

### LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

En Lima, con fecha 04 de octubre de 2013, el Tribunal Arbitral conformado por los doctores Ramiro Rivera Reyes, en calidad de presidente, Iván Galindo Tipacti y Marco Antonio Martínez Zamora, en calidad de árbitros de parte, emiten el Laudo Arbitral de Derecho, en el proceso administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, seguido por las siguientes partes:

**DEMANDANTE:** CONSORCIO VIAL HUARMEY (en adelante, EL CONSORCIO, EL DEMANDANTE, EL CONTRATISTA)

**DEMANDADO:** PROYECTO ESPECIAL INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL – PROVIAS NACIONAL DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES (en adelante, LA ENTIDAD, EL DEMANDADO, PROVÍAS NACIONAL)

**TIPO DE ARBITRAJE:** De Derecho

**TRIBUNAL ARBITRAL:** Ramiro Rivera Reyes (Presidente)  
Iván Galindo Tipacti  
Marco Antonio Martínez Zamora

**SECRETARIA ARBITRAL:** Silvia Rodríguez Vásquez  
Secretaria General de Conciliación y Arbitraje

---

#### Resolución N° 16

En Lima, a los 03 días del mes de octubre de 2013, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y con las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno

a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

---

## **I. Existencia del Convenio Arbitral e Instalación del Tribunal Arbitral**

### **1.1 El Convenio Arbitral**

Está contenido en la Cláusula especial Segunda del Contrato de Supervisión de Obra N° 023-2010-MTC/20 (en adelante, EL CONTRATO) celebrado en fecha 04 de febrero de 2010, en el cual las partes acordaron que las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez de EL CONTRATO, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, bajo la organización del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, EL CENTRO). Además, en caso de que el monto de la cuantía de la controversia sea mayor a 50 Unidades Impositivas Tributarias, será resuelta por un Tribunal Arbitral, de lo contrario por un Árbitro Único.

### **1.2 Instalación del Tribunal**

El 25 de setiembre de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral, donde se declaró instalado al Tribunal y abierto el proceso arbitral. Cabe mencionar y dejar constancia que ninguna de las partes ha impugnado o reclamado contra el contenido del Acta de Instalación, cuyas reglas aceptaron.

## **II. Normatividad aplicable al Proceso Arbitral**

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación al presente proceso arbitral, el Reglamento de Arbitraje de EL CENTRO, el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y en forma supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje. Asimismo, se estableció que, en caso de discrepancias de interpretación o de

insuficiencia de las reglas que antecede, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado.

### III. De la Demanda Arbitral presentada por CONSORCIO VIAL HUARMEY:

3.1. Mediante escrito de fecha 17 de octubre del 2012, EL CONSORCIO interpone su demanda arbitral contra PROVÍAS NACIONAL, en virtud de la controversia suscitada por la liquidación de EL CONTRATO celebrado con fecha 04 de febrero de 2010, el mismo que tenía por objeto la Supervisión de la Obra "Mantenimiento Periódico de la Carretera Pativilca – Pontón Quebrada Seca, Ruta 1N", ubicada en el departamento de Lima y Ancash, provincias de Barranca y Huarmey (en adelante, LA OBRA)

3.2. El Consorcio formuló las siguientes pretensiones en su escrito de demanda:

- Como primera pretensión principal solicitó que el Tribunal Arbitral declare consentida y aprobada la liquidación elaborada por EL CONSORCIO, presentada con Carta N° 012-2012/CVH/L de fecha 12 de junio de 2012, y se ordene el pago del saldo a su favor por la suma de S/. 255,396.65 Nuevos Soles, incluido el IGV, por contravención al debido procedimiento administrativo de liquidación establecido en el numeral 1 del art. 179° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, EL REGLAMENTO) y, por su efecto, se declare la nulidad e ineficiencia de la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20 de fecha 27 de junio de 2012 al amparo del art. 10° del Reglamento de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), Ley N° 27444.
- Como primera pretensión subordinada de la primera pretensión principal solicitó que, de desestimarse la primera pretensión principal, el Tribunal Arbitral declare la validez y eficacia de la liquidación elaborada por EL CONSORCIO y notificada a PROVÍAS NACIONAL con Carta N° 012-2012/CVH/L de fecha 12 de junio de 2012, y se ordene el pago del saldo de la liquidación a su favor por la suma de S/. 255,396.65 Nuevos Soles, incluido IGV.
- Como primera pretensión accesorio de la primera pretensión principal solicitó que, en ejecución del laudo PROVÍAS NACIONAL reformule la liquidación aplicando el

pronunciamiento del laudo, incluyendo sus intereses y reajustes que corresponda desde la fecha del nacimiento de la obligación, y que el Tribunal disponga de las costas y costos del proceso arbitral sean asumidos por PROVÍAS NACIONAL.

### FUNDAMENTOS DE HECHO:

Como fundamentos de hecho EL CONSORCIO señala lo siguiente:

- 3.3. Que, con fecha 04 de febrero de 2009, EL CONSORCIO Y PROVÍAS NACIONAL celebraron EL CONTRATO, con un plazo de ejecución del servicio de 300 días calendario que comprendió dos Etapas: Primera: Supervisión Técnica de los Trabajos y Administrativa del Contrato de Mantenimiento Periódico por 240 días calendario y, Segunda: Recepción de los Trabajos y Liquidación del Contrato de mantenimiento Periódico por 60 días calendario. EL CONTRATO, en sus Numerales 12.6 y 12.9 de la Cláusula Décimo Segunda, se modificó mediante Adenda N° 01 de fecha 05 de abril de 2010.
- 3.4. Que, con fecha 25 de enero de 2010, PROVÍAS NACIONAL suscribe con el contratista CONSORCIO PERÚ (en adelante, EL CONTRATISTA), el Contrato de Ejecución de Obra N° 014-2010-MTC/20, con la finalidad de ejecutar la Obra: "Mantenimiento Periódico de la Carretera Pativilca – Pontón Quebrada Seca, Ruta 1N", a precios unitarios y por el plazo de 240 días calendario; haciendo constar de modo propio que dicho contrato se vincula con las actividades de consultoría y supervisión de EL CONTRATO.
- 3.5. Que, EL CONSORCIO indica que, durante la ejecución de sus servicios, emergieron conflictos con PROVÍAS NACIONAL, que se resolvieron con fecha 06 diciembre de 2011, respecto de controversias relacionadas con diversas pretensiones sobre la ejecución de las condiciones contractuales previstos en EL CONSORCIO, mediante Laudo Arbitral de Derecho del Exp. N° 167-8-11 seguido entre EL CONSORCIO y PROVÍAS NACIONAL (en adelante, EL LAUDO), las mismas que en sus condiciones económicas han sido aplicadas en la liquidación materia del presente arbitraje.



- 3.6. Que, mediante Oficio N° 078-2012-MTC/20.7 de fecha 01 de junio de 2012, PROVIAS NACIONAL comunicó a EL CONSORCIO que luego de evaluado y revisado el Informe Final de los servicios de Supervisión, otorga su conformidad a la prestación del último servicio en concordancia con lo establecido en las cláusulas Quinta y Décimo Sexta de EL CONTRATO, disponiendo la procedencia de la liquidación de EL CONTRATO.
- 3.7. Que, mediante Carta N° 012-2012 de fecha 12 de junio de 2012, recepcionada en la misma fecha por PROVÍAS NACIONAL, EL CONSORCIO cumplió con presentar la Liquidación de EL CONTRATO, dentro del cual se consideró los aspectos resueltos en EL LAUDO, con un costo final de los servicios por la suma de S/. 3'185,364.46 nuevos soles, incluido IGV, con un saldo a favor de EL CONSORCIO por la suma de S/. 255,396.65 nuevos soles, incluido IGV, conforme los cálculos, valorizaciones y demás detalles que consta del expediente de liquidación.
- 3.8. Que, con fecha 27 de junio de 2012, PROVÍAS NACIONAL expidió la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20, la misma que habría sido notificada a EL CONSORCIO por correo electrónico en forma extemporánea, al haber sido recibida a las 05:40 p.m. del día 27 de junio de 2012, fuera del plazo previsto en el numeral 1 del art. 179° de EL REGLAMENTO y no obstante ello, EL CONSORCIO señala que la Liquidación efectuada deviene en un acto consentido por trasgresión del debido procedimiento administrativo previsto en el numeral 1 contenido en el art. 179° de EL REGLAMENTO, vicio evidente del procedimiento de liquidación por aplicación de los incisos 1, 2 y 3 del art. 10° de la LPAG.
- 3.9. Que, EL CONSORCIO manifiesta que la Liquidación de PROVÍAS NACIONAL tuvo su basamento técnico en el Informe N° 055-2012-MTC/20.7.1.JND de fecha 22 de junio de 2012, efectuado por el Especialista en Conservación Vial y con la conformidad del Jefe de Conservación Vial de la Unidad Gerencial de Conservación formalizado con el Memorándum N° 1608-2012-MTC/20.7 de fecha 25 de junio de 2012, respecto de una supuesta y pretendida aplicación de retenciones, descuentos y penalidades por la suma de S/. 2'781,881.26 nuevos soles que determina el saldo en contra de EL CONSORCIO por la suma de S/. 2'586,975.63 nuevos soles, incluido IGV.
- 3.10. Que, EL CONSORCIO manifiesta que, no estuvo conforme con el resultado de la Liquidación efectuada por PROVIAS NACIONAL.

- 3.11. Que, con arreglo a lo previsto por el art. 179° de EL REGLAMENTO y mediante Carta de fecha 02 de julio de 2012, EL CONSORCIO formuló observaciones a la Liquidación de EL CONTRATO, fundamentando los respectivos presupuestos de orden legal y técnico.
- 3.12. Que, mediante Oficio N° 1021-2012-MTC/20 de fecha 05 de julio de 2012, PROVÍAS NACIONAL absolvió el traslado de las observaciones formuladas por EL CONSORCIO a su Liquidación, comunicándoles que no acogerán dichas observaciones; hecho que determina que EL CONSORCIO se encuentre facultado a someter las divergencias al mecanismo de solución de conflictos previsto en el convenio arbitral establecido en EL CONTRATO.
- 3.13. Que, con respecto a los hechos relacionados con el consentimiento de la liquidación de EL CONSORCIO por vicio en el debido procedimiento administrativo, EL CONSORCIO indica que, para los efectos del debido procedimiento administrativo previsto en el numeral 1 contenido en el art. 179° de EL REGLAMENTO, EL CONSORCIO menciona que, PROVÍAS NACIONAL incurrió en evidente vicio en el procedimiento de liquidación, que en aplicación de los incisos 1, 2 y 3 del art. 10° de la LPAG, determina la invalidez e ineficacia de la liquidación aprobada por la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20 de fecha 27 de junio de 2012.
- 3.14. Que, EL CONSORCIO señala que, el vicio al procedimiento se evidenció en el incumplimiento de la formalidad que constituye requisito esencial para su adquisición como acto administrativo que cause pleno efecto; dado que, el debido procedimiento administrativo de la liquidación de EL CONTRATO se encuentra regulado por el art. 179° de EL REGLAMENTO, el mismo que ha establecido dos situaciones, a saber:
- i) El supuesto del numeral 1, si EL CONSORCIO presenta a PROVÍAS NACIONAL su propia liquidación dentro del plazo de 15 días calendario, PROVÍAS NACIONAL deberá pronunciarse respecto de dicha Liquidación dentro del plazo de 15 días calendario, y
  - ii) El supuesto del numeral 2, si EL CONSORCIO no presenta la liquidación en el plazo de 15 días calendario, PROVÍAS NACIONAL lo elabora y notifica a EL

CONSORCIO para que éste se pronuncie respecto de dicha Liquidación dentro del plazo de 15 días calendario

- 3.15. Que, EL CONSORCIO menciona que, la liquidación de EL CONTRATO seguido por el este se ha realizado observando el debido procedimiento establecido en el numeral 1, esto es que, EL CONSORCIO fue quien presentó la liquidación del contrato producida con la Carta N° 012-2012 de fecha 12 de junio de 2012, recepcionada por PROVÍAS NACIONAL en la misma fecha.
- 3.16. Que, EL CONSORCIO indica que, en el contexto normativo del referido numeral 1, de acuerdo con su primer párrafo, a PROVÍAS NACIONAL le correspondía pronunciarse con respecto a la liquidación presentada y notificar su pronunciamiento; sin embargo, no se pronunció con respecto a la liquidación sino que, contraviniendo la norma, elaboró otra liquidación y lo notificó, acto con el cual vició el debido procedimiento administrativo previsto en el Artículo 179° de EL REGLAMENTO.
- 3.17. Que, EL CONSORCIO indica que PROVÍAS NACIONAL incurrió en una transgresión a la norma, dado que el segundo párrafo del mencionado numeral 1 establece que, una vez notificada PROVÍAS NACIONAL con la Liquidación, el pronunciamiento a que se encuentra obligada PROVÍAS NACIONAL, no es el de elaborar su liquidación para contraponerla a la liquidación de EL CONSORCIO sino por el contrario, su obligación es la de formular observaciones, en dicho sentido, la norma dice textualmente: *"Si la Entidad observa la liquidación presentada por el contratista, éste deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento en el plazo de cinco (05) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por la Entidad."*
- 3.18. Que, EL CONSORCIO precisa que, cuando se refirió al hecho del pronunciamiento que debe hacer PROVÍAS NACIONAL, lo entiende por el acto de formular observaciones a la liquidación de EL CONSORCIO y no el acto de elaborar otra liquidación y notificar a EL CONSORCIO.
- 3.19. Que, con referencia a los hechos relacionados con el consentimiento de la liquidación de EL CONSORCIO producida por la notificación extemporánea realizada por PROVÍAS NACIONAL, EL CONSORCIO indica que, para los efectos del debido procedimiento

administrativo establecido en el numeral 1 del Artículo 179° de EL REGLAMENTO, la notificación de la liquidación de PROVÍAS NACIONAL realizada mediante correo electrónico se realizó en forma extemporánea al haber sido recibido a las 05:40 p.m., fuera del horario de oficina, el día 27 de junio de 2012, hecho que determina que PROVÍAS NACIONAL habría incurrido en evidente vicio en el procedimiento de liquidación y que en aplicación de los incisos 1, 2 y 3 del art. 10° de la LPAG, determinaría la invalidez e ineficacia de la liquidación aprobada por la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20 de fecha 27 de junio de 2012 por las siguientes consideraciones:

- La liquidación de EL CONSORCIO habría quedado materialmente consentida por los vicios incurridos por PROVÍAS NACIONAL en el acto de notificación, vicio referido a la notificación realizada fuera de los 15 días calendario siguientes de recibida la liquidación, contraviniendo el debido procedimiento administrativo de la liquidación de EL CONTRATO, previsto por el art. 179° de EL REGLAMENTO, el mismo que, contempla como requisito esencial el acto propio de la notificación realizado durante el procedimiento. En ese sentido, la obligación de notificar y el acto de notificación resultar siendo transversal para todo el procedimiento desde que constituye garantía y principio del debido procedimiento administrativo y, de ella, se desprende verificar el hecho del consentimiento de la liquidación.
- EL CONSORCIO indica que, si bien es cierto que la Cláusula Especial Tercera de EL CONTRATO, ha establecido como válida las comunicaciones mediante correo electrónico y ha reservado ésta facultad para que PROVÍAS NACIONAL pueda realizar las notificaciones a la dirección electrónica consignada en EL CONTRATO, para que el acto de notificación pueda surtir efectos legales, este se encuentra sujeto al cumplimiento del plazo previsto por el primer párrafo del numeral 1 del art. 179° de EL REGLAMENTO, esto es que, debió haberse producido en el plazo fijado, el mismo que se encuentra determinado en la fecha cierta en que ésta es remitida; por tanto, el ejercicio de ésta facultad no es ilimitada ni arbitraria sino sujeto a éste requisito esencial previsto en el numeral 3.2 de la cláusula contractual que se cita a continuación: "3.2 *Para este fin la Cédula de Notificación incluida como Anexo N° 09, con sus antecedentes, transmitida por cualesquiera de los medios electrónicos señalados*

*precedentemente deberá consignar obligatoriamente la fecha cierta en que ésta es remitida; oportunidad a partir de la cual surtirá efectos legales.”*

- Que, EL CONSORCIO señala que, se encuentra fehacientemente acreditado con el reporte del correo electrónico consignado como dirección electrónica de EL CONSORCIO en el exordio de EL CONTRATO: [oist@oistsa.com](mailto:oist@oistsa.com), asignado a su Secretaria de Gerencia, Sra. Isabel Cárdenas Frías y que el correo electrónico enviado por el Sr. Edgar García Nieto se produce a las 05:40 p.m. del día 27 de junio de 2012, esto es en fecha extemporánea y fuera del horario de trabajo de la oficinas de EL CONSORCIO y fuera del horario de trabajo de PROVÍAS NACIONAL.
- Que, EL CONSORCIO indica que, en relación al horario de atención al público usuario y como es de público conocimiento en la página Web y en el aviso pegado que aparece en la Oficina de Trámite Documentario, el horario de atención de PROVÍAS NACIONAL es de Lunes a Viernes de 08:30 am a 05:00 p.m. y, en el caso de EL CONSORCIO es de Lunes a Viernes desde las 8:30 am hasta las 05:30 p.m.
- Que, EL CONSORCIO señala que, al hacer el cómputo del plazo previsto para que PROVÍAS NACIONAL se pronuncie dentro de los 15 días calendario, este venció a las 01:44 p.m. del 27 de junio del 2012, tomando en cuenta que para el cómputo de su liquidación fue presentada a las 01:44 p.m. del día 12 de junio del 2012 y la notificación se produjo a las 05:00 p.m.
- Que, EL CONSORCIO considera que, aún en la hipótesis negada que el cómputo del plazo para efectuar la notificación no hubiera vencido a la hora en que fue presentada la Liquidación en la Oficina de Trámite Documentario (01:44 p.m. del día 27 de junio del 2012), éste plazo venció a las 05:00 p.m. dentro del horario de atención de PROVÍAS NACIONAL y fuera del horario de trabajo de EL CONSORCIO, en la situación que el correo enviado por el Sr. Edgar García Nieto se produjo a las 05:40 p.m. del día 27 de junio de 2012.
- Que, EL CONSORCIO manifiesta que, su posición se ve amparada en el Artículo 138.- Régimen de las Horas Hábiles de la LPAG, que establece en sus incisos 1, 2 y 3, que las horas hábiles corresponden al horario fijado para su funcionamiento sin que pueda



ser menor a ocho horas diarias consecutivas. Asimismo, dicho horario de atención es establecido para favorecer el cumplimiento de las obligaciones y actuaciones administrativas y que ese horario es continuado para brindar todos los asuntos de su competencia y sin que pueda ser fraccionado.

- Que, EL CONSORCIO establece que, al margen de su aplicación administrativa y, atendiendo al hecho que la liquidación de EL CONTRATO tiene naturaleza administrativa, la aplicación del Artículo 138° de la LPGA, deberá darse dentro del contexto de la equidad de las partes en la relación obligacional de EL CONTRATO y no de manera arbitraria ni en ventaja alguna solo para PROVÍAS NACIONAL, en el sentido que los plazos rigen en forma general y para ambas partes en aplicación del principio de equidad.
- Que, EL CONSORCIO indica que, la notificación en cualquiera de sus modalidades previstas en el Artículo 20° de la LPAG, no se realiza de manera irregular o arbitraria, sino dentro de un acto debido para que surta sus efectos legales. En ese sentido, el numeral 18.1 del Artículo 18°.- Obligación de Notificar, establece que la notificación del acto será practicada de oficio y su debido diligenciamiento será responsabilidad de PROVÍAS NACIONAL quien fue que lo dictó; igualmente importante, menciona que, en el numeral 16.1 del Artículo 16°.- Eficacia del Acto Administrativo, se señala que, el acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, por lo que, EL CONSORCIO entiende que si el acto no se encuentra revestido de la formalidad del tiempo, plazo u horarios determinados, el acto deviene en inválido e ineficaz, ya que justamente este requisito es el que le otorga el valor de fecha cierta a la notificación en el ámbito administrativo, siendo sus requisitos esenciales la observancia de la fecha y la hora hábil para que ésta sea válida.

