, le comunica al Consorcio que el informe es incompleto y, que por lo tanto, se tiene por no presentado.
- 3.49 Que, el 15 de diciembre de 2008 el Consorcio, mediante Carta N° 008-2008/CVH, vuelve a presentar el Informe N° 01 a Provías Nacional (Recibido el 15 de diciembre de 2008) para su revisión y aprobación. Debe tenerse en cuenta, entonces, que la presentación fue realizada luego de 83 días calendario, superándose el plazo contractual de 50 días calendario, de tal manera que el Consorcio incurrió en un retraso de 33 días.
- 3.50 Que, en atención a la cláusula décimo segunda, numeral 12.3, del contrato, una penalidad por retraso injustificado en la entrega de los informes tiene como monto máximo al diez por ciento (10%) de la etapa que debió ejecutarse. En ese orden de ideas, la penalidad en este caso es de S/. 20,618.44, que es el 10% del valor de la primera etapa.

(ii) Respecto al cambio de especialista en suelo y pavimentos

- 3.51 Que, al respecto, Provías Nacional solicita al Consorcio el cambio del Ingeniero Víctor Raúl Mejía Pardo, especialista en Suelos y Pavimentos, debido a que el referido se encontraba trabajando al mismo tiempo para el Consorcio Supervisor Norte. Así, mediante Carta N° 011-2009/CVH, de fecha 22 de enero de 2009, el Consorcio propone al Ingeniero Samuel Vizcardo Otazo como reemplazante del Ingeniero Mejía en el cargo de especialista de Suelos y Pavimento.
- 3.52 Que, mediante Oficio N° 157-2009-MTC/20 de fecha 26 de enero de 2009, Provías Nacional comunica al Consorcio que aceptaba la propuesta de modificación del especialista en Suelos y Pavimentos. Asimismo, Provías Nacional señaló que el cambio del personal profesional, a pedido expreso de Provías Nacional, no daría lugar a la aplicación de la penalidad del artículo décimo segundo, numeral 12.8 del contrato de consultoría celebrado entre las partes siempre que no se dé un desempeño deficiente, negligente o insuficiente del profesional en el cumplimiento de sus obligaciones, conforme a lo estipulado en el tercer párrafo del numeral 17 de los Términos de Referencia, debiéndose en este caso aplicar la penalidad correspondiente.

- 3.53 Que, el 14 de mayo de 2009, Provías Nacional emite el Oficio N° 1059-2009-MTC/20.6 y comunica al Consorcio que el cambio de especialista en Suelos y Pavimento ha generado una penalidad del 1% del monto total del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20. La causal de esta penalidad está en el desempeño deficiente, negligente y/o insuficiente del profesional en el cumplimiento de sus obligaciones, conforme a lo estipulado en el tercer párrafo del numeral 17 de los Términos de Referencia.
- 3.54 Que, en tanto el Monto del Contrato es de S/. 1'030,922.10, incluido IGV, entonces la multa por el cambio de especialista es de S/. 10,309.22, incluido IGV.
- 3.55 Que, para finalizar, Provías Nacional señala que las penalidades consignadas no han sido un punto controvertido en la Resolución N° 18 que contiene el Laudo Arbitral recaído en el Expediente Arbitral N° 93-2009. Por lo tanto, no existe pronunciamiento firme alguno con respecto a este punto.

Posición de la Árbitro Único

- 3.56 Que, en primer lugar, vale decir que en tanto la pretensión principal ha sido desestimada, esta pretensión accesoria sigue la misma suerte que la otra. Sin perjuicio de ello, se analizará y resolverá el tema de fondo.
- 3.57 Que, este Tribunal no encuentra razones o fundamentos que permitan sustentar que la resolución del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20 es una sanción para el Consorcio.
- 3.58 Que, el hecho de que la resolución del referido contrato derive en consecuencias negativas y perjudiciales para el Consorcio no significa que pueda denominarse como sanción a la resolución del referido contrato. Más aún, la resolución del contrato sin responsabilidad de las partes significa el fin de la relación existente entre el Consorcio y Provías Nacional sin imputársele a ninguna de ellas la responsabilidad para la resolución. Luego, mal puede considerarse a la resolución del Contrato de Consultoría de obra N° 182-2008-MTC/20 como una sanción al Consorcio.
- 3.59 Que, por otro lado, es necesario explicar las consecuencias de la resolución del contrato hecha sin responsabilidad de las partes. Primero, vale señalar el texto literal del artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado:

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

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

Ahora bien, por otro lado, corresponde citar lo resuelto por el Laudo arbitral contenido en la Resolución N° 18 del 11 de agosto de 2010, Expediente N° 93-2009, en el siguiente sentido:

[...] lo que, para efectos prácticos significa que la resolución contractual conserve validez pero sin responsabilidad para las partes, teniéndose por ejecutadas y culminadas para todo efecto legal las prestaciones contractuales de las partes previas a la fecha de la resolución contractual [...]⁷

Que, en ese orden de ideas, es claro que la resolución del contrato realizada por el Laudo Arbitral, del 11 de agosto de 2010, determina que la misma no se debe a causas imputables a las partes y, por lo tanto, no corresponde el resarcimiento de daños y perjuicios.