- 3.20. Que, con respecto a los hechos relacionados con la liquidación elaborada por PROVÍAS NACIONAL en el extremo de aplicación de penalidades, descuentos y retenciones, EL CONSORCIO dejó constancia que, el análisis de los hechos que realizaron menoscaba la situación de consentida en que se encuentra la liquidación, por lo tanto, no significa reconocer ni convalidar u otorgarle validez alguna a ésta.



3.21. Que, en ese sentido, EL CONSORCIO manifiesta que desarrolló los criterios técnicos a manera de ilustración y contradicción al Cálculo de Descuentos y Penalidades que sustenta la cuestionada liquidación, en los siguientes términos:

- Que, mediante Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20, se aprobó la liquidación de PROVÍAS NACIONAL, y en ninguno de sus considerandos sustenta ni expone de manera coherente, y de acuerdo con las actuaciones administrativas producidas durante la prestación de los servicios, las razones por el cual se obtuvo montos de la liquidación que difieren con la liquidación de EL CONSORCIO, asimismo, sostiene que tampoco se desarrollaron las causas que justifican la aplicación de las penalidades, descuentos y retenciones, entendiéndose que, éstas, generarían un incumplimiento o deficiencias en la prestación de EL CONSORCIO.
- Que, asimismo, en el décimo primer considerando de la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20, se cita y transcriben las opiniones del Informe N° 055-2012-MTC/20.7.1.JND de fecha 22 de junio de 2012, efectuado por el Especialista en Conservación Vial y con la conformidad del Jefe de Conservación Vial de la Unidad Gerencial de Conservación formalizado con el Memorándum N° 1608-2012-MTC/20.7 de fecha 25 de junio de 2012, determinando en los numerales 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5 y 2.6 del Ítem 2.0 Análisis solamente de aspectos de índole económicos, sin realizar el análisis correspondiente al sustento técnico y legal que se vincule necesariamente con la supuesta y pretendida aplicación de retenciones, descuentos y penalidades por la suma de S/. 2'781,881.26 Nuevos Soles que determina el saldo en contra de EL CONSORCIO por la suma de S/. 2'586,975.63 Nuevos Soles, incluido IGV.
- Que, EL CONSORCIO menciona que, en el numeral 2.1 se citó el resultado de la liquidación presentada por EL CONSORCIO con el saldo a su favor por S/. 255,396.65 Nuevos Soles, incluido IGV. Y en el numeral 2.2, se señaló que luego de la revisión de los montos globales por los Gastos Generales del Recálculo de las Valorizaciones de EL CONTRATO y los Gastos Generales por las Valorizaciones a reconocer en aplicación de EL LAUDO que asciende a S/. 64,209.53 sin IGV estos resultan en la suma de S/. 262,566.42 Nuevos Soles incluido IGV. Además, en el numeral 2.3 se corrigieron las sumas y los montos señalando que el Costo Final es la suma de S/. 3'124,873.44 incluido IGV, los montos pagados por la suma de S/. 2'929,967.81 Nuevos Soles incluido IGV, lo que arroja la suma de S/. 194,905.63 Nuevos Soles incluido IGV.

- Que, EL CONSORCIO indica que, en el décimo segundo considerando de la mencionada Resolución Administrativa, se señala que en el Informe N° 055-2012-MTC/20.7.1.JND de fecha 22 de junio de 2012, se hizo un recálculo de la liquidación presentada por EL CONSORCIO estableciendo como Costo Total de la Supervisión la suma de S/. 3'124,873.44 Nuevos Soles incluido IGV, como montos pagados a la suma de S/. 2'929,967.81 Nuevos Soles incluido IGV y el saldo a favor de EL CONSORCIO, por la suma de S/. 194,905.63 Nuevos Soles incluido IGV y por concepto de retenciones o descuentos y penalidades a EL CONSORCIO la suma de S/. 2'586,975.63 Nuevos Soles incluido IGV.
- Que, EL CONSORCIO precisa que, PROVÍAS NACIONAL notificó por correo electrónico la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20, con los cálculos, cuadros, detalles y en una hoja el cuadro del Cálculo y descuentos de penalidades que se nos imputa, y los informes: Informe N° 055-2012-MTC/20.7.1.JND de fecha 22 de junio de 2012, efectuado por el Especialista en Conservación Vial y el Informe N° 445-2012-MTC/203 de fecha 26 de junio de 2012 de la Gerencia de la Unidad Gerencial de Asesoría Legal; además señala que, no se cumplió con notificar a EL CONSORCIO los documentos correspondientes al sustento técnico-legal y administrativo de los cargos de las retenciones, penalidades y de los descuentos aplicados.
- Que, asimismo, EL CONSORCIO sostiene que a partir del principio de legalidad, PROVÍAS NACIONAL estaría obligada a acreditar el motivo, la razonabilidad, el perjuicio y la justificación legal que le faculte realizar los descuentos y penalidades, entendiéndose como concepto de retenciones el hecho que comprende un acto o cargo de imputabilidad para justificar la afectación del patrimonio de propiedad de EL CONSORCIO y, en el caso de la penalidad, la verificación del acto o hecho imputable como retraso o mora en la prestación de las obligaciones contractuales.
- Que, EL CONSORCIO indica que, no conoció en extenso y en forma integral los actos administrativos o los actuados administrativos que justifiquen y faculden imputar a EL CONSORCIO las responsabilidades para la procedencia de las retenciones y la aplicación de las penalidades.
- Que, asimismo, EL CONSORCIO manifiesta que, han cumplido con efectuar la liquidación de EL CONTRATISTA, de acuerdo con el desarrollo y el proceso constructivo previsto en el Expediente Técnico y los actos resolutivos administrativos aprobados por PROVÍAS NACIONAL.

- Que, EL CONSORCIO explica que, el hecho de que PROVÍAS NACIONAL considerara tener criterios técnicos diferentes a los criterios técnicos de EL CONSORCIO, no es razón suficiente para que lo autorice a que de modo arbitrario y en clara posición dominante en la relación contractual le imponga penalidades y retenciones no solo por montos exorbitantes, sino de forma ilegal que le origina perjuicios económicos a EL CONSORCIO.

3.22. Que, EL CONSORCIO indica que, la liquidación de PROVÍAS NACIONAL es contradictoria, y hacen constar de modo propio que su posición se fundamenta dentro del escenario que presenta la hoja del cuadro denominado "cálculo de descuentos y penalidades", adjuntada a la impugnada resolución directoral, siendo que en referencia a la misma señalan:

- Que, en el Num. 1.01 descuentos y retenciones, determina el supuesto cargo por estos conceptos: *"1.01 por no advertir durante la supervisión de la obra, los metrados realmente ha ejecutarse por el adicional de obra n° 03 y la consecuente modificación de la ampliación de plazo n° 06, de 50 a 40 días calendario"*, por lo que, procedió a descontarle la suma de S/. 2'137,734.35 Nuevos Soles".
- Que , PROVÍAS NACIONAL señalo sobre el mencionado acápite lo siguiente: según el Sub Numeral 4.1.1 del Numeral 4.0 de los Términos de Referencia y según numeral 12.9 de la cláusula décimo segunda de EL CONTRATO (corregido mediante Adenda N° 01), procedió a descontarle a EL CONSORCIO y cargarle el costo de S/. 2'137,734.35 Nuevos Soles.
- Que, EL CONSORCIO señala que, su plantel profesional, en estricto cumplimiento de sus funciones analizó y sustentó correctamente y con sujeción a los requisitos y formalidades del Artículo 201° de EL REGLAMENTO, las diferentes ampliaciones de plazo formuladas por EL CONTRATISTA, entre ellas la Ampliación de plazo N° 3, por la que recomendó otorgar una ampliación de plazo de 50 días calendario.
- Que, EL CONSORCIO reconoce que, algunos metrados variaron durante la ejecución de dicho adicional, no es menos cierto que estos hechos se producen por el propio proceso constructivo y la interrelación de las diferentes partidas de LA OBRA, determinando que "no existe correlación matemática para reducir el

plazo ampliado”; por dicha justificación técnica que EL CONSORCIO no podía de manera arbitraria efectuar ninguna reducción.

- Que, mediante Carta N° 048-2011/CVH/L con fecha 21 de julio de 2011, EL CONSORCIO presentó el Informe de la Liquidación de LA OBRA elaborada por el mismo, indicando que el Costo Total de LA OBRA era de S/. 80'942,190.30 Nuevos Soles, incluido IGV, con un saldo a favor de EL CONTRATISTA por la suma de S/. 1'800,170.03 Nuevos Soles, incluido IGV.
- Que, mediante Carta N° 005-2011-MTC/20.7 con fecha 08 de agosto de 2011, PROVÍAS NACIONAL ordenó que, habiéndose cumplido la meta del Adicional N° 03, sólo con el 37.59%, se debía recortar a la ampliación de plazo otorgada, lo que a su vez modificaría la fecha de culminación de la obra, con la probable aplicación de penalidad por atraso de obra, por lo que se debía recalcular la Ampliación de Plazo N° 06 de acuerdo al Adicional N° 03 ejecutado y aplicar las penalidades que correspondan.
- Que, EL CONSORCIO manifiesta que, al haber ordenado PROVÍAS NACIONAL lo anteriormente mencionado, no tomó en cuenta el hecho legal de que la Resolución Directoral N° 786-2010-MTC/20 expedida con fecha 10 de agosto de 2010, que aprobó la ampliación de plazo N° 3 por 01 día y la Resolución Directoral N° 886-2010-MTC/20 expedida con fecha 03 de setiembre de 2010, que aprobó la ampliación de plazo N° 6 por 50 días calendario, se encontraban materialmente consentidas y habían causado estado, por lo tanto no podían ser modificadas vía su aplicación o inaplicación, mucho menos de manera indirecta dentro de un procedimiento administrativo de liquidación que resulta siendo ajeno al procedimiento de ampliación de plazo; y que en todo caso, PROVÍAS NACIONAL solamente podía modificarla mediante la expedición de otra resolución administrativa efectuada por el Superior Jerárquico declarando su nulidad de oficio, lo que no ha sucedido a la fecha y estando al hecho que ha transcurrido más de un año desde su fecha de expedición de acuerdo con el artículo 202.2 de la LPAG ha prescrito largamente y, de otro modo, tampoco podría demandar su nulidad ante el Poder Judicial en razón a que ha prescrito esta facultad reservada para PROVÍAS NACIONAL a tenor del Artículo 202.4 del citado texto normativo administrativo.
- Que EL CONSORCIO expresa que, ante lo expuesto líneas arriba, elaboró la liquidación aplicando lo resuelto y otorgado por estas resoluciones legalmente



válidas, asimismo, PROVÍAS NACIONAL se encontraba prohibida de modificar sus propios actos administrativos y se encontraba obligada a dar cumplimiento a sus propias decisiones.

- Que, EL CONSORCIO señala que, no estuvo de acuerdo con el criterio técnico de PROVÍAS NACIONAL, puesto que a su juicio no tenía justificación técnica ni legal alguna, al constituir una orden de la contratante conforme sus facultades contractuales.
- Que, mediante Carta N° 005-2011-MTC/20.7 de fecha 08 de agosto de 2011, PROVÍAS NACIONAL ordena a EL CONSORCIO a reformular la Liquidación de LA OBRA.
- Que, mediante Carta N° 051-2011/CVH/L con fecha 23 de agosto de 2011, EL CONSORCIO remite a PROVÍAS NACIONAL la liquidación de LA OBRA reformulada a la medida de sus exigencias y órdenes dadas, estableciendo el Monto Total de LA OBRA por la suma de S/. 81'152,869.37 Nuevos Soles, incluido IGV y un Saldo de Liquidación a favor de EL CONSORCIO por la suma de S/. 2' 010,849.10 Nuevos Soles, incluido IGV; asimismo, en dicha liquidación se aplicó a dicho monto el cálculo de Multas por la suma de S/. 2'243, 334.35 nuevos soles, sin IGV, resultando un Saldo Neto en contra de EL CONSORCIO por la suma de S/. 232, 485.25 Nuevos Soles, incluido IGV.
- Que, EL CONSORCIO considera que se pretendió aplicar descuentos y retenciones que se producen en clara y objetiva contravención a las normas reglamentarias prevista en EL REGLAMENTO, el artículo 165°, que establece que las penalidades solo serán factibles de aplicarse solo cuando el retraso haya sido injustificado. Asimismo, para EL CONSORCIO resultó ser arbitrario y contrario al ordenamiento jurídico y al principio de legalidad pretender ilegalmente, hacer de a su cargo retenciones por supuestos inexistentes e irrazonables.
- Que, EL CONSORCIO reitera que, si procedió a reformular la liquidación del contrato de Obra aplicando Multa a EL CONTRATISTA, esto se debió a las órdenes y requerimientos de PROVÍAS NACIONAL y no a la falta de diligencia

de los servicios de EL CONSORCIO en la elaboración de la liquidación del contrato de obra.

- Que, EL CONSORCIO indica que, lo que pretendía PROVÍAS NACIONAL al trasladarles el monto de las retenciones afectadas al CONTRATISTA, no deriva de ningún presupuesto de hecho y objetivo que evidencie su incumplimiento sino que esta pretensión de aplicarles retenciones obedece a una antojadiza decisión que constituye un típico acto arbitrario que materializa el ejercicio abusivo del derecho que reprueba nuestro ordenamiento al señalar que, la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho (Artículo II del Título Preliminar del Código Civil).
- Que, asimismo, EL CONSORCIO puntualiza que, el supuesto de hecho mencionado en el acápite anterior no es real y es inexistente, si se tiene en cuenta que, el supuesto que lo origina carece de validez legal y resulta de una imposición totalmente arbitraria, hecho que ha motivado que EL CONSORCIO haya cuestionado la validez de la liquidación de EL CONTRATO en el presente proceso arbitral.
- Que, EL CONSORCIO indica que, la conducta de PROVÍAS NACIONAL se configura un acto doloso de consecuencias penales que tipifica una apropiación ilícita de una suma de dinero que, legalmente, le corresponde a EL CONSORCIO como resultado legal y justo de sus servicios, sino que la supuestas retenciones por pagos a EL CONTRATISTA no se encuentra materialmente constituido ni probado de manera fehaciente nuestra responsabilidad en asumir este mayor costo.
- Que, asimismo, EL CONSORCIO expresa que rechaza aplicación del monto de S/. 2'137,734.35 Nuevos Soles que se pretendió descontar, por haber acatado una orden de PROVÍAS NACIONAL, lo cual, mediante las observaciones que realizó EL CONSORCIO a la liquidación, se había solicitado a PROVÍAS NACIONAL dejarlo sin efecto, hecho que fue denegado y forzó a EL CONSORCIO a proseguir el presente proceso arbitral.



- Que EL CONSORCIO señala que con respecto a la aplicación del Ítem “1.02 por no advertir los gastos generales en demasía otorgados al contratista en la aprobación del adicional de obra n° 03”, se procedió a descontar la suma de S/ 423,495.00 Nuevos Soles.
- Que, mediante Carta N° 051-2011/CVH/L con fecha 23 de agosto de 2011, EL CONSORCIO presentó la liquidación reformulada de LA OBRA, en la que se recalculó el monto de los Gastos Generales del Presupuesto Adicional de Obra N° 03, equivalentes a 40 días calendario, según lo ordenado por PROVÍAS NACIONAL, por la suma de S/. 358 894,07 Nuevos Soles, sin IGV.
- Que, mediante Resolución Directoral N° 907-2011-MTC/20 con fecha 02 de setiembre de 2011, PROVÍAS NACIONAL aprobó la liquidación reformulada de LA OBRA presentada por EL CONSORCIO.
- Que, EL CONSORCIO manifiesta que, en el Presupuesto Adicional N° 03, se incluyó los gastos generales originalmente presentados por EL CONTRATISTA (correspondiente a 60 días), y dicho error no ha ocasionado ningún daño a PROVÍAS NACIONAL, porque el monto total de gastos generales pagados a través de las seis (06) Valorizaciones del Presupuesto Adicional N° 03, arrojan un monto menor al que figura erróneamente; es decir, EL CONSORCIO expresa que, en ningún momento ha ordenado el pago en demasía o en exceso que se le pretende responsabilizar; dado que, una cosa es haber incurrido en un error involuntario y haberlo corregido y, otra es que por ese hecho el monto erróneo haya sido pagado, debiendo tenerse en cuenta que fue corregido oportunamente.
- Que, EL CONSORCIO indica que, PROVÍAS NACIONAL pretende sancionar su intención o intencionalidad, lo cual se encuentra prohibido en el ordenamiento administrativo, puesto que la intención, como tentativa, solo se sanciona en el ámbito penal.
- Que, EL CONSORCIO solicita que se excluya y se deje sin efecto el monto de S/. 423 495,00 Nuevos Soles, incluido IGV, de la Liquidación de EL CONTRATO.

- Que, EL CONSORCIO manifiesta que, con respecto a la pretendida aplicación del Ítem 2. *"1.03 deducción del servicio del supervisor por el tiempo de 10 d.c. correspondiente a la ampliación de plazo en demasía otorgada al contratista de obra"*, procediendo a descontar la suma de S/. 76 802,27 Nuevos Soles, resultó ser otro típico acto arbitrario y la materialización del ejercicio abusivo del derecho que reprueba nuestro ordenamiento, asimismo, nuevamente se incurre en la actitud de violentar el Principio de Legalidad establecido en el ordinal 1.1 del artículo IV.- PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, al pretender crear e inobservar hechos objetivos producidos en LA OBRA y que se pretende ignorar por conveniencia o por desconocimiento de carácter técnico.
- Que su personal y equipos han estado presentes en LA OBRA, prestando servicios efectivos en campo, hasta fines del mes de marzo del 2011; sin embargo, el Jefe de la Supervisión, acató una orden de la Sub Gerente de la Unidad Gerencial de Mantenimiento, en la que se vio forzado y compelido a asentar mediante anotación en el cuaderno de obra que, los trabajos de LA OBRA había concluido el día 22 de febrero de 2011.
- Que el hecho anteriormente descrito, le perjudicó económicamente por sus servicios prestados desde el 22 de febrero de 2012 hasta el 31 de marzo de 2012, que no fueron reconocidos en su liquidación.
- Que, asimismo, EL CONSORCIO expresa que, PROVÍAS NACIONAL pretendió hacer de cargo de EL CONSORCIO la retención de la suma de S/. 76 802,27 Nuevos Soles, incluido IGV, que corresponde al pago efectuado a EL CONORCIO por los servicios prestados, que en la etapa de su liquidación se pretendió ignorar que este hecho se originó en la orden dada por su propio funcionario, que constituyendo actos propios e internos de la administración no le corresponde asumir sus efectos ni sus consecuencias.
- Que, sin perjuicio del reconocimiento de sus servicios prestados hasta el día 31 de marzo de 2012, solicitaron excluir de su liquidación y dejar sin efecto la retención a su cargo de la suma de S/. 76, 802.27 nuevos soles, incluido IGV.

- Que, con respecto a la pretendida aplicación del Ítem *"1.04 por no advertir el cambio de especialista del contratista, sin contar con la autorización de la entidad, lo que originó la aplicación de penalidad al contratista"*, se procedió a descontar la suma de S/. 105,600.00 Nuevos Soles, también resultó arbitrario para EL CONSORCIO, puesto que, durante la ejecución de LA OBRA, se verificó el cumplimiento de los planos y especificaciones técnicas, dentro de ellas lo referente a las actividades de Medio Ambiente que fueron avaladas por el personal profesional de EL CONTRATISTA en algunos casos con el apoyo de un Ingeniero Asistente.
- Que, EL CONSORCIO menciona que, no tuvo ninguna objeción con el profesional de dicha especialidad y no solicitó su cambio ni tramitó ninguna solicitud de EL CONTRATISTA en ese sentido; razón por el cual desconoce de la existencia de este hecho durante la etapa de ejecución de LA OBRA.
- Que, mediante Oficio N° 1021-2012-MTC/20 con fecha 05 de julio 2012, PROVÍAS NACIONAL se pronunció sobre la objeción de EL CONTRATISTA.
- Que, EL CONSORCIO considera que, ese hecho no fue ponderado ni mereció pronunciamiento alguno de PROVÍAS NACIONAL.
- Que, mediante Carta N° 006-2011-MTC/20.7 con fecha 12 de agosto de 2011, PROVÍAS NACIONAL remite a EL CONSORCIO el Informe N° 170-2011-MTC/20.7.1.JND con fecha 11 de agosto de 2011, que corre adjunto a la referida carta, en el que se señaló en el punto 3) que EL CONSORCIO debe verificar si EL CONTRATISTA solicitó el cambio de especialista en Medio Ambiente, Ing. Carlos Alberto Carrillo Díaz, por el Ing. Max Hubert Calderón Salazar, y se le indicó que en caso contrario se apliquen las sanciones que correspondan, hecho al cual EL CONSORCIO considera que se vio forzado y compelido a efectuarlo en la Liquidación de LA OBRA, realizando el descuento de S/. 105,600.00 Nuevos Soles a EL CONTRATISTA, que es materia de reclamo en el presente proceso arbitral.
- Que, EL CONSORCIO reitera que, lo anteriormente mencionado es un nuevo típico acto arbitrario y la materialización del ejercicio abusivo del derecho que

reprueba nuestro ordenamiento, violentándose el Principio de Legalidad establecido en el numeral 1.1 del Artículo IV.- PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, al crear, PROVÍAS NACIONAL, hechos inexistentes y que supuestamente se habrían producido en LA OBRA y que se pretendieron ignorar por conveniencia.

- Que, EL CONSORCIO señala que correspondió a los funcionarios que han planteado ese supuesto realizar la explicaciones y los descargos que correspondan, pero no están de acuerdo con que se les traslade esa responsabilidad.
- Que, EL CONSORCIO solicita que, excluya de su liquidación y dejar sin efecto la retención de la suma de S/. 105,600.00 Nuevos Soles que PROVÍAS NACIONAL le pretende aplicar.
- Que, con respecto a la pretendida aplicación al numeral 2.0 Penalidades, respecto de *"2.00 penalidades: según sub numeral 12.08.1 del numeral 12.8 de la cláusula décimo segunda del contrato de supervisión de obra"*, se procedió a descontar la suma global de s/. 38,249.64 Nuevos Soles; EL CONSORCIO manifiesta que, en este acápite, PROVÍAS NACIONAL señala que, según el Sub Numeral 12.8.1 del Numeral 12.8 de la cláusula décimo segunda de EL CONTRATO, pretendió aplicar a EL CONSORCIO la multa y cargar este concepto a su liquidación de manera arbitraria por la suma de S/. 38,249.64 Nuevos Soles.
- Que, EL CONSORCIO considera que, al pretenderse aplicar dichas penalidades, se evidenció la contravención a las normas previstas en EL REGLAMENTO al infringirse el artículo 165º, que establece que las penalidades solo serán factibles de aplicarse cuando el retraso haya sido INJUSTIFICADO.
- Que, EL CONSORCIO indica que, resultó ser arbitrario y contrario al ordenamiento jurídico y al principio de legalidad, pretender ilegalmente, hacer de suyos cargo retenciones por supuestos inexistentes e irrazonables que, si se procedió a aplicar penalidad a EL CONTRATISTA se debió únicamente por las exigencias y órdenes dadas por PROVÍAS NACIONAL; por ello que, la

pretensión de PROVÍAS de aplicar a EL CONSORCIO las penalidades por supuesta falta de diligencia en sus prestaciones no se encuentra arreglado a derecho al ser un típico acto arbitrario y materializa el ejercicio abusivo del derecho que reprueba nuestro ordenamiento, dado que, la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho, como lo cita el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil.

- Que, EL CONSORCIO indica que, el mencionado supuesto de hecho no es real y es inexistente si se toma en cuenta que el supuesto que lo origina carece de validez legal y resulta de una imposición totalmente arbitraria, hecho que ha motivado que EL CONSORCIO haya cuestionado la validez de la liquidación del contrato de obra en un proceso arbitral.
- Que, EL CONSORCIO reitera que, la conducta de PROVÍAS NACIONAL configura un acto doloso de consecuencias penales que tipifica una apropiación ilícita de una suma de dinero que, legalmente no solo les corresponde como resultado legal y justo de sus servicios, sino que las supuestas retenciones por falta de diligencia de su parte no se encuentra materialmente constituido ni probado de manera fehaciente su responsabilidad.
- Que, finalmente, EL CONSORCIO manifiesta que, no estaba de acuerdo con las responsabilidades que PROVÍAS NACIONAL pretendía trasladárselas, y rechazaban la aplicación de las penalidades por la suma de S/. 38,249.64 Nuevos Soles, al no tener sustento legal ni técnico alguno.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como fundamentos de derecho respecto de las pretensiones presentadas, EL CONSORCIO señala lo siguiente:

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 3.23. Como fundamentos de la primera pretensión principal, EL CONSORCIO considera que la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20, que aprueba la liquidación de PROVÍAS



NACIONAL, fue notificada extemporáneamente, dado que ocurrió mediante correo electrónico a las 05:40 p.m. del día 27 de junio de 2012, transgrediendo el numeral 1 del Artículo 179° de EL REGLAMENTO, cuya exigencia es cumplir con el requisito de que las partes se pronuncien dentro del plazo legal de los 15 días establecidos.

- 3.24. Que, EL CONSORCIO sostiene que, la condición fijada en la Cláusula Especial Tercera de EL CONTRATO establece como válida las comunicaciones mediante correo electrónico, reservado como facultad para las notificaciones de PROVÍAS NACIONAL, sin embargo, EL CONSORCIO precisa que, para que pueda surtir efectos legales las notificaciones bajo esta modalidad debe efectuarse dentro de los plazos legales.
- 3.25. Que, EL CONSORCIO manifiesta que, PROVÍAS NACIONAL notificó su liquidación por correo electrónico, y considera que éste acto debió sujetarse al cumplimiento de los plazos legales previsto en el primer párrafo del numeral 1 del Artículo 179° de EL REGLAMENTO, esto es, que la notificación debió haberse producido en el plazo fijado, el mismo que se encuentra determinado en la fecha cierta en que ésta es remitida; por tanto, el ejercicio de ésta facultad no es ilimitada ni arbitraria sino sujeto a éste requisito esencial previsto en el numeral 3.2 de la cláusula contractual:

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

- 3.26. Asimismo, EL CONSORCIO indica que, el reporte del correo electrónico consignado como su dirección electrónica, acredita que la notificación enviado por el Sr. Edgar García Nieto se produce a las 05:40 p.m. del día 27 de junio de 2012, fuera del horario de trabajo de sus oficinas (Lunes a Viernes desde las 8:30 a.m. hasta las 05:30 p.m.) y fuera del horario de trabajo de PROVÍAS NACIONAL (Lunes a Viernes de 08:30 a.m. a 05:00 p.m.).

- 3.27. EL CONSORCIO señala que, cuando hizo el cómputo del plazo previsto para que PROVÍAS NACIONAL se pronuncie dentro de los 15 días calendario, este venció a las 01:44 p.m. del 27 de junio de 2012, tomando en cuenta para el cómputo que la



liquidación de EL CONSORCIO fue presentada a las 01:44 p.m. del día 12 de junio de 2012 y la notificación se produce a las 05:40 p.m.

- 3.28. Que, EL CONSORCIO manifiesta que, en la hipótesis negada que el cómputo del plazo para efectuar la notificación no haya vencido a la hora en que fue presentada nuestra liquidación en la Oficina de Trámite Documentario (13:44 Hrs. del día 27 de junio del 2012), éste plazo venció a las 17:00 horas dentro del horario de atención de la Entidad y fuera del horario de trabajo de nuestra oficina (anexo 12), en la situación que el correo enviado por la persona de Edgar García Nieto se produce a las 05:40 p.m. del día 27 de junio de 2012.
- 3.29. Que, EL CONSORCIO indica que, ampara su posición en el artículo 138.- Régimen de las Horas Hábiles de la LPAG, que establece en sus incisos 1, 2 y 3, que las horas hábiles corresponden al horario fijado para su funcionamiento sin que pueda ser menor a ocho horas diarias consecutivas, asimismo, este horario de atención es establecido para favorecer el cumplimiento de las obligaciones y actuaciones administrativas y que éste horario es continuado para brindar todos los asuntos de su competencia y sin que pueda ser fraccionado.
- 3.30. Que, EL CONSORCIO expresa que, conforme el artículo 20° de la LPAG, los actos administrativos no se realizan de manera irregular o arbitraria, sino dentro de un acto debido para que surta sus efectos legales, en ese sentido, el numeral 18.1 del Artículo 18°.- Obligación de Notificar, establece que la notificación del acto será practicada de oficio y su debido diligenciamiento será responsabilidad de PROVÍAS NACIONAL, que fue la entidad que lo dictó; igualmente importante, resaltamos el numeral 16.1 del Artículo 16°.- Eficacia del Acto Administrativo, que señala que, el acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos.
- 3.31. Que, EL CONSORCIO explica que, si el acto administrativo no se encuentra revestido de la formalidad del tiempo, plazo u horarios determinados, el acto deviene en inválido e ineficaz, siendo este requisito el que le otorga el valor de fecha cierta a la notificación en el ámbito administrativo, siendo sus elementos esenciales la observancia de la fecha y la hora hábil para que ésta sea válida.

- 3.32. Que EL CONSORCIO considera que su liquidación constituyó un acto administrativo consentido y se encuentra aprobada, en la situación que la obligación de notificar y el acto de notificación constituye una garantía y un principio del debido procedimiento administrativo.
- 3.33. Que, como fundamentos de la pretensión subordinada a la primera pretensión, EL CONSORCIO manifiesta que hubo una trasgresión del debido procedimiento administrativo previsto en el numeral 1 contenido en el artículo 179° de EL REGLAMENTO, vicio que se adecúa a la sanción prevista en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 10° de la LPAG.
- 3.34. Asimismo, EL CONSORCIO sostiene que, la conducta de PROVÍAS NACIONAL en relación a la infracción incurrida en el debido procedimiento administrativo previsto en el numeral 1 contenido en el artículo 179° de EL REGLAMENTO, y sin que ello significara afectar o menoscabar el consentimiento de la liquidación de EL CONSORCIO producida por la notificación extemporánea de su liquidación.
- 3.35. Que, EL CONSORCIO indica que, PROVÍAS NACIONAL incurrió en evidente vicio en el procedimiento de liquidación que en aplicación de los incisos 1, 2 y 3 del Artículo 10° de la LPAG, determina la invalidez e ineficacia de la liquidación aprobada por la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20 de fecha 27 de junio de 2012.
- 3.36. Que, EL CONSORCIO expresa que, el vicio al procedimiento mencionado líneas anteriores, se evidencio en el incumplimiento de la formalidad esencial que constituye requisito para su adquisición como acto administrativo que cause pleno efecto, por lo siguiente:
- El debido procedimiento administrativo de la liquidación del contrato de supervisión se encuentra regulado por el artículo 179° de EL REGLAMENTO, el mismo que ha establecido dos situaciones, a saber:
    - i) El supuesto del numeral. 1, si EL CONSORCIO presenta a PROVÍAS NACIONAL su propia liquidación dentro del plazo de 15 días calendario, PROVÍAS NACIONAL deberá pronunciarse respecto de dicha Liquidación dentro del plazo de 15 días calendario, y

- ii) El supuesto del numeral 2, si EL CONSORCIO no presenta la liquidación en el plazo de 15 días calendario, PROVÍAS NACIONAL lo elabora y notifica a EL CONSORCIO para que éste se pronuncie respecto de dicha Liquidación dentro del plazo de 15 días calendario

- 3.37. Que, EL CONSORCIO menciona que, su liquidación se realizó observando el debido procedimiento establecido en el numeral 1, esto es que, fue EL CONSORCIO quien presentó la liquidación de EL CONTRATO producida mediante Carta N° 012-2012 con fecha 12 de junio de 2012, recepcionado por PROVÍAS NACIONAL en la misma fecha.
- 3.38. Asimismo, EL CONSORCIO manifiesta que a PROVÍAS NACIONAL le correspondió pronunciarse con respecto a la liquidación presentada y notificar su pronunciamiento; sin embargo, PROVÍAS NACIONAL no se pronunció con respecto a la liquidación de EL CONSORCIO sino que, contraviniendo la norma elaboró otra liquidación y lo notificó, acto con el cual, vició el debido procedimiento administrativo previsto en el artículo 179° de EL REGLAMENTO.
- 3.39. Que, EL CONSORCIO indica que, la trasgresión incurrida por PROVÍAS NACIONAL, se acreditó con el segundo párrafo del mencionado numeral 1, el mismo que establece que, una vez notificada PROVÍAS NACIONAL con la Liquidación, el pronunciamiento a que se encuentra obligada, no es la de elaborar su liquidación para contraponerla a la liquidación de EL CONSORCIO, sino la de formular observaciones, siendo que la norma lo ha previsto textualmente, considerando que señala:

*"Si la Entidad observa la liquidación presentada por el contratista, éste deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento en el plazo de cinco (05) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por la Entidad."*

- 3.40. Que, EL CONSORCIO sostiene que, cuando se refirió al hecho del pronunciamiento que debe hacer PROVÍAS NACIONAL sobre su liquidación presentada, se refirió al

acto de formular observaciones a la misma y no al acto de elaborar otra liquidación y notificarlo a EL CONSORCIO.

- 3.41. Que, por otro lado, en relación con la aplicación de penalidades, descuentos y retenciones, EL CONSORCIO manifiesta que, dichas aplicaciones deberán ser desestimadas en observancia al principio de legalidad del numeral 1.1 del artículo IV.- PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO que establece que, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el derecho dentro de las facultades que le estén atribuidas y para los fines que les fueron conferidas, por tanto, obliga a PROVÍAS NACIONAL a acreditar el motivo, la razonabilidad, el perjuicio y la justificación legal que le faculte a aplicar estos cargos contra EL CONSORCIO y de valorar dentro del concepto de retenciones el supuesto acto o cargo de imputabilidad para justificar la afectación patrimonial del encausado y, tratándose una penalidad, la verificación del acto o hecho imputable como retraso o mora en la prestación de las obligaciones contractuales.
- 3.42. Que, EL CONSORCIO considera que dentro del principio de legalidad, debió valorarse el hecho que las ampliaciones de plazo aprobadas por la Resolución Directoral N° 786-2010-MTC/20 expedida con fecha 10 de agosto de 2010, que aprobó la ampliación de plazo N° 3 por 01 día, y la Resolución Directoral N° 886-2010-MTC/20 expedida con fecha 03 de setiembre de 2010, que aprobó la ampliación de plazo N° 6 por 50 días calendario, se encontraban materialmente consentidas y habían causado estado, por lo tanto no podían ser modificadas vía su aplicación o inaplicación, mucho menos de manera indirecta dentro de un procedimiento administrativo de liquidación que resulta siendo ajeno al procedimiento de ampliación de plazo; en todo caso, para EL CONSORCIO, PROVÍAS NACIONAL solamente podía modificarla mediante la expedición de otra resolución administrativa efectuada por el Superior Jerárquico declarando su nulidad de oficio, lo que no ha sucedido a la fecha y estando al hecho que ha transcurrido más de un año desde su fecha de expedición de acuerdo con el Artículo 202.2 de la LPAG ha prescrito largamente y, de otro modo, tampoco podría demandar su nulidad ante el Poder Judicial en razón a que ha prescrito esta facultad reservada para PROVÍAS NACIONAL a tenor del Artículo 202.4 del citado texto normativo administrativo.

- 3.43. Que, en ese sentido, EL CONSORCIO elaboró la liquidación aplicando lo resuelto y otorgado por esas resoluciones legalmente válidas, asimismo, PROVÍAS NACIONAL se encontraba prohibida de modificar sus propios actos administrativos y se encontraba obligada a dar cumplimiento a sus propias decisiones.
- 3.44. Asimismo, EL CONSORCIO considera que, la aplicación de las penalidades solo debe proceder cuando éstas se sujeten a la condición establecida por el artículo 165° de EL REGLAMENTO que establece que las penalidades solo serán factibles de aplicarse cuando el retraso haya sido injustificado, lo que resulta siendo arbitrario y contrario al ordenamiento jurídico y al principio de legalidad pretender ilegalmente, hacer retenciones por supuestos inexistentes e irrazonables, siendo que la modificación de la liquidación de EL CONTRATO no significó reconocer responsabilidad alguna sino a cumplir las órdenes y requerimientos dadas por PROVÍAS NACIONAL.
- 3.45. Que EL CONSORCIO, manifiesta que, la pretensión de PROVÍAS NACIONAL de trasladarle el monto de las retenciones afectadas a EL CONSORCIO no deriva de ningún presupuesto de hecho y objetivo que evidencie su incumplimiento, sino que dicha pretensión de aplicarles retenciones obedece a una antojadiza decisión que constituye un típico acto arbitrario que materializa el ejercicio abusivo del derecho que reprueba nuestro ordenamiento al señalar que la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho (Artículo II del Título Preliminar del Código Civil).
- 3.46. Asimismo, EL CONSORCIO sostiene que PROVÍAS NACIONAL no puede sancionar la intención o la intencionalidad, lo cual se encuentra prohibido en el ordenamiento administrativo, puesto que la intención, como tentativa, solo se sanciona en el ámbito penal, además, señala que, a la fecha no existe daño o perjuicio alguno en contra de PROVÍAS NACIONAL.
- 3.47. Finalmente, EL CONSORCIO solicita como pretensión accesoria que, PROVÍAS NACIONAL reformule la liquidación aplicando el pronunciamiento de EL LAUDO, incluyendo sus intereses, reajustes que corresponda desde la fecha del nacimiento de la obligación, y disponer que las costas y costos del proceso arbitral sean asumidos por PROVÍAS NACIONAL.



#### IV. De la Contestación a la demanda presentada por Provías Nacional

- 4.1 Con fecha 21 de noviembre del 2012, PROVÍAS NACIONAL contesta la demanda interpuesta por EL CONSORCIO y formula reconvención, con los siguientes argumentos:

#### FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

- 4.2 Que, con fecha 04 de febrero de 2010, PROVÍAS NACIONAL y EL CONSORCIO suscribieron EL CONTRATO.
- 4.3 Que, PROVÍAS NACIONAL indica que, en la cláusula cuarta de las disposiciones complementarias de EL CONTRATO, se indica que las partes integrantes y que el orden de prelación de los documentos que lo conforman, para efectos de su interpretación o integración, en caso de cualquier contradicción, diferencia u omisión, es el siguiente:
- Términos de Referencia, especificaciones técnicas o expedientes técnicos o expediente técnico, según el objeto del proceso.
  - Bases integradas
  - Propuesta Técnico y Económica de EL CONSORCIO
  - El presente Documento Contractual
- 4.4 Que, mediante Carta S/N con fecha 02 de julio de 2012, EL CONSORCIO observa la Liquidación de EL CONTRATO emitida por PROVÍAS NACIONAL.
- 4.5 Que, mediante Oficio N° 1021-2012-MTC/20 con fecha 05 de julio de 2012, PROVÍAS NACIONAL comunicó a EL CONSORCIO la improcedencia de las observaciones, ratificándose en la Liquidación aprobada por PROVÍAS NACIONAL.
- 4.6 Con referencia a la primera pretensión, PROVÍAS NACIONAL manifiesta que EL CONSORCIO pretende que se declare consentida y aprobada su liquidación presentada con carta N° 012-2012/CVH/L, de fecha 12 de junio de 2012, en base a los siguientes considerandos:
- Vicio en el procedimiento previsto en el numeral 1 del artículo 179 de EL



## REGLAMENTO.

- Observación extemporánea de la liquidación emitida por la Supervisión.

- 4.7. Respecto a los "hechos relacionados con el consentimiento de la liquidación de EL CONSORCIO por vicio en el debido procedimiento administrativo", PROVÍAS NACIONAL, señala que EL CONSORCIO considera como inválida e ineficaz SU Liquidación aprobada mediante Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20 de fecha 27 de junio de 2012, por supuestamente haberse transgredido el numeral 1) del artículo 179 de EL REGLAMENTO, el cual establece:

*"El contratista presentará a la Entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación. La Entidad deberá pronunciarse respecto de dicha liquidación y notificar su pronunciamiento dentro de los quince (15) días siguientes de recibida; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación presentada por el contratista".*

- 4.8. Que, mediante Carta N° 012-2012 con fecha 16 de julio de 2012, EL CONSORCIO presentó la Liquidación de EL CONTRATO, estableciendo un monto final ascendente a S/. 3'185,364.46 Nuevos Soles, incluido IGV, con un saldo a su favor por el monto de S/. 255,396.65 Nuevos Soles, incluido IGV.