- 3.60 Que, el hecho de que la resolución del contrato sea sin responsabilidad de las partes no significa que las mismas no deban asumir las consecuencias — pactadas — del incumplimiento de las obligaciones consignadas en el contrato. En ese orden de ideas, las penalidades que nacen del cumplimiento tardío o defectuoso de las prestaciones a cargo del Consorcio son plenamente exigibles, más allá de que el Contrato se resuelva con posterioridad.
- 3.61 Que, en otras palabras, la resolución del contrato sin responsabilidad de las partes deriva en que no haya lugar a resarcimiento alguno por los daños y perjuicios ocasionados producto de la resolución del contrato. No obstante, esta clase de resolución no libera al Consorcio del cumplimiento de las penalidades en que haya incurrido fruto del cumplimiento defectuoso y tardío de sus obligaciones.
- 3.62 Que, finalmente, ha de tenerse en cuenta el proceder del Consorcio en la Audiencia de Informes Orales, de fecha 16 de noviembre de 2012. En la misma, el Consorcio manifestó su conformidad con respecto a la procedencia del monto de S/. 30,927.66. (ver la transcripción de la

⁷ Laudo Arbitral – Resolución N° 18 del 11 de agosto de 2010 – Expediente N° 93-2009. p.28.

Audiencia de Informes Orales consignada en el numeral 3.44 del presente laudo)

- 3.63 Que, por lo tanto, no corresponde dejar sin efecto la penalidad de S/. 30,927.66 establecida en la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20

DETERMINAR SI CORRESPONDE DEJAR SIN EFECTO LOS LITERALES A), B) Y C) DEL ARTÍCULO PRIMERO DE LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 637-2011-MTC/20, PUESTO QUE ÉSTOS DETERMINAN UN SALDO A FAVOR DE PROVÍAS NACIONAL ASCENDENTE A S/. 247,421.30; Y ESTABLECE UN SALDO A DESCONTAR DE S/. 30,927.66

Posición del Consorcio

- 3.64 Que, como consecuencia directa de la primera pretensión principal, corresponde dejar sin efecto los literales a), b) y c) del artículo primero de la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20, en tanto que éstos aprueban el costo final del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20, ascendente a S/. 247,421.30 y establecen un saldo por descontar de suma S/. 30,927.66.
- 3.65 Que, la fundamentación de esta pretensión está en los argumentos presentados para el sustento de la primera pretensión principal.

Posición de Provías Nacional

- 3.66 Que, la fundamentación de esta pretensión está en los argumentos presentados para la desestimación de la primera pretensión principal y para la primera pretensión accesoria.

Posición de la Árbitro Único

- 3.67 Que, en primer lugar, vale decir que en tanto la pretensión principal ha sido desestimada, esta pretensión accesoria sigue la misma suerte que la otra. Sin perjuicio de ello, se analizará y resolverá el tema de fondo.
- 3.68 Que, en tanto los argumentos de ambas partes para esta pretensión accesoria ya han sido descritos y analizados en los puntos 3.1 al 3.6 (posición del Consorcio), 3.7 al 3.18 y 3.45 al 3.55 (posición de Provías Nacional) no hay argumentos nuevos que analizar respecto a esta pretensión.