- 4.9. Que, mediante Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20 con fecha 27 de junio de 2012, PROVÍAS NACIONAL se pronunció respecto a la liquidación emitida por EL CONSORCIO manifestando lo siguiente:

*"2.1 El Supervisor presentó la liquidación de su Contrato dentro del plazo estipulado en el Artículo 179 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. En ella, el Supervisor manifiesta que el Costo Final de la Supervisión asciende a S/. 3'185,364.46, inc. IGV, y el Saldo de liquidación a su Favor asciende a S/. 255,396.65, incluido IGV."*

- 4.10. Que, PROVÍAS NACIONAL sostiene que, no existe transgresión a lo establecido en el numeral 1) del artículo 179 de EL REGLAMENTO, toda vez que, PROVÍAS NACIONAL efectuó su pronunciamiento respecto de la liquidación de EL CONTRATO emitida por EL CONSORCIO, dejando establecido su posición sobre esta en los numerales 2.1 al

2.6 de la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20.

- 4.11. Que, asimismo, PROVÍAS NACIONAL manifiesta que, contrario a lo afirmado por EL CONSORCIO, la elaboración de una nueva liquidación no constituye vicio alguno al procedimiento, toda vez que, dicha liquidación constituyó el medio por el cual PROVÍAS NACIONAL sustenta sus observaciones a la liquidación emitida por EL CONSORCIO.
- 4.12. Que, por tanto, el pronunciamiento efectuado por EL CONSORCIO mediante Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20 no contraviene el procedimiento establecido en la norma, desvirtuándose lo señalado por EL CONSORCIO, con lo cual la mencionada Resolución no adolece de vicios que puedan acarrear su nulidad como pretende EL CONSORCIO.
- 4.13. Que, con respecto a los "hechos relacionados con el consentimiento de la liquidación de EL CONSORCIO producida por la notificación extemporánea realizada por PROVÍAS NACIONAL, PROVÍAS NACIONAL expresa que, EL CONSORCIO considera consentida su liquidación por la supuesta notificación extemporánea realizada por PROVÍAS NACIONAL, amparándose en la hora de recepción del correo electrónico (05:40 p.m.) del día 27 de junio de 2012, fuera del horario de oficina.
- 4.14. Que, PROVÍAS NACIONAL considera que, a fin de determinar si es o no extemporánea la presentación de sus observaciones a la liquidación emitida por EL CONSORCIO, es indispensable recurrir a lo establecido por las partes en el Contrato:

*"CLAUSULAS ESPECIALES DE EL CONTRATO*

*CLAUSULA ESPECIAL TERCERA.-*

*3.1 Para los fines del presente contrato, constituyen formas validas de comunicación las que PROVIAS NACIONAL efectuó a través de los medios electrónicos, como son el fax y/o correo electrónico, para lo cual se utilizaran los números telefónicos y direcciones electrónicas indicados por EL SUPERVISOR en la introducción del presente Contrato.*

*3.2 Para este fin la Cedula de Notificación incluida como Anexo N° 09, con sus antecedentes, transmitida por cualesquiera 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.*

*3.3 Una vez efectuada la transmisión por fax o por correo electrónico, la notificación en*

*el domicilio físico de EL SUPERVISOR 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.*

*3.4 Es responsabilidad de EL SUPERVISOR mantener activos y en funcionamiento el facsímil (fax) y dirección electrónica consignada en la introducción del presente Contrato; asimismo de conformidad con el artículo 40° del Código Civil, el cambio del domicilio físico y para efectos del presente contrato, de fax y de dirección electrónica, solo será oponible a PROVIAS NACIONAL si ha sido puesto en su conocimiento de manera indubitable.”*

- 4.15. Que, PROVÍAS NACIONAL indica que, de EL CONTRATO se desprende que, EL CONSORCIO autorizó el empleo de la notificación electrónica, la notificación se entendió realizada en la fecha cierta y a partir de la cual surtirá efectos legales, los cambios u otras variaciones para efectos de la notificación solo serían oponibles desde su comunicación indubitable.
- 4.16. Que, PROVÍAS NACIONAL niega lo señalado por EL CONSORCIO cuando manifestó en su demanda que las observaciones se realizaron fuera del plazo establecido en la norma, quince (15) días calendario.
- 4.17. Que, mediante Carta N° 012-2012 con fecha 12 de junio de 2012, EL CONSORCIO presentó la Liquidación de EL CONTRATO.
- 4.18. Que, PROVÍAS NACIONAL señala que, de acuerdo al numeral 1) del artículo 179 de EL REGLAMENTO, PROVÍAS NACIONAL tenía un plazo de quince (15) días calendario para emitir pronunciamiento al respecto, el cual vencía el 27 de junio de 2012.
- 4.19. Que, mediante Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20 con fecha 27 de junio de 2012, PROVÍAS NACIONAL se pronunció en la misma fecha, respecto a la liquidación emitida por EL CONSORCIO.
- 4.20. Que, PROVÍAS NACIONAL considera que emitió pronunciamiento oportuno, es decir, dentro del plazo legalmente establecido en la norma.

- 4.21. Que, PROVÍAS NACIONAL expresa que, EL CONSORCIO afirma que la recepción del correo electrónico ha sido extemporánea al haberse efectuado fuera de su horario de oficina. Al respecto, PROVÍAS NACIONAL señala que, el numeral 3.2 de la Cláusula Especial Tercera de EL CONTRATO, no objetada por EL CONOSORCIO, ha establecido que las notificaciones se entenderán válidamente realizadas en la fecha cierta de su comunicación, a partir de la cual surtirán efectos legales. Por esta razón, la observación realizada en cuanto a la hora de su realización no resulta procedente.
- 4.22. Que, PROVÍAS NACIONAL manifiesta que, EL CONSORCIO no le comunico su horario de oficina, razón por la cual, no podía ser oponible en atención a lo dispuesto en el artículo 40º del Código Civil, el cual requiere la comunicación indubitable.
- 4.23. Que, asimismo, PROVÍAS NACIONAL considera que, debe tenerse presente que el correo electrónico varía en la hora de su recepción por factores ajenos como la sobrecarga en la red.
- 4.24. Por tanto, PROVÍAS NACIONAL sostiene que, no es extemporáneo el pronunciamiento efectuado por PROVÍAS NACIONAL, mediante Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20, desvirtuando lo señalado por EL CONSORCIO.
- 4.25. Que, PROVÍAS NACIONAL indica que, EL CONSORCIO no tiene sustentos válidos para solicitar que sea declarada consentida y aprobada la liquidación que elaboró. Por lo que, deberá ser declarada INFUNDADA la pretensión planteada por EL CONSORCIO.
- 4.26. Con referencia a la Pretensión subordinada a la principal, PROVÍAS NACIONAL menciona que, EL CONSORCIO cuestiona la liquidación de PROVÍAS NACIONAL aprobada mediante Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20 con fecha 27 de junio de 2012, bajo los siguientes considerandos:

- No se sustenta ni expone de manera coherente y de acuerdo con las actuaciones administrativas producidas durante la prestación de los servicios, las razones por el cual se obtiene montos de la liquidación que difieren con la liquidación de EL CONSORCIO.
- Nos se desarrollan las causas que justifican la aplicación de las penalidades,

descuentos y retenciones, entendiéndose que, estas se generarían por incumplimiento o deficiencias en la prestación de PROVÍAS NACIONAL.

- 4.27. Que, PROVÍAS NACIONAL considera que, EL CONSORCIO no poseía razones valederas para observar el monto establecido en su liquidación.
- 4.28. Que, PROVÍAS NACIONAL señala que, la liquidación final de EL CONTRATO consiste en un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables a EL CONTRATO, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total y el saldo económico que puede ser a favor o en contra de EL CONSORCIO. En ese sentido, la liquidación es un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá, teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales, el quantum final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar a cargo de las partes de EL CONTRATO.
- 4.29. Que, PROVÍAS NACIONAL expresa que ha sustentado técnicamente su liquidación con los cálculos correspondientes, los cuales forman parte de la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20.
- 4.30. Que, asimismo, EL CONSORCIO tomó conocimiento de los cálculos que sustentan la liquidación de PROVÍAS NACIONAL, adjuntando los mismos a su escrito de demanda (folios 70 al 82).
- 4.31. Que, PROVÍAS NACIONAL cumplió con proporcionar un Resumen General de la Liquidación Final de EL CONTRATO, la cual grafica de manera expresa clara e inobjetable el saldo de la obra.
- 4.32. Que, PROVÍAS NACIONAL considera que, el cuestionamiento realizado por EL CONSORCIO carece de sustento dado que su liquidación ha sido debidamente sustentada, pudiéndose determinar que las diferencias con la liquidación de EL CONSORCIO son las siguientes: 1) Recálculo de las valorizaciones de la primera etapa, 2) Reajustes de las valorizaciones de la primera etapa y 3) Deducción de reajuste que no corresponde por adelanto otorgado.
- 4.33. Que, por otro lado, PROVÍAS NACIONAL señala que, EL CONSORCIO no tiene



sustento para cuestionar la aplicación de penalidades, descuentos y retenciones, toda vez que, la aplicación de las mismas es procedente debido al incumplimiento de las obligaciones contractuales de EL CONSORCIO, según los Términos de Referencia de EL CONTRATO:

*"El Supervisor deberá tener presente que la contratación de la ejecución del Mantenimiento Periódico es bajo la modalidad de precios unitarios, y en ese sentido, un deficiente desempeño suyo en esta Primera Etapa del Servicio, que motive que PROVIAS NACIONAL se vea en la necesidad u obligación de incurrir en mayores gastos en la ejecución del Mantenimiento Periódico, ya sea porque no empleo el personal profesional o técnico idóneo, o porque no actuó con la diligencia debida, o por cualquier otra causa atribuible al Supervisor, hará que estos mayores costos sean a su cargo, descontándose de sus honorarios."*

- 4.34. Que, PROVIAS NACIONAL expresa que, para preparar oportunamente, de acuerdo a los plazos y cumpliendo los requisitos establecidos, los expedientes técnicos que involucren presupuestos adicionales y/o deductivos a que hubiera lugar, para su presentación y trámite de aprobación ante PROVIAS NACIONAL y/o Contraloría General de la República.
- 4.35. Que, previamente a la solicitud de trámite de aprobación de los referidos expedientes técnicos, mediante el resolutivo correspondiente, o en la misma solicitud de trámite, EL CONSORCIO sustentó la necesidad de ejecutar tales trabajos adicionales o su deducción, según corresponda, pues la cláusula décimo segunda del contrato señala:

*"CLAUSULA DECIMO SEGUNDA DEL CONTRATO:*

*12.8 Se aplicara una penalidad del 0.5% del Contrato original, por los siguientes conceptos:*

*12.8.1 Por no controlar eficientemente la ejecución de la obra y/o por no haber adoptado oportunamente las acciones necesarias para un correcto trabajo. (El subrayado y negrita es nuestra)*

*12.9 Por no tramitar oportunamente a PROVIAS NACIONAL los presupuestos adicionales debidamente revisados (los que entre otros deberá contener necesariamente opinión concluyentes de los mismos), que como consecuencia de*

*ello se tenga que ampliar el plazo a EL SUPERVISOR, con reconocimiento de gastos generales, EL SUPERVISOR asumirá el pago del 100% de los gastos generales que le corresponda a EL CONTRATISTA, a la vez que no se le reconocerá pago alguno por el tiempo correspondiente a la ampliación de plazo de su contrato, así como cualquier costo generado como consecuencia de esa causa."*

4.36. Que, PROVÍAS NACIONAL menciona que, a las cláusulas contractuales anteriormente señaladas, son obligaciones contractuales de EL CONSORCIO las siguientes:

- Contar con personal profesional o técnico idóneo para controlar eficientemente la ejecución de la obra.
- Revisar de manera oportuna los expedientes adiciones de obra y los deductivos correspondientes.
- Emitir opinión concluyente respecto a las solicitudes de adicionales o deductivos de obra presentados por el ejecutor de la obra.
- Asumir y efectuara un informe determinando la necesidad de ejecutar trabajos adicionales o su deducción

4.37. Que, PROVÍAS NACIONAL manifiesta que, las penalidades que corresponde aplicar por incumplimiento de las obligaciones contractuales de EL CONSORCIO son asumir el 100% de los mayores gastos que ocasiones, y la penalidad del 0.5% del monto de EL CONTRATO.

4.38. Que, PROVÍAS NACIONAL expresa que calculó por concepto de retenciones o descuentos y penalidades la suma de S/. 2'781,881.26 (Dos Millones Setecientos Ochenta y Un Mil Ochocientos Ochenta y Uno con 26/100 Nuevos Soles). Además, indica que esas penalidades correspondieron a los siguientes incumplimientos de parte de EL CONSORCIO:

#### DESCUENTOS

- Por no advertir, durante la supervisión de la obra, los metrados realmente a ejecutarse por el adicional N° 03 y la consecuente modificación de la ampliación de plazo N° 06, de 50 a 40 días calendarios.

S/. 2'137,734.35 Nuevos Soles

- Por no advertir los gastos generales en demasía otorgados a EL CONTRATISTA

en la aprobación del adicional de obra N° 03.

S/. 423,495.00 Nuevos Soles

- Reducción del servicio del supervisor por el tiempo de 10 d.c., correspondiente a la ampliación de plazo en demasía otorgada a EL CONTRATISTA.

S/. 76,802.27 Nuevos Soles

- Por no advertir el cambio de especialista de EL CONTRATISTA, sin contar con la autorización de PROVÍAS NACIONAL, lo que origino la aplicación de la penalidad a EL CONSORCIO.

S/. 105,600.00 Nuevos Soles

- Total de descuentos:

S/. 2'743,631.62 Nuevos Soles

#### PENALIDADES

- Por no advertir en la primera presentación de la liquidación de la obra, sobre la reducción de la ampliación de plazo N° 06, y consecuentemente, de la multa por atraso de obra.

S/. 12,749.88 Nuevos Soles

- Por no advertir a PROVÍAS NACIONAL, antes que termine LA OBRA, que se produjo una reducción del plazo en la ampliación de plazo N° 06 otorgada a EL CONTRATISTA.

S/. 12,749.88 Nuevos Soles

- Por no advertir a PROVÍAS NACIONAL, antes que termine LA OBRA, sobre el cambio del especialista de medio ambiente efectuado por EL CONTRATISTA.

S/. 12,749.88 Nuevos Soles

- Total penalidades:

S/. 38,249.64 Nuevos Soles

4.39. Asimismo, PROVÍAS NACIONAL precisa que los incumplimientos contractuales de EL CONSORCIO se sustentan en la siguiente secuencia de eventos:

- Que, mediante Carta N° 084-2010-CVH con fecha 24 de julio de 2010, EL CONSORCIO manifestó su conformidad con el adicional de obra N° 03 y deductivo vinculante N° 02, señalando lo siguiente: *"indicando que esta*

*Supervisión...encuentra el Expediente conforme y se eleva para una decisión del área técnica y Legal de Provías Nacional, se anexa el informe de nuestro Especialista en Metrados, Costos y Valorizaciones”.*

- Que, mediante Informe N° 055-2012-MTC/20.7.1.JND con fecha 22 de junio de 2012, PROVÍAS NACIONAL manifestó lo siguiente: *“al haber presentado un Presupuesto Adicional que no estaba debidamente revisado y que, como consecuencia de ello, se tuvo que ampliar el plazo del Contratista, debiendo asumir el pago del 100% de los gastos generales (de haber) y de la multa por atraso y penalidades que le correspondieron al Contratista y no reconociéndole pago alguno por el tiempo correspondiente a la Ampliación de Plazo de su Contrato...”*
- Que, mediante Aclaraciones a la Ejecución del Contrato de Obra con fecha 22 de agosto de 2011, EL CONSORCIO reconoció las deficiencias de su prestación al señalar lo siguiente: *“Considerando los metrados reales (finales) del Adicional de Obra N° 3, según el Diagrama Gantt (que se adjunta) solo se requieren de 40 días calendario, para su ejecución...”; “Dado que los Gastos Generales Variables del Adicional de Obra N° 03, ascendentes a la suma de S/. 498,343.28, han sido calculados por 60 días calendario, y que solamente se han requerido de 40 días calendario...deberá recalcularse los gastos generales...”; “Dado que la Ampliación de Plazo N° 06, se otorgo al Contratista cincuenta (50) días calendario, de los cuales solamente se utilizo cuarenta...se tiene un atraso de 10 días calendario en la entrega de la obra”; y “a través de informes mensuales durante todo el proceso de ejecución de obra, durante los 12 meses, se considera a Max Calderón como especialista de Medio Ambiente, sin contar con la autorización de la Entidad”.*

4.40. Que, en ese sentido, PROVÍAS NACIONAL considera que EL CONSORCIO cumplió de manera deficiente sus obligaciones, las cuales han generado mayores gastos para la ejecución de LA OBRA, toda vez que, EL CONTRATISTA fue beneficiado con una ampliación de plazo mayor al que correspondía por los metrados reales del adicional de obra N° 03 y la inaplicación de la multa por retraso de obra.

4.41. Asimismo, PROVÍAS NACIONAL sostiene que, EL CONSORCIO no cumplió con efectuar un adecuado control de LA OBRA, por lo cual, no advirtió de manera oportuna

el cambio del especialista de ambiente.

4.42. Con referencia a los “hechos relacionados con la liquidación elaborada por la entidad en el extremo de aplicación de penalidades, descuentos y retenciones”, PROVÍAS NACIONAL manifiesta que, EL CONSORCIO pretendió justificar su accionar bajo los siguientes argumentos:

- Que, la variación de metrados obedeció al propio proceso constructivo.
- Que, PROVÍAS NACIONAL ordenó variar la liquidación de EL CONTRATO elaborada por EL CONSORCIO, lo cual lo atacaron.
- Que, los gastos generales en demasía otorgados a EL CONSORCIO fueron corregidos con las valorizaciones pagadas, otorgándole únicamente los mayores gastos generales por los cincuenta (50) días calendario.
- Que, no procede descontar los mayores gastos generales por los 10 días calendario correspondientes a la ampliación en exceso aprobada.
- Que, EL CONSORCIO no cuestionó al especialista de medio ambiente dado que PROVÍAS NACIONAL no manifestó pronunciamiento al respecto, sobre el cual recién se manifestarían el 11 de agosto de 2011, preguntando si se habría solicitado el cambio de profesional.
- Que, no corresponde aplicar penalidades pues no existen demoras en LA OBRA al haberse ejecutado dentro del plazo ampliado.

4.41. Que, con respecto al primer argumento señalado por el CONSORCIO e identificado por PROVÍAS NACIONAL, es decir, que la variación de metrados obedeció al propio proceso constructivo, PROVÍAS NACIONAL señala que:

- Que, el artículo 196 del Código Procesal Civil dispone que *“la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión”*. Sin embargo, EL CONSORCIO no sustentó su afirmación por la cual los metrados habrían variado en más de 50%, demostrando con ello que está tratando de eludir su responsabilidad de no haber verificado los metrados a ejecutarse.
- Que, sería hecho cierto el sobredimensionamiento de los metrados presentados por EL CONTRATISTA, quien habría realizado tal accionar para evitar la penalidad por atraso en LA OBRA.
- Que este hecho ha sido realizado con la anuencia de EL CONSORCIO, quien debió



cumplir con efectuar la verificación de los metrados al ser quien es el representante directo de PROVÍAS NACIONAL en LA OBRA.

- 4.42. Que, por lo expuesto en el punto 4.41., PROVÍAS NACIONAL rechaza la justificación planteada por EL CONSORCIO al incumplimiento de sus obligaciones contractuales.
- 4.43. Que, con referencia al segundo argumento, es decir, que PROVÍAS NACIONAL ordenó variar la liquidación de EL CONTRATO elaborada por EL CONSORCIO, PROVÍAS NACIONAL indica lo siguiente:
- Que, EL CONSORCIO pretendió desconocer sus propios actos manifestando que las modificaciones planteadas a la liquidación no han contado con su aprobación y, si bien, modificó su liquidación es por órdenes de PROVÍAS NACIONAL realizado mediante Carta N° 005-2011-MTC/20.7.
  - Que, EL CONSORCIO faltó a la verdad, pues el mencionado documento no contiene órdenes conforme se desprende del tenor literal del mismo, sino que, son observaciones y precisiones a la misma para su absolución.
  - Que, la intención de EL CONSORCIO fue ir contra sus propios actos, lo cuales pretende desconocer en el presente proceso arbitral.
- 4.44. Que, a partir de los motivos expuestos en el punto 4.43., PROVÍAS NACIONAL rechaza la justificación planteada por EL CONSORCIO al incumplimiento de sus obligaciones contractuales.
- 4.45. Que, con respecto al tercer argumento, que los gastos generales en demasía otorgados a EL CONSORCIO fueron corregidos con las valorizaciones pagadas, otorgándole únicamente los mayores gastos generales por los cincuenta (50) días calendario, PROVÍAS NACIONAL manifiesta lo siguiente:
- Que, EL CONSORCIO manifestó que su error de consignar mayores gastos generales por 60 días calendario para el adicional de obra N° 03 habría sido corregido.
  - Que, dicha afirmación carece de veracidad, pues EL CONTRATISTA EXIGIÓ el pago del 100% de los mayores gastos generales aprobados en el presupuesto adicional de obra N° 03 los cuales ascienden a S/. 498, 343.28 inc. IGV.
  - Que, la penalidad aplicada por este concepto corresponde no a una intencionalidad,

como lo define EL CONSORCIO, sino a la falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo cual le implicó reconocer mayores gastos generales en exceso.

- 4.46. Que, PROVÍAS NACIONAL considera que a partir de los motivos expuestos en el punto 4.45., rechaza la justificación planteada por EL CONSORCIO al incumplimiento de sus obligaciones contractuales.
- 4.47. Que, con referencia al cuarto argumento, que no procede descontar los mayores gastos generales por los 10 días calendario correspondientes a la ampliación en exceso aprobada, PROVÍAS NACIONAL expresa lo siguiente:
- Que, EL CONSORCIO pretendió que se le reconociera el 100% de sus gastos generales aduciendo que esta deducción es abusiva y arbitraria.
  - Que, PROVÍAS NACIONAL niega tales afirmaciones, pues conforme lo dispuesto en el numeral 12.9 de las Disposiciones Complementarias de EL CONTRATO, no se le reconocerá pago alguno por el tiempo correspondiente a la ampliación originada por negligencia de EL CONSORCIO.
  - Asimismo, el término de LA OBRA se realizó el 22 de febrero de 2011, tal como consta en el Asiento N° 517 del Cuaderno de Obra, en el cual EL CONSORCIO comunicó el término de las obras, anotación que ha realizado libremente. Por ello, PROVÍAS NACIONAL niega que obligó a EL CONSORCIO a suscribir la referida anotación, siendo que dichas acusaciones no habrían sido acreditadas. Además, PROVÍAS NACIONAL considera que fue una ligereza afirmar que se obligó al Jefe de Supervisión realizar tal anotación, más aún tomando en cuenta que dicho profesional falleció en Agosto de 2012.
- 4.48. Que, PROVÍAS NACIONAL considera que a partir de los motivos expuestos en el punto 4.47., rechaza la justificación planteada por EL CONSORCIO al incumplimiento de sus obligaciones contractuales.
- 4.49. Que, con respecto al quinto argumento, es decir que, EL CONSORCIO no cuestionó al especialista de medio ambiente dado que PROVÍAS NACIONAL no manifestó pronunciamiento al respecto, sobre el cual recién se manifestarían el 11 de agosto de 2011, preguntando si se habría solicitado el cambio de profesional, PROVÍAS

NACIONAL indica lo siguiente:

- Que, EL CONSORCIO prestó servicios de manera directa y debió supervisar los hechos acontecidos en LA OBRA, contando para ellos con personal técnico especializado y apto para realizar de manera eficiente su función.
- Que, EL CONSORCIO no cumplió con efectuar de manera diligente sus obligaciones, pretendiendo trasladar su responsabilidad a PROVÍAS NACIONAL.
- Que, la falta de diligencia en sus prestaciones lo reconoció en la audiencia de fecha 19 de julio 2012, del proceso seguido entre PROVIAS NACIONAL y CONSORCIO PERU, al haber respondido la pregunta 10 de la siguiente manera:  
*“Durante la ejecución de los trabajos lo que cuenta es el resultado, lo cual no significa que la supervisión no verifique la participación de los especialistas; a veces hay especialistas que se asisten con otros profesionales para su trabajo y en este caso en Medio Ambiente no percibimos ningún problema con el contratista, tampoco solicito ningún cambio. La orden para hacer la reducción del especialista también vino por la entidad después de que nosotros presentamos en la liquidación”.*
- Que, EL CONSORCIO no cumplió con verificar el cumplimiento de las exigencias mínimas a EL CONTRATISTA, lo cual deja de manifiesto su cumplimiento deficiente.

4.50. Que, por los motivos expuestos en el punto 4.49., PROVÍAS NACIONAL rechaza la justificación planteada por EL CONSORCIO al incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

4.51. Que, con referencia al sexto argumento, que no corresponde aplicar penalidades pues no existen demoras en LA OBRA al haberse ejecutado dentro del plazo ampliado, PROVÍAS NACIONAL sostiene lo siguiente:

- Que, las penalidades respondieron al cumplimiento deficiente de EL CONSORCIO, el cual permitió que EL CONTRATISTA se haya visto beneficiado en perjuicio del tesoro público.
- Que, las penalidades tienen sustrato legal al estar contempladas en EL CONTRATO suscrito por las partes.

4.52. Que, a partir de los motivos expuestos en el punto 4.51., PROVÍAS NACIONAL rechaza la justificación planteada por EL CONSORCIO respecto al incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

- 4.53. Que, PROVÍAS NACIONAL, considera que EL CONSORCIO no tiene sustentos válidos para solicitar la declaratoria de validez y eficacia de la liquidación elaborada por EL CONSORCIO. Por tanto, manifiesta que, deberá ser declarada INFUNDADA la pretensión planteada por EL CONSORCIO.
- 4.54. Que, con referencia a la pretensión subordinada de la demanda, PROVÍAS NACIONAL señala que, las pretensiones accesorias siguen la suerte de la pretensión principal, en virtud del aforismo jurídico *"lo accesorio sigue la suerte de la principal"*.
- 4.55. Que PROVÍAS NACIONAL señala que, al demostrarse de acuerdo a lo señalado en su escrito de contestación a la demanda, que la primera y segunda pretensión referida a la liquidación carece de sustentos legales válidos por los cuales deben ser declaradas INFUNDADAS, en consecuencia, la pretensión accesorias también debería ser desestimada.
- 4.56. Finalmente, PROVÍAS NACIONAL indica que:
- Con respecto a la primera pretensión principal de la demanda, PROVÍAS NACIONAL considera que no corresponde declarar consentida y aprobada la liquidación elaborada por EL CONSORCIO presentada con Carta N° 012-2012/CVH/L, y en consecuencia, no corresponde reconocer el pago del saldo a EL CONSORCIO, toda vez que, no se ha contravenido procedimiento de liquidación establecido en el numeral 1) del artículo 179 de EL REGLAMENTO al haberse presentado las observaciones a la liquidación de manera oportuna y sin contravenir norma alguna.
  - Con respecto a la primera pretensión subordinada de la pretensión principal de la demanda, PROVÍAS NACIONAL considera que no puede declararse válida y eficaz la liquidación elaborada por EL CONSORCIO, toda vez que, la misma fue observada acorde al procedimiento establecido.
  - Con respecto a la primera pretensión accesorias de la pretensión principal de la demanda, PROVÍAS NACIONAL considera que no corresponde reformular la liquidación acorde a las pretensiones del escrito de demanda dado que estas carecen de sustento legal válido.

**V. De la Reconvención presentada por PROVÍAS NACIONAL:**

- 5.1. Con fecha 21 de noviembre del 2012, PROVÍAS NACIONAL formula reconvención en el mismo escrito en el que presentó su contestación a la demanda, con los siguientes argumentos:

**FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO**

- 5.2. PROVÍAS NACIONAL formuló las siguientes pretensiones en su escrito de Reconvención:

- Como primera pretensión reconvendida solicitó que el Tribunal Arbitral tenga por válida y eficaz, para todos los efectos legales, las observaciones efectuadas a la Liquidación de EL CONTRATO y la Liquidación comunicada por PROVÍAS NACIONAL mediante Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20, del 27.06.2012, por ser conforme a Ley y Derecho.
- Como segunda pretensión reconvendida solicitó que el Tribunal Arbitral apruebe la Liquidación Final de Obra de EL CONTRATO, con un saldo a favor de PROVÍAS NACIONAL de S/. 2'586,975.63, incluido IGV, más los intereses legales generados hasta la fecha de su cancelación. En el supuesto caso que no sea aprobado el saldo de la liquidación solicitada, que el Tribunal Arbitral determine el monto correspondiente a la Liquidación Final de EL CONTRATO.
- Como tercera pretensión reconvendida solicitó que el Tribunal Arbitral ordene a EL CONSORCIO, reconocer y pagar como indemnización los daños y perjuicios generados a PROVÍAS NACIONAL por su deficiente cumplimiento de las obligaciones contractuales, cuyo monto será calculado después de la emisión del Laudo.
- Como cuarta pretensión reconvendida solicitó que el Tribunal Arbitral condene a EL CONSORCIO al pago de costos y costas que se deriven del presente proceso arbitral.
- Como quinta pretensión reconvendida solicitó que en el supuesto caso que el Tribunal Arbitral determine que no corresponde reconocer las penalidades y



retenciones o descuentos en la liquidación de PROVÍAS NACIONAL, se reconozcan las penalidades y retenciones o descuentos señalados en la liquidación de PROVÍAS NACIONAL.

- 5.53. Con respecto a la primera pretensión reconvenida, PROVÍAS NACIONAL indica que, conforme lo había acreditado al contestar la primera pretensión de EL CONSORCIO, sus observaciones fueron presentadas dentro del plazo establecido en la norma. Toda vez que, el pronunciamiento fue realizado de conformidad con los artículos 179 de EL REGLAMENTO.
- 5.54. Que, PROVÍAS NACIONAL señala que su liquidación es eficaz por haber sido debidamente notificado en la dirección electrónica señalada por EL CONSORCIO, el cual ha reconocido la recepción de la misma.
- 5.55. Por lo tanto, PROVÍAS NACIONAL solicitó al Tribunal Arbitral tener por válida y eficaz sus observaciones a la Liquidación de EL CONTRATO, las cuales fueron comunicadas a EL CONSORCIO mediante Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20, del 27 de junio de 2012.
- 5.56. Con respecto a la segunda pretensión reconvenida, PROVÍAS NACIONAL manifiesta que, solicitó al Tribunal Arbitral apruebe la Liquidación Final de Obra presentada por la PROVÍAS NACIONAL mediante Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20, del 27 de junio de 2012.
- 5.57. Asimismo, PROVÍAS NACIONAL solicita el reconocimiento y pago del saldo a pagar a PROVÍAS NACIONAL con sus correspondientes intereses legales irrogados desde la fecha de su aprobación al efectivo pago.
- 5.58. Que, PROVÍAS NACIONAL precisa que, de manera subordinada a la referida pretensión, solicitó al Tribunal Arbitral que determine el monto de la liquidación y el saldo a pagar a PROVÍAS NACIONAL.
- 5.59. Con respecto a la tercera pretensión reconvenida, PROVÍAS NACIONAL expresa que EL CONSORCIO no cumplió con efectuar sus prestaciones de manera diligente, permitió que se aprueben adicionales de obra con metrados sobredimensionados, mayores gastos generales superiores al plazo ampliado, y no verificó los especialistas que se encuentran en LA OBRA.

- 5.60. Que, PROVÍAS NACIONAL sostiene que el accionar de EL CONSORCIO, ha generado que PROVÍAS NACIONAL se vea envuelta en un proceso arbitral con EL CONTRATISTA, el cual tiene visos de salir contrario a su interés, en virtud, de la tardía comunicación que impide modificar el plazo ampliado fuera del plazo de ejecución de LA OBRA.
- 5.61. Que, PROVÍAS NACIONAL identificó como elementos de la indemnización de daños y perjuicios reclamados, los siguientes:
- Antijuricidad.- El incumplimiento de EL CONSORCIO.
  - Daño Causado.- Costos de proceso arbitral e intereses por la demora en el pago de la liquidación de EL CONTRATO.
  - Relación de Causalidad.- El incumplimiento de sus prestaciones ha generado la aprobación de adicionales con mayores gastos generales, ampliaciones de plazo excesivas para los metrados reales, la imposibilidad de aplicar multas por demora en la recepción de LA OBRA y la no comunicación del cambio de especialista con la consecuente imposibilidad de aplicar las sanciones correspondientes.
  - Factor de atribución.- El negligente accionar de EL CONSORCIO.
- 5.62. Por lo tanto, PROVÍAS NACIONAL solicita el reconocimiento y pago de la indemnización de daños y perjuicios.
- 5.63. Con respecto a la cuarta pretensión reconvenida, PROVÍAS NACIONAL menciona que, la controversia se generó innecesariamente por EL CONSORCIO, quien observó la liquidación de PROVÍAS NACIONAL haciendo incurrir en gastos arbitrales, que consideran deben ser asumidos íntegramente por EL CONSORCIO, por lo que solicita se ordene a este asumir el pago íntegro de las costas y costos del presente proceso arbitral.
- 5.65. Como quinta pretensión reconvenida, PROVÍAS NACIONAL señala que, las penalidades, retenciones o descuentos pueden ser solicitados al no haberse concluido aun EL CONTRATO, pues no se ha dado el consentimiento y pago del mismo por lo que solicita que se reconozcan dichos montos los cuales fueron sustentados en su escrito de contestación de demanda.

## VI. De la Contestación a la Reconvención efectuada por EL CONSORCIO:

Con fecha 03 de enero de 2013, EL CONSORCIO contesta reconvención formulada por PROVÍAS NACIONAL, con los siguientes argumentos:

### FUNDAMENTOS DE HECHO

- 6.1. Con respecto a la primera pretensión reconvénida, EL CONSORCIO señala que, debe ser de plano declarado INFUNDADO, al amparo del Num. 1 del artículo 179° de EL REGLAMENTO concordante con lo dispuesto por el artículo 10° de la LPAG.
- 6.2. Que, EL CONSORCIO indica que, PROVÍAS NACIONAL al plantear ese punto controvertido, pretende deslizar el supuesto de la existencia de controversias en el procedimiento, tratando de soslayar la materialización del hecho del consentimiento de liquidación de EL CONSORCIO por su propio vicio en el debido procedimiento administrativo.
- 6.3. Asimismo, EL CONSORCIO expresa que PROVÍAS NACIONAL incurrió en deficiencia y vicio procesal en la circunstancia que, vía la reconvención ni en pretensión subordinada no solicita que se declare inválida e ineficaz la liquidación de EL CONSORCIO.
- 6.4. Que, EL CONSORCIO manifiesta que, la liquidación de EL CONTRATO, se encuentra reglado con sus requisitos y formalidades esenciales por el artículo 179° de EL REGLAMENTO, de modo que, para que una liquidación adquiera validez y eficacia, la parte interesada debió cumplir con el procedimiento predeterminado en la norma citada.
- 6.5. Que, EL CONSORCIO considera temerario que PROVÍAS NACIONAL, frente a la inobservancia del procedimiento previsto, vía su pretensión, solicite que lo sustituya y declare la validez y eficacia de la liquidación de EL CONTRATO, tratando de soslayar el hecho que: solo las partes desarrollan el procedimiento y no el tribunal arbitral, esto es que el procedimiento pertenece a las partes.
- 6.6. Que, EL CONOSORCIO señala que, PROVÍAS NACIONAL pretendió introducir un procedimiento ajeno a la norma prevista por EL REGLAMENTO; en efecto, resulta un

contrasentido y una incongruencia procesal que de un lado solicite la validez y eficacia de sus observaciones a la liquidación de EL CONSORCIO y, de otro lado, solicite la validez y eficacia de la liquidación de PROVÍAS NACIONAL, siendo estos hechos excluyentes e incompatibles con el procedimiento del artículo 179° de EL REGLAMENTO, pues, una cosa es observar o pronunciarse en relación a una liquidación y otra es la validez de una liquidación; siendo que esto último ocurre en el supuesto previsto del Num. 2 del citado artículo y solo cuando PROVÍAS NACIONAL elaboró la liquidación por incumplimiento de EL CONSORCIO.

- 6.7. Que, EL CONSORCIO indica que, la pretensión reconvenida trasgrede y contraviene el procedimiento previsto por la precitada normativa.
- 6.8. Asimismo, EL CONSORCIO explica que resulta inviable que pueda declararse la validez y eficacia de un acto jurídico de naturaleza administrativa contra el desarrollo de sus actuaciones realizadas observando el debido procedimiento administrativo a que se refiere el Num. 1 del artículo 179° de EL REGLAMENTO, considerando el siguiente procedimiento:
- i) EL CONSORCIO fue quien presentó la liquidación de EL CONTRATO con Carta N° 012-2012 de fecha 12 de junio 2012, recibido por PROVÍAS NACIONAL en la misma fecha.
  - ii) En el contexto normativo del referido numeral 1, de acuerdo con su primer párrafo a PROVÍAS NACIONAL le correspondía pronunciarse con respecto a la liquidación presentada y notificar su pronunciamiento; sin embargo, PROVÍAS NACIONAL no se pronunció con respecto a la liquidación de EL CONSORCIO sino que, contraviniendo la norma elaboró otra liquidación y lo notificó, acto con el cual, VICIÓ el debido procedimiento administrativo previsto en el Artículo 179° de EL REGLAMENTO.
  - iii) La trasgresión incurrida por PROVÍAS NACIONAL, se acredita con el segundo párrafo del mencionado numeral 1, el mismo que establece que, una vez notificada PROVÍAS NACIONAL con la Liquidación de EL CONSORCIO, el pronunciamiento a que se encuentra obligada, no es la de elaborar su liquidación para contraponerla a

la liquidación de EL CONSORCIO, sino la de formular observaciones, en dicho sentido que la norma textualmente, lo ha previsto considerando que:

*"Si la Entidad observa la liquidación presentada por el contratista, éste deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento en el plazo de cinco (05) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por la Entidad."*

- iii) Como se aprecia de de la transcripción del segundo párrafo, PROVÍAS NACIONAL indica que la norma cuando se refiere al hecho del pronunciamiento que debe hacer PROVÍAS NACIONAL, está referido al acto de formular observaciones a la liquidación de EL CONSORCIO y no al acto de elaborar otra liquidación y notificar a EL CONSORCI

6.9. Que, EL CONSORCIO considera que la pretensión de PROVÍAS NACIONAL, también resultó procesalmente inviable, por el hecho del consentimiento de la liquidación de EL CONSORCIO producida por la notificación extemporánea realizada a este.

6.10. Que, EL CONSORCIO manifiesta que, para los efectos del debido procedimiento administrativo establecido en el numeral 1 del Artículo 179° de EL REGLAMENTO, la notificación de la liquidación de PROVÍAS NACIONAL se realizó mediante correo electrónico en forma extemporánea, puesto que se recibió a las 05.40 p.m., fuera del horario de oficina, el día 27 de junio de 2012, hecho que determinó que PROVÍAS NACIONAL incurrió en evidente vicio en el procedimiento de liquidación y que en aplicación de los incisos 1, 2 y 3 del Artículo 10° de la LPAG, determina la invalidez e ineficacia de la liquidación aprobada por la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20 de fecha 27 de junio de 2012, hecho que produjo el consentimiento de la liquidación de EL CONSORCIO, por las siguientes consideraciones:

- Que, EL CONSORCIO señala que su liquidación quedó materialmente consentida por vicios que incurrió PROVÍAS NACIONAL en el acto de notificación, vicio referido a la notificación realizada fuera de los 15 días calendario siguientes de recibida la liquidación, contraviniendo el debido procedimiento administrativo de la liquidación de EL CONTRATO, previsto por el artículo 179° de EL REGLAMENTO, el mismo que



contempla como requisito esencial el acto propio de la notificación realizado durante el procedimiento.