3.69 Que, vale evaluar lo dispuesto por los literales a), b) y c) del artículo primero de la Resolución Directoral:

- a) Costo Final del Contrato de Consultoría N° 182-2009-MTC/20 ascendente a S/. 214 025,77 (Doscientos Catorce Mil Veinticinco con 77/100 Nuevos soles) incluido el I.G.V. de acuerdo al Anexo N° 1 — Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra, parte integrante del presente resolutivo.
- b) Un saldo a favor de PROVIAS NACIONAL ascendente a S/. 247 421,30 (Doscientos Cuarenta y Siete Mil Cuatrocientos Veintiuno con 30/100 Nuevos Soles) incluido el I.G.V. de acuerdo al Anexo N° 1 — Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra, el mismo que forma parte integrante del presente resolutivo.
- c) Un saldo por descontar al CONSORCIO VIAL HUAMANGA (Bustamante Williams Consultores y Constructores S.A.C. — Obras Civiles Con Calidad Total S.A.C.) por concepto de Penalidades ascendente a S/. 30 927,66 (Treinta Mil Novecientos Veintisiete con 66/100 Nuevos Soles), habiéndosele descontado la suma de S/. 20 618,44 (Veinte Mil Seiscientos Dieciocho con 44/100 Nuevos Soles) quedando un saldo final de S/. 10 309,22 (Diez Mil Trescientos Nueve con 22/100 Nuevos Soles) de acuerdo al citado Anexo N° 1 — Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra, el mismo que igualmente forma parte integrante del presente resolutivo.

3.70 Que, las cláusulas materia de discusión determinan el costo final del contrato, el saldo a favor de Provías Nacional y el saldo a descontar.

3.71 Que, en ese orden de ideas, esta pretensión no difiere de manera alguna con respecto a la primera pretensión principal (la que consiste en la solicitud de dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20). Se trata, más bien, de una precisión de aquella.

3.72 Que, entonces, basta con remitirnos a nuestros argumentos de los puntos 3.36 a 3.41 y 3.56 a 3.63 del presente laudo.

3.73 Que, en consecuencia, en atención a lo resuelto para las pretensiones anteriores, no pueden dejarse sin efecto los literales a), b) y c) del artículo primero de la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20. Esto se debe a que la referida resolución es válida y tiene plenos efectos, como ya fue explicado al momento de resolver la primera pretensión principal.

3.74 Que, esta pretensión se sustenta en el hecho de que Provías Nacional debe efectuar el pago al Consorcio por el Informe N° 02. En ese orden de ideas, la discusión y resolución del pago del referido informe va desde el numeral 3.36 al 3.41.

Que, en consecuencia, no corresponde dejar sin efecto los literales a), b) y c) del artículo primero de la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20.

DETERMINAR SI CORRESPONDE APROBAR LOS CÁLCULOS PRESENTADOS POR EL CONSORCIO DE FECHA 1 DE JULIO DE 2011, QUE ESTABLECEN UN SALDO A FAVOR DEL CONSORCIO ASCENDENTE A S/. 73,544.48.

Posición del Consorcio

- 3.75 Que, el Consorcio señala, primero, que la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20 debe dejarse sin efectos en tanto que desconoce el pago del Informe N° 02. El Consorcio sostiene que el Laudo arbitral contenido en la Resolución N° 18 del 11 de agosto de 2010, Expediente N° 93-2009, no niega la existencia del pago del Informe N° 02.
- 3.76 Que, más aún, el Consorcio sostiene que mediante carta N° 043-2009/CVH, recibida por Provías Nacional el 8 de julio de 2009, cumplió con notificar el levantamiento de Observaciones al Informe N° 02. De esto se deriva que la labor de realización del referido informe y sus consiguientes gastos ya habían sido efectuados por el Consorcio. Asimismo, El Contrato se resolvió por el supuesto incumplimiento del levantamiento de observaciones, lo que confirma que el Informe N° 02 ya estaba en poder de Provías Nacional.
- 3.77 Que, el Consorcio sostiene que realizó un cuestionamiento a la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20, y adicionalmente, presentó su propia liquidación, en la que se contabiliza el pago del Informe N° 02 (de monto total S/. 259,896.32).
- 3.78 Que, el Consorcio enfatiza el hecho de que el Laudo arbitral contenido en la Resolución N° 18 del 11 de agosto de 2010, Expediente N° 93-2009, no desconoce el pago de la valorización N° 02. En ese orden de ideas, señala el artículo 23 de la Constitución del Perú, que plantea que «*Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento*».

Posición de Provías Nacional

- 3.79 Que, Provías Nacional se remite a los argumentos presentados para la sustentación de su posición en cuanto al primer punto controvertido. Esto es, los numerales del 3.7 al 3.18 del presente laudo.

Posición de la Árbitro Único

- 3.80 Que, el Laudo arbitral contenido en la Resolución N° 18 del 11 de agosto de 2010, Expediente N° 93-2009, es claro al establecer que «*Asimismo, este*

*Colegiado debe declarar que no corresponde efectuar pago por el Informe N° 2, pues conforme lo ha expuesto carece de utilidad para la Entidad».*⁸

- 3.81 Que, es conveniente reiterar y remitirnos a los argumentos expuestos en los numerales 3.36 al 3.41, en tanto que en ellos se explica sobre el pronunciamiento firme del Laudo Arbitral anterior con respecto al pago del Informe N° 2.

DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR EL PAGO DE LAS COSTAS Y COSTOS ARBITRALES A PROVÍAS NACIONAL DERIVADOS DE LA PRESENTE ACCIÓN

Posición del Consorcio

- 3.82 Que, al declararse fundadas las pretensiones presentadas, corresponde que Provías Nacional se haga cargo de las costas y costos de este proceso arbitral.

Posición de Provías Nacional

- 3.83 Que, Provías Nacional señala que, en atención a lo sustentado en su contestación, la liquidación efectuada a través de la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20 es válida. Luego, corresponde que el Consorcio se haga cargo de los costos y costas del presente proceso arbitral.
- 3.84 Que, en el negado supuesto de que la demanda presentada por el Consorcio sea declarada fundada, correspondería entonces que ambas partes asuman los costos y costas originados por el presente proceso arbitral.

Posición de la Árbitro Único

- 3.85 Que, en cuanto a costas y costos se refiere, los artículos 70 y 73 del Decreto Legislativo N° 1071, disponen que el Tribunal Arbitral distribuirá los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.
- 3.86 Que los gastos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral.

⁸ Ver pie de página N° 3.

- 3.87 Que, un elemento central para la asignación de las costas y costos se encuentra en la lealtad y correcto proceder de las partes durante el proceso arbitral. Así, debe tomarse en cuenta también si las razones que motivaron el proceso arbitral eran razonables y lógicas.
- 3.88 Que, en ese orden de ideas, no puede evitar señalarse que la actuación del Consorcio es, cuando menos, confusa. Esto se debe a que la fundamentación base del presente proceso arbitral radica en la premisa de que el Laudo arbitral contenido en la Resolución N° 18 del 11 de agosto de 2010, Expediente N° 93-2009, no niega el reconocimiento y el pago del Informe N° 2. Sin embargo, el referido laudo es claro al establecer que no corresponde el pago del referido informe.
- 3.89 Que, si bien no puede afirmarse con certeza que la actuación del Consorcio fue desleal o dolosa, es evidente que, cuando menos, el referido incurrió en una falta contra la mínima diligencia básica.
- 3.90 Que, por lo expuesto, este Tribunal Arbitral, considera que los gastos de defensa de las partes deberán ser asumidos por cada una de ellas, en función de lo que hubiesen gastado o de lo que se hubieren comprometido a pagar.
- 3.91 Por otra parte, en razón del resultado del proceso, este Tribunal ordena que los gastos arbitrales, es decir, el pago de los honorarios de la Árbitro Único y los gastos administrativos de Secretaría Arbitral, sean asumidos íntegramente por el Consorcio.

DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

Que la Árbitro Único deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas 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 pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.

En consecuencia, y conforme al estado del proceso, la Árbitro Único **LAUDA:**

Expediente : 196-37-11
Demandante: Consorcio Vial Huamanga
Demandado : Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional —
Provías Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones
Árbitro Único: Laura Castro Zapata

CENTRO DE
ARBITRAJE



PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda, y en consecuencia, declarar como válida la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20 del 16 de junio de 2011.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión accesoria a la pretensión principal, y en consecuencia mantener la penalidad de S/. 30,927.66 considerada en la Liquidación efectuada mediante Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión accesoria a la pretensión principal, y en consecuencia no dejar sin efecto los literales a), b) y c) del Artículo Primero de la Resolución Directoral N° 637-2011-MTC/20.

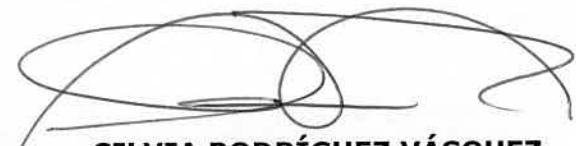
CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda, y en consecuencia, no aprobar los cálculos presentados por el Consorcio como liquidación final del Contrato de Consultoría de Obra N° 182-2008-MTC/20.

QUINTO: DISPÓNGASE que los gastos de defensa del Consorcio y de Provías Nacional, sean asumidos por cada una de ellas en función de lo que hubiesen gastado o de lo que se hubieren comprometido a pagar. Asimismo, se **ORDENA** que los gastos arbitrales, es decir, el pago de los honorarios de la Árbitro Único y los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral, sean asumidos íntegramente por el Consorcio.



LAURA CASTRO ZAPATA

Árbitro Único



SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ

Secretaria General de Conciliación y Arbitraje
Centro de Arbitraje PUCP