- Que, EL CONSORCIO indica que, según el artículo 179 de EL REGLAMENTO la obligación de notificar y el acto de notificación resultó transversal para todo el procedimiento desde que constituye garantía y principio del debido procedimiento administrativo y, de ella, se desprende verificar el hecho del consentimiento de la liquidación.
- Que, EL CONSORCIO expresa que es cierto que la Cláusula Especial Tercera de EL CONTRATO estableció como válida las comunicaciones mediante correo electrónico y reservó ésta facultad para que PROVÍAS NACIONAL pueda realizar las notificaciones a la dirección electrónica consignado en EL CONTRATO, el acto de notificación para que pueda surtir efectos legales se encuentra sujeta al cumplimiento del plazo previsto por el primer párrafo del numeral 1 del Artículo 179º de EL REGLAMENTO, esto es que debió producirse en el plazo fijado, el mismo que se encuentra determinado en la fecha cierta en que ésta es remitida; por tanto, el ejercicio de ésta facultad no es ilimitada ni arbitraria sino sujeto a éste requisito esencial previsto en el numeral 3.2 de la mencionada cláusula contractual, que dice lo siguiente:

*“3.2 Para este fin la Cédula de Notificación incluida como Anexo N° 09, con sus antecedentes, transmitida por cualesquiera de los medios electrónicos señalados precedentemente deberá consignar obligatoriamente la fecha cierta en que ésta es remitida; oportunidad a partir de la cual surtirá efectos legales.”*

- Que, EL CONSORCIO considera que se encuentra fehacientemente acreditado con el reporte del correo electrónico consignado como dirección electrónica de EL CONSORCIO en el exordio de EL CONTRATO: [oist@oistsa.com](mailto:oist@oistsa.com), asignado a SU Secretaria de Gerencia, Sra. Isabel Cárdenas Frías, que el correo electrónico enviado por el Sr. Edgar García Nieto se produce a las 05:40 p.m. del día 27 de junio de 2012, esto es en fecha extemporánea, fuera del horario de trabajo de EL CONSORCIO y fuera del horario de trabajo de PROVÍAS NACIONAL.
- Que, EL CONSORCIO sostiene que, en relación al horario de atención al público usuario y como es de público conocimiento en la página Web y en el aviso pegado que aparece en la Oficina de Trámite Documentario, el horario de atención de PROVÍAS NACIONAL es de Lunes a Viernes de 08:30 a.m. a 05:00 p.m. Y el horario de atención de EL CONSORCIO es de Lunes a Viernes desde las 8:30 am hasta las 05:00 p.m.

- Que, EL CONSORCIO señala que, al hacer el cómputo del plazo previsto para que PROVÍAS NACIONAL se pronuncie dentro de los 15 días calendario, este venció a las 01:44 p.m. del 27 de junio del 2012. Además, precisa que tomó en cuenta para el cómputo que su liquidación fue presentada a las 01:44 p.m. del día 12 de junio del 2012 y la notificación se produjo a las 05:40 p.m.
- Que, EL CONSORCIO indica que, aún en la hipótesis negada que el cómputo del plazo para efectuar la notificación no venció a la hora en que fue presentada la Liquidación en la Oficina de Trámite Documentario (01:44 p.m. del día 27 de junio del 2012), ese plazo venció a las 05:00 p.m. dentro del horario de atención de PROVÍAS NACIONAL y fuera del horario de trabajo de EL CONSORCIO, en la situación que el correo enviado por el Sr. Edgar García Nieto se produjo a las 05:40 p.m. del día 27 de junio de 2012.
- Que, EL CONSORCIO manifiesta que, amparo su posición en el Artículo 138.- Régimen de las Horas Hábiles de la LPAG, que establece en sus incisos 1, 2 y 3, que las horas hábiles corresponden al horario fijado para su funcionamiento sin que pueda ser menor a ocho horas diarias consecutivas, asimismo, este horario de atención es establecido para favorecer el cumplimiento de las obligaciones y actuaciones administrativas y que éste horario es continuado para brindar todos los asuntos de su competencia y sin que pueda ser fraccionado.
- Asimismo, EL CONSORCIO señala que dejó constancia que, al margen de su aplicación administrativa y, atendiendo al hecho que la liquidación de EL CONTRATO tiene naturaleza administrativa, la aplicación del citado artículo 138º, debió darse dentro del contexto de la equidad de las partes en la relación obligacional de EL CONTRATO y no de manera arbitraria ni en ventaja alguna para PROVÍAS NACIONAL, en el sentido que los plazos rigieron en forma general y para ambas partes en aplicación del principio de equidad.
- Que, EL CONSORCIO menciona que, la notificación en cualquiera de sus modalidades previstas en el Artículo 20º de la LPAG, no se realizó de manera irregular o arbitraria, sino dentro de un acto debido para que surta sus efectos legales, en ese sentido el numeral 18.1 del Artículo 18º.- Obligación de Notificar, establece que la notificación del acto será practicada de oficio y su debido diligenciamiento será responsabilidad de la Entidad que lo dictó; igualmente importante, citó el numeral 16.1 del Artículo 16º.- Eficacia del Acto Administrativo, que señala que, el acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, por lo que EL CONSORCIO considera que, si el acto no se encontró revestido de la formalidad del

tiempo, plazo u horarios determinados, el acto tuvo que devenir en inválido e ineficaz, justamente este requisito fue el que le otorgó el valor de fecha cierta a la notificación en el ámbito administrativo, siendo sus requisitos esenciales la observancia de la fecha y la hora hábil para que ésta sea válida.

- 6.11. Que, EL CONSORCIO sostiene que, la primera pretensión reconvenida deberá ser de plano declarado infundado, al amparo del numeral 1 del artículo 179° de EL REGLAMENTO.
- 6.12. Que, con referencia a la segunda pretensión reconvenida, EL CONSORCIO considera que debe ser declarado infundado, al amparo del artículo 10° de la LPAG, esto es por la inobservancia de los requisitos técnicos y legales, así como, los vicios de naturaleza jurídica en el procedimiento de la liquidación elaborada por PROVÍAS NACIONAL; en razón de los siguientes fundamentos:
- Que, EL CONSORCIO señala que el hecho de absolver la siguiente pretensión, ello de modo alguno menoscabó la situación de consentida en que se encuentra la liquidación de PROVÍAS NACIONAL.
  - Que, EL CONSORCIO indica que, en referencia a la situación de la liquidación, la inobservancia de los requisitos técnicos y legales, así como, los vicios de naturaleza jurídica en el procedimiento de la liquidación elaborada por PROVÍAS NACIONAL, se traduce en el hecho que PROVÍAS NACIONAL al elaborar su liquidación no tomó en cuenta el hecho jurídico que la Resolución Directoral N° 786-2010-MTC/20 expedida con fecha 10 de agosto de 2010, que aprobó la ampliación de Plazo N° 3 por 01 día y la Resolución Directoral N° 886-2010-MTC/20 expedida con fecha 03 de setiembre de 2010, que aprobó la ampliación de plazo N° 6 por 50 días calendario, se encontraban materialmente consentidas y habían causado estado, por lo tanto no podían ser modificadas vía su aplicación o inaplicación, mucho menos de manera indirecta dentro de un procedimiento administrativo de liquidación que fue ajeno al procedimiento de ampliación de plazo;.
  - Asimismo, EL CONSORCIO menciona que no fue factible que la validez o invalidez de un acto jurídico obedeciera a la voluntad de acatar o cumplir lo resuelto, sino que esa ineficacia o invalidez procede únicamente en el modo y

procedimiento previsto en la Ley, esto es vía la expedición de otra resolución administrativa evacuada por el Superior Jerárquico declarando la nulidad de oficio, es decir, que mientras una resolución administrativa no sea modificada deben cumplirse bajo sus mismos términos en respeto del principio de legalidad y seguridad jurídica.

- Que, EL CONSORCIO manifiesta que lo anterior no se produjo, a pesar que transcurrió más de un año desde su fecha de expedición de acuerdo con el artículo 202.2 de la LPAG ha prescrito largamente y, de otro modo, tampoco podría demandar su nulidad ante el Poder Judicial en razón a que ha prescrito esta facultad reservada para PROVÍAS NACIONAL a tenor del Artículo 202.4 de la LPAG.
- Que, EL CONSORCIO solicita que, a fin de que repare en el hecho irregular y del vicio en incurrido en el procedimiento respecto de que la liquidación elaborada por PROVÍAS NACIONAL, el mismo fue elaborado alterando las resoluciones administrativas consentidas y no aplicó en su liquidación lo resuelto y otorgado por estas esas resoluciones legalmente válidas, incurrió en la arbitrariedad de modificar sus propios actos administrativos e incumplió sus propias decisiones.

- 6.13. Que, mediante Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20, PROVÍAS NACIONAL aprobó su liquidación, siendo que EL CONSORCIO señala que, en ninguno de sus considerandos, PROVÍAS NACIONAL sustentó ni expuso de manera coherente y de acuerdo con las actuaciones administrativas producidas durante la prestación de los servicios, las razones por el cual se obtuvieron montos de la liquidación que difieren con la liquidación de EL CONSORCIO, asimismo, tampoco se desarrollaron las causas que justifican la aplicación de las penalidades, descuentos y retenciones, entendiendo que, éstas, generaron el incumplimiento o deficiencias en la prestación de EL CONSORCIO.
- 6.14. Que, EL CONSORCIO manifiesta que, dentro de la citada Resolución Administrativa, su décimo primer considerando citó y transcribió las opiniones del Informe N° 055-2012-MTC/20.7.1.JND de fecha 22 de junio de 2012, efectuado por el Especialista en Conservación Vial y con la conformidad del Jefe de Conservación Vial de la Unidad Gerencial de Conservación formalizado con el Memorándum N° 1608-2012-MTC/20.7 de fecha 25 de junio de 2012, determinando en los numerales 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5 y 2.6 del Ítem 2.0 ANALISIS solamente aspectos de índole económicos, sin realizar el



análisis correspondiente al sustento técnico y legal que se vincule necesariamente con la supuesta y pretendida aplicación de retenciones, descuentos y penalidades por la suma de S/. 2'781,881.26 nuevos soles que determina el saldo en contra de EL CONSORCIO por la suma de S/. 2'586,975.63 Nuevos Soles, incluido IGV.

- 6.15. Que, EL CONSORCIO indica que, en el numeral 2.1 citó el resultado de la liquidación presentada por EL CONSORCIO con el saldo a su favor por S/. 255,396.65 Nuevos Soles, incluido IGV, en el numeral 2.2 se señaló que luego de la revisión de los montos globales por los Gastos Generales del Recálculo de las Valorizaciones de EL CONTRATO y los Gastos Generales por las Valorizaciones a reconocer en aplicación del Laudo Arbitral que asciende a S/. 64,209.53 sin IGV estos resultan en la suma de S/. 262,566.42 Nuevos Soles incluido IGV, en el numeral 2.3 se corrigieron las sumas y los montos y señaló que el Costo Final es la suma de S/. 3'124,873.44 incluido IGV, los montos pagados por la suma de S/. 2'929,967.81 Nuevos Soles incluido IGV, lo que arroja la suma de S/. 194,905.63 Nuevos Soles incluido IGV.
- 6.16. Asimismo, en el décimo segundo considerando de la citada Resolución Administrativa, EL CONSROCIO expresa que, en el Informe N° 055-2012-MTC/20.7.1.JND de fecha 22 de junio de 2012, se hizo un recálculo de la liquidación presentada por EL CONSORCIO en el que estableció como Costo Total de la Supervisión la suma de S/. 3'124,873.44 Nuevos Soles incluido IGV, como montos pagados a la suma de S/. 2'929,967.81 Nuevos Soles incluido IGV y el saldo a favor de EL CONSORCIO por la suma de S/. 194,905.63 Nuevos Soles incluido IGV y por concepto de retenciones o descuentos y penalidades a EL CONSORCIO la suma de S/. 2'586975.63 Nuevos Soles incluido IGV.
- 6.17. Que, EL CONSORCIO menciona que, PROVÍAS NACIONAL al haber notificado por correo electrónico la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20, con los cálculos, cuadros, detalles y en una hoja el cuadro del CÁLCULO DE DESCUENTOS Y PENALIDADES que se imputa a EL CONSORCIO, y los informes: Informe N° 055-2012-MTC/20.7.1.JND de fecha 22 de junio de 2012, efectuado por el Especialista en Conservación Vial y el Informe N° 445-2012-MTC/203 de fecha 26 de junio de 2012 de la Gerencia de la Unidad Gerencial de Asesoría Legal, no se cumplió con notificar a EL CONSORCIO los documentos correspondientes al sustento técnico-legal y administrativo de los cargos de las retenciones, penalidades y de los descuentos



aplicados, incluso los citados documentos no han sido ofrecidos por PROVÍAS NACIONAL al contestar la demanda ni al formular reconvencción.

- 6.18. Que, EL CONSORCIO sostiene que, en la circunstancia que dentro del principio de legalidad, PROVÍAS NACIONAL estaba obligado a acreditar el motivo, la razonabilidad, el perjuicio y la justificación legal que le faculte realizar los descuentos y penalidades, entendiendo como concepto de retenciones el hecho que comprende un acto o cargo de imputabilidad para justificar la afectación del patrimonio de propiedad de EL CONSORCIO y, en el caso de la penalidad, la verificación del acto o hecho imputable como retraso o mora en la prestación de las obligaciones contractuales.
- 6.19. Que, EL CONSORCIO expresa que, no conoció en extenso y en forma integral los actos administrativos o los actuados administrativos que justifiquen y faculden imputar a EL CONSORCIO las responsabilidades para la procedencia de las retenciones y la aplicación de las penalidades, más aún, si EL CONSORCIO, en calidad de Supervisor, cumplió con efectuar la liquidación de EL CONTRATISTA, de acuerdo con el desarrollo y el proceso constructivo previsto en el Expediente Técnico y los actos resolutivos administrativos aprobados por PROVÍAS NACIONAL.
- 6.20. Que, PROVÍAS NACIONAL señala que, el hecho que PROVÍAS NACIONAL consideró tener criterios técnicos diferentes a los criterios técnicos de EL CONSORCIO, ello no lo autorizaba a que de modo arbitrario y en clara posición dominante en la relación contractual imponga penalidades y retenciones a EL CONSORCIO no solo por montos exorbitantes, sino de forma ilegal que les originó perjuicios económicos y la imposibilidad de contar con el saldo del fruto de su trabajo.
- 6.21. Que, EL CONSORCIO señala que, contradijo la liquidación de PROVÍAS NACIONAL, y tuvo como principal argumento la hoja del cuadro denominado "CÁLCULO DE DESCUENTOS Y PENALIDADES", adjunto a la impugnada resolución directoral.
- 6.22. Que, con referencia al numeral 1.01 DESCUENTOS Y RETENCIONES, EL CONSORCIO indica que determinó el supuesto cargo por estos conceptos, y señaló lo siguiente: *"1.01 por no advertir durante la supervisión de la obra, los metrados realmente ha ejecutarse por el adicional de obra n° 03 y la consecuente modificación de*

*la ampliación de plazo n° 06, de 50 a 40 días calendario”, procediendo a descontar la suma de S/. 2'137,734.35 nuevos soles”.*

- 6.23. Que, EL CONSORCIO expresa que, PROVÍAS NACIONAL mencionó que en el sub numeral 4.1.1 del numeral 4.0 de los Términos de Referencia y según numeral 12.9 de la cláusula décimo segunda de EL CONTRATO (corregido mediante Adenda N° 01), procedió a descontar y cargar a EL CONSORCIO el costo por la suma de S/. 2'137,734.35 Nuevos Soles.
- 6.24. Que, EL CONSORCIO indica que rechazó esa pretensión y sostuvo que EL CONSORCIO analizó y sustentó correctamente y con sujeción a los requisitos y formalidades del artículo 201° de EL REGLAMENTO, las diferentes ampliaciones de plazo formuladas por EL CONSORCIO, entre ellas la Ampliación de plazo N° 3, por la que recomendó otorgar una ampliación de plazo de 50 días calendario.
- 6.25. Que, EL CONSORCIO señala que si bien es cierto que algunos metrados variaron durante la ejecución de dicho adicional, no es menos cierto que estos hechos se produjeron por el propio proceso constructivo y la interrelación de las diferentes partidas de LA OBRA, determinando que “no existe correlación matemática para reducir el plazo ampliado”; por dicha justificación técnica, EL CONSORCIO no pudo de manera arbitraria efectuar ninguna reducción y con fecha 21 de julio de 2011, mediante Carta N° 048-2011/CVH/L, EL CONSORCIO presentó el Informe de la Liquidación de LA OBRA elaborada por EL CONSORCIO, indicando que el Costo Total de LA OBRA era de S/. 80'942,190.30 Nuevos Soles, incluido IGV, con un saldo a favor de EL CONSORCIO por la suma de S/. 1'800,170.03 Nuevos Soles, incluido IGV.
- 6.26. Que, mediante Carta N° 005-2011-MTC/20.7 con fecha 08 de agosto de 2011, PROVÍAS NACIONAL ordenó que, habiéndose cumplido la meta del Adicional N° 03, sólo con el 37.59%, se debía recortar a la ampliación de plazo otorgada, lo que a su vez modificó la fecha de culminación de LA OBRA, con la probable aplicación de penalidad por atraso de obra, por lo que se debió recalcular la Ampliación de Plazo N° 06 de acuerdo al Adicional N° 03 ejecutado y aplicar las penalidades que correspondían.
- 6.27. Que, EL CONSORCIO manifiesta que PROVÍAS NACIONAL al tomar esa decisión no tomó en cuenta el hecho legal de que la Resolución Directoral N° 786-2010-MTC/20


expedida con fecha 10 de agosto de 2010, que aprobó la ampliación de plazo N° 3 por 01 día y la Resolución Directoral N° 886-2010-MTC/20 expedida con fecha 03 de setiembre de 2010, que aprobó la ampliación de plazo N° 6 por 50 días calendario, se encontraron materialmente consentidas y habían causado estado, por lo tanto no pudieron ser modificadas vía su aplicación o inaplicación, mucho menos de manera indirecta dentro de un procedimiento administrativo de liquidación que resultó siendo ajeno al procedimiento de ampliación de plazo.

- 6.28. Que, EL CONSORCIO indica que, PROVÍAS NACIONAL solamente pudo modificar la ampliación de plazo mediante la expedición de otra resolución administrativa efectuada por el Superior Jerárquico declarando su nulidad de oficio, lo que no sucedió y estando al hecho que ha transcurrido más de un año desde su fecha de expedición de acuerdo con el artículo 202.2 de la LPAG prescribió largamente y, de otro modo, tampoco podría demandar su nulidad ante el Poder Judicial en razón a que prescribió esa facultad reservada para PROVÍAS NACIONAL a tenor del artículo 202.4 del citado texto normativo administrativo.
- 6.29. Que, en ese sentido, EL CONSORCIO señala que elaboró la liquidación aplicando lo resuelto y otorgado por estas resoluciones legalmente válidas, asimismo, PROVÍAS NACIONAL se encontró prohibida de modificar sus propios actos administrativos y se encontró obligada a dar cumplimiento a sus propias decisiones.
- 6.30. Que, EL CONSORCIO sostiene que está en desacuerdo con los criterio técnicos de PROVÍAS NACIONAL, ya que no tenía justificación técnica o legal al haber constituido una orden de EL CONTRATISTA conforme sus facultades contractuales.
- 6.31. Que, mediante Carta N° 005-2011-MTC/20.7 con fecha 08 de agosto de 2011, EL CONSORCIO acató dicha orden y cumplió con reformular la Liquidación de LA OBRA.
- 6.32. Que, mediante Carta N° 051-2011/CVH/L con fecha 23 de agosto de 2011, EL CONSORCIO remitió a PROVÍAS NACIONAL la Liquidación de LA OBRA reformulada a la medida de sus exigencias y órdenes dadas, estableciendo el Monto Total de LA OBRA por la suma de S/. 81'152,869.37 Nuevos Soles, incluido IGV y un Saldo de Liquidación a favor EL CONSORCIO por la suma de S/. 2' 010,849.10 Nuevos Soles, incluido IGV; asimismo, en dicha liquidación se aplicó a dicho monto el cálculo de

Multas por la suma de S/. 2'243, 334.35 Nuevos Soles, sin IGV, resultando un Saldo Neto en contra de EL CONSORCIO por la suma de S/. 232, 485.25 Nuevos Soles, incluido IGV.

- 6.33. Que, mediante Carta N° 067-2011/CVH/L con fecha 22 de setiembre de 2011 y recibida por PROVÍAS NACIONAL con fecha 23 de setiembre de 2011, esto es, en respuesta del Oficio N° 320-2011-MTC/20.7 de fecha 20 de setiembre de 2011, EL CONSORCIO cumplió con dejar constancia que su Especialista en Costos y Presupuestos, Ing. César Araujo Pereyra, había ratificado el contenido de la liquidación del Contrato de Ejecución de Obra, hecho que resulta relevante dentro del contexto de que EL CONSORCIO manifestó desacuerdo con el resultado de la liquidación que conllevaba significativos recortes económicos que perjudicaban a EL CONTRATISTA.
- 6.34. Que, EL CONSORCIO indica que PROVÍAS NACIONAL pretendió aplicar descuentos y retenciones, lo que produjo una clara y objetiva contravención a las normas reglamentarias prevista en el artículo 165° de EL REGLAMENTO, que establece que las penalidades solo serán factibles de aplicarse solo cuando el retraso haya sido injustificado.
- 6.35. Asimismo, EL CONSORCIO menciona que resultó ser arbitrario y contrario al ordenamiento jurídico y al principio de legalidad, el que PROVÍAS NACIONAL pretendiera ilegalmente, hacer de EL CONSORCIO cargo de retenciones por supuestos inexistentes e irrazonable.
- 6.36. Que, EL CONSORCIO manifiesta que procedió a reformular la liquidación de EL CONTRATO, aplicando una multa a EL CONTRATISTA, dado a las órdenes y requerimientos de PROVÍAS NACIONAL y no a la falta de diligencia de los servicios de EL CONSORCIO en la elaboración de la liquidación de EL CONTRATO.
- 6.37. Por ello, EL CONSORCIO considera que la pretensión de PROVÍAS NACIONAL de trasladar el monto de las retenciones afectadas a EL CONTRATISTA no deriva de ningún presupuesto de hecho y objetivo que evidencie su incumplimiento sino que esa pretensión de aplicarles retenciones obedeció a una antojadiza decisión que constituyó un típico acto arbitrario que materializa el ejercicio abusivo del derecho que reprueba

nuestro ordenamiento al señalar que la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho, como lo cita el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil.

- 6.38. Asimismo, EL CONSORCIO precisa que ese supuesto de hecho no es real y es inexistente, señalando que el que lo originó carece de validez legal y resultó de una imposición totalmente arbitraria, hecho que ha motivado que EL CONTRATISTA haya cuestionado la validez de la liquidación del contrato de obra en un proceso arbitral.
- 6.39. Que, EL CONSORCIO indica que, la conducta de PROVÍAS NACIONAL, lo que en realidad configuraba era un acto doloso de consecuencias penales que tipificaba una apropiación ilícita de una suma de dinero que, legalmente no solo le corresponde a EL CONSORCIO como resultado legal y justo de sus servicios, sino que las supuestas retenciones por pagos al contratista no se encuentra materialmente constituidas ni probadas de manera fehaciente, ni su responsabilidad en asumir este mayor costo.
- 6.40. Que, EL CONSORCIO menciona que rechazaban la pretendida aplicación del monto de S/. 2'137,734.35 Nuevos Soles que se pretendió descontar, por haber acatado una orden de PROVÍAS NACIONAL lo cual, mediante las observaciones de EL CONSORCIO, la liquidación había solicitado a PROVÍAS NACIONAL dejarlo sin efecto, hecho que fue denegado y forzó a EL CONSORCIO a proseguir el presente proceso arbitral, solicitando que se declare fundado esta pretensión de EL CONSORCIO.
- 6.41. Que, con respecto a la aplicación del Ítem "1.02 por no advertir los gastos generales en demasía otorgados al contratista en la aprobación del adicional de obra n° 03": procediendo a descontar la suma de s/ 423,495.00 nuevos soles", EL CONSORCIO señala que, en la liquidación reformulada de LA OBRA, presentada mediante Carta N° 051-2011/CVH/L con fecha 23 de agosto de 2011, se recalculó el monto de los Gastos Generales del Presupuesto Adicional de Obra N° 03, equivalentes a 40 días calendario, según lo ordenado por PROVÍAS NACIONAL, por la suma de S/. 358 894,07 Nuevos Soles, sin IGV, la misma que fue aprobada por PROVÍAS NACIONAL con la Resolución  Directoral N° 907-2011-MTC/20 con fecha 02 de setiembre de 2011.
- 6.42. Que, EL CONSORCIO sostiene que, si bien en el Presupuesto Adicional N° 03, se incluyó los gastos generales originalmente presentados por EL CONTRATISTA (correspondiente a 60 días), dicho error no ha ocasionado ningún daño a PROVÍAS



NACIONAL, porque el monto total de gastos generales pagados a través de las seis (06) Valorizaciones del Presupuesto Adicional N° 03, arrojan un monto menor al que figura erróneamente; es decir EL CONSORCIO en ningún momento ordenó el pago en demasía o en exceso que PROVÍAS NACIONAL les pretende responsabilizar; porque una cosa es haber incurrido en un error involuntario y haberlo corregido y, otra cosa es que por ese hecho el monto erróneo fue pagado, debiendo tenerse en cuenta que fue corregido oportunamente.

- 6.43. Que, EL CONSORCIO manifiesta que, PROVÍAS NACIONAL pretendió sancionar la intención o intencionalidad de EL CONSORCIO, lo cual se prohibió en el ordenamiento administrativo, puesto que la intención, como tentativa, solo se sanciona en el ámbito penal.
- 6.44. Que, EL CONSORCIO explica que PROVÍAS NACIONAL actuó de manera arbitraria y materializó el ejercicio abusivo del derecho que reprueba nuestro ordenamiento al señalar que la ley no amparó el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho, como lo establece el artículo II del Título Preliminar del Código Civil y, dentro del campo administrativo, el Principio de Legalidad establecido en el numeral 1.1 del Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo, que establece que, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el derecho dentro de las facultades que le estén atribuidas y para los fines que les fueron conferidas.
- 6.45. Por lo tanto, EL CONSORCIO solicitó excluir y dejar sin efecto el monto de S/. 423 495,00 Nuevos Soles, incluido IGV de la Liquidación de EL CONTRATO.
- 6.46. Que, con respecto a la pretendida aplicación del Ítem 2. "1.03 deducción del servicio del supervisor por el tiempo de 10 d.c. correspondiente a la ampliación de plazo en demasía otorgada al contratista de obra", procediendo a descontar la suma de s/. 76, 802.27 Nuevos Soles, este otro extremo que cuestionamos, resultó siendo otro típico acto arbitrario y la materialización del ejercicio abusivo del derecho que reprueba nuestro ordenamiento.
- 6.47. Que, EL CONSORCIO señala que PROVÍAS NACIONAL incurrió en la actitud de violentar el Principio de Legalidad establecido en el numeral 1.1 del Artículo IV.-

Principios del procedimiento administrativo, al haber pretendido crear e inobservar hechos objetivos producidos en la y que se pretendió ignorar por conveniencia o por desconocimiento de carácter técnico.

6.48. Que, EL CONSORCIO manifiesta que estuvo presente en LA OBRA con todo su personal y equipos, prestó servicios efectivos en campo, hasta fines del mes de marzo del 2011; sin embargo, el Jefe de la Supervisión, acató una orden de la Sub Gerente de la Unidad Gerencial de Mantenimiento y no obstante su oposición al respecto y desconociendo las razones que lo motivaban, se vio forzado y compelido ha asentar mediante anotación en el cuaderno de obra que, los trabajos de la Obra había concluido el día 22 de febrero de 2011; sin embargo, no obstante que este hecho perjudicaba económicamente a EL CONSORCIO por sus servicios prestados desde el 22 de febrero 2012 hasta el 31 de marzo de 2012, que no fueron reconocidos en la liquidación de EL CONSORCIO.

6.49. Que, asimismo, EL CONSORCIO indica que PROVÍAS NACIONAL, en una franca actitud de posición de dominio, pretendió que la retención de la suma de S/. 76, 802.27 Nuevos Soles, incluido IGV, que corresponde al pago efectuado al EL CONTRATISTA que en la etapa de liquidación de EL CONSORCIO se pretendió ignorar que este hecho se originó en la orden dada por un funcionario de PROVÍAS NACIONAL que constituyendo actos propios e internos de la administración no corresponde a EL CONSORCIO asumir sus efectos ni sus consecuencias, en todo caso, debería corresponder a los funcionarios realizar la explicaciones y los descargos que correspondan, pero EL CONSORCIO considera que no se puede pretender trasladarles responsabilidades que no les corresponde.

6.50. Por lo tanto, EL CONSORCIO sostiene que, sin perjuicio del reconocimiento de sus servicios prestados hasta el día 31 de marzo de 2012, solicitan excluir de su liquidación y dejar sin efecto la retención a su cargo de la suma de S/. 76, 802.27 Nuevos Soles, incluido IGV.

6.51. Con respecto a la pretendida aplicación del Ítem "1.04 por no advertir el cambio de especialista del contratista, sin contar con la autorización de la entidad, lo que originó la aplicación de penalidad al contratista", procediendo a descontar la suma de s/. 105,600.00 Nuevos Soles, EL CONSORCIO señala que también resulta arbitrario, toda

vez que, durante la ejecución de la obra, verificó el cumplimiento de los planos y especificaciones técnicas, dentro de ellas lo referente a las actividades de Medio Ambiente que fueron avaladas por el personal profesional de EL CONTRATISTA en algunos casos con el apoyo de un Ingeniero Asistente.

- 6.52. Que, EL CONSORCIO no tuvo ninguna objeción con el profesional de dicha especialidad, no solicitó su cambio ni tramitó ninguna solicitud de EL CONTRATISTA en ese sentido; razón por el cual desconocen de la existencia de este hecho durante la etapa de ejecución de LA OBRA. Este hecho no fue ponderado ni mereció pronunciamiento alguno de PROVÍAS NACIONAL, como se aprecia del Oficio N° 1021-2012-MTC/20 con fecha 05 de julio de 2012.
- 6.53. Que, EL CONSORCIO tomó conocimiento de la existencia de ese hecho a través de la Carta N° 006-2011-MTC/20.7 con fecha 12 de agosto de 2011, remitida por PROVÍAS NACIONAL, quien en el Informe N° 170-2011-MTC/20.7.1.JND de fecha 11 de agosto de 2011, que corre adjunto a la referida carta, en el punto 3) les refirieron verificar si EL CONTRATISTA solicitó el cambio de especialista en Medio Ambiente, Ing. Carlos Alberto Carrillo Díaz, por el Ing. Max Hubert Calderón Salazar, y les indicó que en caso contrario se apliquen las sanciones que correspondan, hecho al cual EL CONSORCIO se vio forzado y compelido a efectuarlo en la Liquidación de LA OBRA, realizando el descuento de S/. 105, 600.00 Nuevos Soles a EL CONTRATISTA.
- 6.54. Que, EL CONSORCIO considera, dicho hecho, como un nuevo típico acto arbitrario y la materialización del ejercicio abusivo del derecho de PROVÍAS NACIONAL, que reprueba nuestro ordenamiento, y se incurrió en la actitud de violentar el Principio de Legalidad establecido en el numeral 1.1 del Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo, al pretender crear hechos inexistentes y que supuestamente se habrían producido en LA OBRA y que se pretendieron ignorar por conveniencia, por lo que corresponderá a los funcionarios que han planteado este supuesto realizar las explicaciones y los descargos que correspondan, pero EL CONSORCIO señala que, no se puede pretender trasladarle responsabilidades que no les corresponde.
- 6.55. Por lo tanto, EL CONSORCIO solicita excluir de su liquidación y dejar sin efecto la retención de la suma de S/. 105, 600.00 Nuevos Soles que se pretende aplicar.

- 6.56. Con respecto a la pretendida aplicación al numeral. 2.0 PENALIDADES, respecto de "2.00 penalidades: según sub numeral 12.08.1 del numeral 12.8 de la cláusula décimo segunda del contrato de supervisión de obra", procediendo a descontar la suma global de s/. 38,249.64 Nuevos Soles; en este acápite, EL CONSORCIO manifiesta que, PROVÍAS NACIONAL señaló que, según el Sub numeral 12.8.1 del numeral 12.8 de la cláusula décimo segunda de EL CONTRATO, pretendió aplicarles la multa y cargar este concepto a la liquidación de EL CONSORCIO de manera arbitraria por la suma de S/. 38,249.64 Nuevos Soles.
- 6.57. Que, EL CONSORCIO reitera que, se evidenció la contravención del Artículo 165º de EL REGLAMENTO, que establece que las penalidades solo serán factibles de aplicarse solo cuando el retraso haya sido injustificado.
- 6.58. Asimismo, EL CONSORCIO menciona que, resultó ser arbitrario y contrario al ordenamiento jurídico y al principio de legalidad pretender ilegalmente, hacer de su cargo retenciones por supuestos inexistentes e irrazonables y, si se aplicó la penalidad a EL CONTRATISTA se debió únicamente por las exigencias y órdenes dadas por PROVÍAS NACIONAL; por ello que, la pretensión de PROVÍAS NACIONAL de aplicar penalidades a EL CONSORCIO por supuesta falta de diligencia en sus prestaciones no se encontraron arreglado a derecho al ser un típico acto arbitrario y materializa el ejercicio abusivo del derecho que reprueba nuestro ordenamiento al señalar que la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho, como lo cita el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil.
- 6.59. Que EL CONSORCIO precisa que, dicho supuesto de hecho no es real y es inexistente, si se toma en cuenta el supuesto que lo origina careció de validez legal y resulta de una imposición totalmente arbitraria, hecho que motivó a EL CONTRATISTA cuestionara la validez de la liquidación de EL CONTRATO en un proceso arbitral.
- 6.60. Que, EL CONSORCIO considera que, la conducta de PROVÍAS NACIONAL, lo que en realidad configuró es un acto doloso de consecuencias penales que tipifica una apropiación ilícita de una suma de dinero que, legalmente no solo les corresponde como resultado legal y justo de los servicios prestados por EL CONSORCIO, sino que las supuestas retenciones por falta de diligencia de su parte no se encuentra materialmente constituido ni probado de manera fehaciente su responsabilidad.

- 6.61. Que, EL CONSORCIO expresa no estar de acuerdo con las responsabilidades que PROVÍAS NACIONAL pretendió trasladarle, rechaza la aplicación de las penalidades por la suma de S/. 38,249.64 Nuevos Soles, al no tener sustento legal ni técnico alguno
- 6.62. Con referencia a la tercera pretensión reconvenida, EL CONSORCIO considera que dicha pretensión debe ser declarada improcedente, puesto que la solicitud no cumplió con los requisitos para su adquisición, esto es que dentro de los hechos que sustentaron su reclamo no se fundamentaron en los supuestos de hecho que acrediten siquiera de manera elemental el daño que EL CONSORCIO habría causado a PROVÍAS NACIONAL
- 6.63. Que, EL CONSORCIO indica que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, esto es la norma adjetiva, el daño es una institución jurídica que se ubica dentro de lo que se denomina daño contractual o extra contractual.
- 6.64. Que, EL CONSORCIO considera que, PROVÍAS NACIONAL, en su tercera pretensión reconvenida, no sustentó jurídicamente a que daños o perjuicios se refiere su reclamo, no sustentó si la pretendida indemnización es de origen contractual o extracontractual, es decir, sostiene que la pretensión fue una total vaguedad que no resistió el menor análisis.
- 6.65. Que EL CONSORCIO expresa que, para que una pretensión de indemnización como resarcimiento de los daños y perjuicios producidos sea amparada, esta debe estar total e indubitadamente acreditados o probados, y en este caso PROVÍAS NACIONAL, dentro de los medios probatorios ofrecidos, no presentó medio probatorio alguno o documentos contables o sus estados económicos o financieros que demuestren o siquiera evidencien el daño producido o cómo se ha producido o cuál es el daño sufrido y, únicamente transcribió los elementos de la responsabilidad sin sustentar los hechos acaecidos.
- 6.66. Que, EL CONSORCIO señala la falta de seriedad y de sindéresis en la formulación de dicha pretensión formulada por PROVÍAS NACIONAL.
- 6.67. Que, EL CONSORCIO indica que, cuando PROVÍAS NACIONAL se refirió al quantum indemnizatorio que "... cuyo monto será calculado después de la emisión del Laudo.",



se manifestó no solo un cabal desconocimiento de la materia jurídica, sino que constituyó una verdadera temeridad y un claro abuso de derecho en la circunstancia que, si consideraba que las controversias se resuelven dentro de un proceso arbitral como mecanismo de solución de controversias, EL CONSORCIO no entendió cómo es que el monto de indemnización pueda ser calculado después de la emisión del laudo, asimismo, no señaló quien lo calculará y cuál es ese momento o cual es ese después del Laudo.

- 6.68. Con referencia a la cuarta pretensión reconvenida, EL CONSORCIO considera que deberá ser declarada INFUNDADA, en la situación que PROVÍAS NACIONAL no sustentó los hechos en que se apoya esa pretensión, es decir, que argumentó un supuesto hecho de innecesaria controversia y que se le estaría haciendo incurrir en gastos arbitrales.
- 6.69. Que, EL CONSORCIO indica que acreditó los vicios procesales, el incumplimiento del procedimiento previsto por la Ley, la contravención y la trasgresión de normas expresas de EL REGLAMENTO incurridas al elaborar la liquidación de EL CONSORCIO.
- 6.70. Que EL CONSORCIO considera que, se le debe dar como condena a la Entidad el reconocimiento de las costas y costos del presente arbitraje, en razón de su injustificada conducta en el cumplimiento de las condiciones establecidas en EL CONTRATO, la Ley de Contrataciones del Estado y EL REGLAMENTO.
- 6.71. Que, EL CONSORCIO indica que, desde el inicio del presente arbitraje, los hechos acreditaron la injustificada conducta incurrida y resultó evidente que la conducta irregular de PROVÍAS fue la que originó que EL CONSORCIO parte tenga que soportar los costos del presente arbitraje, ya que PROVÍAS NACIONAL, pese haber sido emplazada numerosas veces por EL CONSORCIO y las deficiencias del Expediente Técnico de LA OBRA, fueron de su exclusiva responsabilidad, no asumió sus responsabilidades funcionales conforme correspondía y pretendió trasladarlas a EL CONSORCIO.
- 6.72. Que, EL CONSORCIO sostiene que no es justo que PORVÍAS NACIONAL incumpliera con los propios términos de EL CONTRATO, en sus propios actos administrativos y resoluciones administrativas y, dicha conducta dañina es lo que originó el presente

proceso arbitral y que EL CONSORCIO se vea injustamente obligado a recurrir al presente arbitraje para que se regularice dicha situación injusta que los perjudica económicamente.

6.73. Con respecto a la quinta pretensión reconvenida, EL CONSORCIO manifiesta que dicha pretensión deberá ser de plano declarado infundado, al amparo del numeral 1 del artículo 179° de EL REGLAMENTO, concordante con lo dispuesto por el artículo 10° de la LPAG; en razón de lo siguiente:

- Que, EL CONSORCIO considera que, PROVIAS NACIONAL al plantear este punto controvertido, perdió todo sentido en el análisis de su pretensión, y como tal planteó temerariamente un pedido carente de razonamiento lógico jurídico; sin embargo, creemos que esto se formuló frente a la falta de argumentos coherentes y congruentes para enervar la materialización del hecho del consentimiento de la liquidación de EL CONSORCIO por su propio vicio en el debido procedimiento administrativo.
- Que, PROVÍAS NACIONAL incurrió en deficiencia y vicio procesal en la circunstancia que, vía la reconvencción no podía solicitar que, si el Tribunal Arbitral declara que no corresponde reconocer las penalidades y retenciones o descuentos en la liquidación de EL CONSORCIO, como sería posible que el mismo Colegiado aplicase el reconocimiento de las penalidades y retenciones o descuentos señalados en la liquidación de EL CONSORCIO.
- Por tanto, EL CONSORCIO considera que la quinta pretensión resultó ser un imposible físico y jurídico.

6.74. Que, EL CONSORCIO sostiene que dicha pretensión reconvenida carece de todo sentido para su validez y pueda ser contradicho por EL CONSORCIO, y reiteró todos y cada uno de sus argumentos y fundamentos expuestos al contradecir la segunda pretensión reconvenida de la presente contestación.

6.75. Que, EL CONSORCIO señala que las pretensiones de PROVÍAS NACIONAL deben ser desestimada por cuanto la liquidación de EL CONSORCIO se encontró consentida, por la afectación del debido procedimiento administrativo incurrido por PROVÍAS NACIONAL.

6.76. Que, EL CONSORCIO solicita considerar la conducta de PROVÍAS NACIONAL en relación a la infracción incurrida en el debido procedimiento administrativo previsto en el

numeral 1 contenido en el artículo 179° de EL REGLAMENTO, y sin que ello signifique afectar o menoscabar el consentimiento de la liquidación de EL CONSORCIO que se produjo por la notificación extemporánea de su liquidación.

- 6.77. Que, EL CONSORCIO indica que PROVÍAS NACIONAL incurrió en evidente vicio en el procedimiento de liquidación que en aplicación de los incisos 1, 2 y 3 del artículo 10° de la LPAG, determina la invalidez e ineficacia de la liquidación aprobada por la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20 con fecha 27 de junio de 2012.
- 6.78. Que, EL CONSORCIO sostiene que el vicio al procedimiento se evidenció en el incumplimiento de la formalidad esencial que constituye requisito elemental para su adquisición como acto administrativo que cause pleno efecto, por lo siguiente:
- 6.79. Que, EL CONSORCIO menciona que el debido procedimiento administrativo de la liquidación de EL CONTRATO se encuentra regulado por el artículo 179° de EL REGLAMENTO, el mismo que estableció dos situaciones, a saber:
- 6.80. El supuesto del numeral 1, cuando EL CONSORCIO presentó a PROVÍAS NACIONAL su propia liquidación dentro del plazo de 15 días calendario y PROVÍAS NACIONAL debió pronunciarse respecto de dicha Liquidación dentro del plazo de 15 días calendario, y
- 6.81. El supuesto del numeral 2, cuando EL CONSORCIO no presentó la liquidación en el plazo de 15 días calendario, PROVÍAS NACIONAL lo elaboró y notificó a CONSORCIO para que éste se pronuncie respecto de dicha Liquidación dentro del plazo de 15 días calendario
- 6.82. Que, EL CONSORCIO manifiesta que su liquidación se realizó observando el debido procedimiento establecido en el numeral 1, esto es que, fue EL CONSORCIO quien presentó la liquidación de EL CONTRATO producida con la Carta N° 012-2012 de fecha 12 de junio de 2012, recepcionado por PROVÍAS NACIONAL<sup>1</sup> en la misma fecha.
- 6.83. Que, según el numeral 1 en su primer párrafo, EL CONSORCIO sostiene que, PROVÍAS NACIONAL le correspondió pronunciarse con respecto a la liquidación presentada y notificar su pronunciamiento; sin embargo, PROVÍAS NACIONAL no se pronunció con respecto a la liquidación de EL CONSORCIO sino que, contraviniendo la norma elaboró otra liquidación y lo notificó, acto con el cual, VICIÓ el debido procedimiento administrativo previsto en el artículo 179° de EL REGLAMENTO.
- 6.84. Que, EL CONSORCIO indica que, la trasgresión que incurrió PROVÍAS NACIONAL, se acreditó con el segundo párrafo del mencionado numeral 1, el mismo que establecía que, una vez notificado PROVÍAS NACIONAL con la Liquidación, el pronunciamiento a

que se encuentra obligado PROVÍAS NACIONAL, no es la de elaborar su liquidación para contraponerla a la liquidación de EL CONSORCIO, sino la de formular observaciones, en dicho sentido que la norma textualmente, lo ha previsto considerando que: *"Si la Entidad observa la liquidación presentada por el contratista, éste deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento en el plazo de cinco (05) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por la Entidad."*

- 6.85. Que, EL CONSORCIO precisa que, la norma, anteriormente citada, cuando se refirió al hecho del pronunciamiento que debe hacer PROVÍAS NACIONAL, está referida al acto de formular observaciones a la liquidación de EL CONSORCIO y no al acto de elaborar otra liquidación y notificar a EL CONSORCIO.
- 6.86. Además, EL CONSORCIO señala que, el extremo relacionado con la notificación extemporánea de la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20, que aprobó la liquidación de EL CONSORCIO, ocurrió mediante correo electrónico a las 05.40 p.m. del día 27 de junio de 2012, observar la aplicación del numeral 1 del artículo 179° de EL REGLAMENTO, cuya exigencia fue cumplir con el requisito de que las partes se pronuncien dentro del plazo legal de los 15 días establecidos.
- 6.87. Que, EL CONSORCIO considera que, la condición fijada en la Cláusula Especial Tercera de EL CONTRATO, establece como válida las comunicaciones mediante correo electrónico, reservado como facultad para las notificaciones de PROVÍAS NACIONAL, sin embargo, para que puedan surtir efectos legales las notificaciones bajo esta modalidad, se debió efectuarse dentro de los plazos legales.
- 6.88. Que, EL CONSORCIO indica que, PROVÍAS NACIONAL notificó su liquidación por correo electrónico, dicho acto debió sujetarse al cumplimiento de los plazos legales previsto en el primer párrafo del numeral 1 del artículo 179° de EL REGLAMENTO, esto es, que la notificación debió haberse producido en el plazo fijado, el mismo que se encuentra determinado en la fecha cierta en que ésta fue remitida; por tanto, el ejercicio de ésta facultad no fue ilimitada ni arbitraria sino sujeto a éste requisito esencial previsto en el numeral 3.2 de la mencionada cláusula contractual: *"3.2 Para este fin la Cédula de Notificación incluida como Anexo N° 09, con sus antecedentes, transmitida por cualesquiera de los medios electrónicos señalados precedentemente deberá consignar obligatoriamente la fecha cierta en que ésta es remitida; oportunidad a partir de la cual surtirá efectos legales."*



- 6.89. Que, EL CONSORCIO sostiene que, el reporte del correo electrónico consignado como su dirección electrónica, acreditó que la notificación enviado por el Sr. Edgar García Nieto se produjo a las 05:40 p.m. del día 27 de junio de 2012, fuera del horario de trabajo de las oficinas de EL CONSORCIO y fuera del horario de trabajo de PROVÍAS NACIONAL, teniendo en cuenta que el horario de trabajo de PROVÍAS NACIONAL es de Lunes a Viernes de 08:30 a.m. a 05:00 p.m. y, en el caso de EL CONSORCIO es de Lunes a Viernes desde las 8:30 a.m. hasta las 05:30 p.m.
- 6.90. Por lo tanto, EL CONSORCIO al hacer el cómputo del plazo previsto para que PROVÍAS NACIONAL se pronuncie dentro de los 15 días calendario, este venció a la 01:44 p.m. del 27 de junio del 2012, se tomó en cuenta para el cómputo que la liquidación de EL CONSORCIO fue presentada a las 01:44 P.M. del día 12 de junio del 2012 y la notificación se produjo a las 05:40 p.m.
- 6.91. Que, EL CONSORCIO indica que, en la hipótesis negada que el cómputo del plazo para efectuar la notificación no haya vencido a la hora en que fue presentada la liquidación de EL CONSORCIO en la Oficina de Trámite Documentario (01:44 p.m. del día 27 de junio del 2012), éste plazo venció a las 05:00 p.m. dentro del horario de atención de PROVÍAS NACIONAL y fuera del horario de trabajo de la oficina de EL CONSORCIO, en la situación que el correo fue enviado por el Sr. Edgar García Nieto se produjo a las 05:40 p.m. del día 27 de junio de 2012.
- 6.92. Que, EL CONSORCIO menciona que, en el artículo 138.- Régimen de las Horas Hábiles de la LPAG, que establece en sus incisos 1, 2 y 3, que las horas hábiles corresponden al horario fijado para su funcionamiento sin que pueda ser menor a ocho horas diarias consecutivas, asimismo, este horario de atención es establecido para favorecer el cumplimiento de las obligaciones y actuaciones administrativas y que éste horario es continuado para brindar todos los asuntos de su competencia y sin que pueda ser fraccionado.
- 6.93. Que, conforme el artículo 20° de la LPAG, EL CONSORCIO establece que los actos administrativos no se realizan de manera irregular o arbitraria, sino dentro de un acto debido para que surta sus efectos legales, en ese sentido el numeral 18.1 del artículo 18°.- Obligación de Notificar, establece que la notificación del acto será practicada de oficio y su debido diligenciamiento será responsabilidad de la Entidad que lo dictó; igualmente importante, resaltamos el numeral 16.1 del artículo 16°.- Eficacia del Acto Administrativo, que señala que, el acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos.



- 6.94. Por lo tanto, EL CONSORCIO manifiesta que si el acto no se encuentra revestido de la formalidad del tiempo, plazo ú horarios determinados, el acto deviene en inválido e ineficaz, justamente este requisito es el que le otorga el valor de fecha cierta a la notificación en el ámbito administrativo, siendo sus requisitos esenciales la observancia de la fecha y la hora hábil para que ésta sea válida.
- 6.95. Que, en aplicación de la LPAG, EL CONSORCIO señala que su liquidación constituyó un acto administrativo consentido y, también, por efecto de dicho numeral su liquidación se encontró aprobada, en la situación que la obligación de notificar y el acto de notificación constituyeron una garantía y un principio del debido procedimiento administrativo.
- 6.96. Que, EL CONSORCIO expresa que, se debe declarar la nulidad e ineficacia de pleno derecho de la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20, por trasgresión del debido procedimiento administrativo previsto en el numeral 1 contenido en el artículo 179° de EL REGLAMENTO, vicio que se adecúa a la sanción prevista en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 10° de la LPAG.
- 6.97. Que, en relación con la aplicación de penalidades, descuentos y retenciones, EL CONSORCIO menciona que esta debe ser desestimada en observancia al principio de legalidad del numeral 1.1 del artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo que establece que, las autoridades administrativas debieron actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el derecho dentro de las facultades que le estén atribuidas y para los fines que les fueron conferidas.
- 6.98. Que, por tanto, PROVÍAS NACIONAL estuvo obligada a acreditar el motivo, la razonabilidad, el perjuicio y la justificación legal que le faculte a aplicar estos cargos contra EL CONSORCIO y de valorar dentro del concepto de retenciones el supuesto acto o cargo de imputabilidad para justificar la afectación patrimonial del encausado y, tratándose una penalidad, la verificación del acto o hecho imputable como retraso o mora en la prestación de las obligaciones contractuales.
- 6.99. Que, EL CONSORCIO considera que, dentro del principio de legalidad, debió valorarse el hecho que las ampliaciones de plazo aprobadas por la Resolución Directoral N° 786-2010-MTC/20 expedida con fecha 10 de agosto de 2010, que aprobó la ampliación de plazo N° 3 por 01 día y la Resolución Directoral N° 886-2010-MTC/20 expedida con fecha 03 de setiembre de 2010, que aprobó la ampliación de plazo N° 6 por 50 días calendario, se encontraban materialmente consentidas y habían causado estado.

- 6.100. Por lo tanto, EL CONSORCIO manifiesta que, no podían ser modificadas vía su aplicación o inaplicación, mucho menos de manera indirecta dentro de un procedimiento administrativo de liquidación que resulta siendo ajeno al procedimiento de ampliación de plazo; en todo caso, PROVÍAS NACIONAL solamente podía modificarla mediante la expedición de otra resolución administrativa efectuada por el Superior Jerárquico declarando su nulidad de oficio, lo que no sucedió a la fecha y estando al hecho que ha transcurrido más de un año desde su fecha de expedición de acuerdo con el artículo 202.2 de la LPAG prescribió largamente y, de otro modo, tampoco podría demandar su nulidad ante el Poder Judicial en razón a que prescribió esta facultad reservada para PROVÍAS NACIONAL a tenor del artículo 202.4 del citado texto normativo administrativo.
- 6.101. Que, en ese sentido, EL CONSORCIO elaboró su liquidación aplicando lo resuelto y otorgó por estas resoluciones legalmente válidas. Asimismo, PROVÍAS NACIONAL se encontró prohibida de modificar sus propios actos administrativos y se encontró obligada a dar cumplimiento a sus propias decisiones.
- 6.102. Asimismo, EL CONSORCIO precisa que, la aplicación de penalidades solo deben proceder cuando éstas se sujeten a la condición establecida por el artículo 165° de EL REGLAMENTO que establece que las penalidades solo serán factibles de aplicarse cuando el retraso haya sido injustificado.
- 6.103. EL CONSORCIO considera que resultó arbitrario y contrario al ordenamiento jurídico y al principio de legalidad hacer retenciones por supuestos inexistentes e irrazonables que, , siendo que la modificación de la liquidación de EL CONTRATO no significó reconocer responsabilidad alguna sino a cumplir las órdenes y requerimientos dadas por PROVÍAS NACIONAL.
- 6.104. Por ello, EL CONSORCIO indica que, la pretensión de PROVÍAS NACIONAL de trasladarle el monto de las retenciones afectadas EL CONSORCIO no deriva de ningún presupuesto de hecho y objetivo que evidencie su incumplimiento sino que esta pretensión de aplicarles retenciones obedeció a una antojadiza decisión que constituye un típico acto arbitrario que materializa el ejercicio abusivo del derecho que reprueba nuestro ordenamiento al señalar que la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho, como lo cita el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil.
- 6.105. Finalmente, EL CONSORCIO señala que PROVÍAS NAIONAL no pudo sancionar la intención o la intencionalidad, lo cual se encuentra prohibido en el ordenamiento administrativo, puesto que la intención, como tentativa, solo se sanciona en el ámbito

penal. Además precisa que, no existió daño o perjuicio alguno en contra de PROVIAS NACIONAL

## VII. Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos

- 7.1 Con fecha 30 de enero de 2013 se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, con la participación del Tribunal Arbitral, doctores Ramiro Rivera Reyes, Iván Galindo Tipacti y Marco Martínez Zamora; y con la asistencia de EL CONSORCIO, representada por la señora Vilma Constanza Machuca Vilca; y, de otro lado, PROVÍAS NACIONAL representado por el abogado Ricardo Brousett Mendoza.
- 7.2 En dicho acto el Tribunal Arbitral invitó a las partes a conciliar, sin embargo cada una de ellas señaló que no era posible llegar a un acuerdo conciliatorio. En ese sentido se procedió a fijar los puntos controvertidos como se detallan a continuación:

### Respecto de la demanda y de su contestación:

- Primer Punto Controvertido respecto a la primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no que se declare consentida y aprobada la Liquidación elaborada por el Supervisor, presentada con Carta N° 012-2012/CVH/L de fecha 12 de junio de 2012, así como determinar si corresponde o no que se ordene el pago del saldo a su favor por la suma S/. 255,396.65 nuevos soles, incluido IGV, por contravención al debido procedimiento administrativo de liquidación establecido en el numeral 1 del art. 179° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y, determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia de la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20 de fecha 27/06/2012.
- Segundo Punto Controvertido respecto a la pretensión subordinada de la primera pretensión principal: Determinar, en caso se desestime la primera pretensión principal, si corresponde declarar o no la validez y eficacia de la Liquidación elaborada por el Supervisor, notificada a PROVÍAS NACIONAL con Carta N° 012-2012/CVH/L de fecha 12 de junio de 2012, y si corresponde se ordene el pago del saldo de la Liquidación a su favor por la suma de S/. 255,396.65 Nuevos Soles, incluido IGV.

- Tercer Punto Controvertido respecto a la pretensión accesoria de la pretensión principal: Determinar si corresponde o no que en ejecución del laudo, PROVÍAS NACIONAL reformule la liquidación aplicando el pronunciamiento del laudo, incluyendo sus intereses y reajustes que corresponda desde la fecha del nacimiento de la obligación.
- Cuarto Punto Controvertido respecto a la primera pretensión reconvenida: Determinar si corresponde o no que se tenga por válida y eficaz, o por inválida o ineficaz, para todos los efectos legales las observaciones efectuadas a la liquidación de EL CONTRATO y la Liquidación comunicada por PROVÍAS NACIONAL mediante Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20, del 27 de junio de 2012.
- Quinto Punto Controvertido respecto a la segunda pretensión reconvenida: Determinar si corresponde o no que se tenga por válida y eficaz, o por inválida o ineficaz, para todos los efectos legales las observaciones efectuadas a la Liquidación de EL CONTRATO y la liquidación final de obra de EL CONTRATO, con un saldo a favor de PROVÍAS NACIONAL de S/. 2'586,975.63, incluido IGV, más los intereses legales generados hasta la fecha de su cancelación, en el supuesto caso que no sea aprobado el saldo de la liquidación solicitada, determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral fije el monto correspondiente a la liquidación final de EL CONTRATO.
- Sexto Punto Controvertido respecto a la tercera pretensión reconvenida: Determinar si corresponde o no que se ordene a EL CONSORCIO, reconocer y pagar como indemnización los daños y perjuicios generados a PROVÍAS NACIONAL por un supuesto deficiente cumplimiento de las obligaciones contractuales.
- Séptimo Punto Controvertido respecto a la cuarta pretensión reconvenida: Determinar a quién corresponde asumir las costas y costos que el presente proceso arbitral irroque.

- Octavo Punto Controvertido respecto a la quinta pretensión reconvenida: Determinar si corresponde o no el reconocimiento de las penalidades y retenciones o descuentos señalados en la Liquidación de PROVIAS NACIONAL.

### **Admisión de Medios probatorios**

#### **• De la Demanda:**

De parte de EL CONSORCIO: los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de demanda, señalados en el acápite VI denominado "MEDIOS PROBATORIOS", los cuales figuran en calidad de anexos desde el 2 al 16 del acápite VII denominado "ANEXOS".

#### **• De la Contestación a la demanda y su subsanación:**

De parte de PROVIAS NACIONAL: Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de contestación de demanda, señalados en el acápite III denominado "MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS", los cuales figuran en calidad de anexo desde el 1.A al 1.N.

#### **• De la Reconvención:**

De parte de PROVIAS NACIONAL: Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de contestación de demanda, los cuales figuran en calidad de anexo desde el 1.A al 1.N.

#### **• De la contestación de la reconvención:**

De parte de EL CONSORCIO: Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de demanda, los cuales figuran en calidad de anexo desde el 2. al 14.



Que, asimismo, mediante Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos se otorgó a PROVIAS NACIONAL el plazo de cinco (5) días para que cumpla con cuantificar su tercera pretensión reconvenida, requerimiento que fue cumplido por PROVIAS NACIONAL mediante escrito de fecha 05/02/13 y el documento adjuntado al mismo, siendo que mediante Resolución N°5 se tuvo presente la suma de S/. 147,666.45 como cuantía de la indemnización de daños y perjuicios solicitada por Provías Nacional y se corrió traslado EL CONSORCIO del documento adjuntado por PROVIAS NACIONAL. En ese sentido, mediante Resolución N° 6, se admitió como medio probatorio de la tercera pretensión reconvenida el ofrecido por PROVIAS NACIONAL mediante su escrito de fecha 05/02/13, consistente en la copia del laudo arbitral de fecha 28/12/12.

#### **VIII. Cierre de la etapa probatoria**

Mediante Resolución N° 8 de fecha 30 de mayo de 2013, el Tribunal Arbitral cerró la etapa probatoria, otorgando a ambas partes el plazo cinco (5) días hábiles, contando a partir del día siguiente de haber sido notificada la resolución, para que presenten sus alegatos escritos.

#### **IX. Alegatos**

Con fecha 06 de junio del 2013, dentro del plazo conferido mediante Resolución N° 8, EL CONSORCIO presentó sus alegatos escritos. Mientras que con fecha 07 de junio del 2013, PROVÍAS NACIONAL presentó sus alegatos escritos. Ambas partes solicitaron en sus escritos el uso de la palabra a fin de informar oralmente.

#### **X. Informe Oral**

Con fecha 9 de julio del 2013 se realizó la Audiencia de Informe Oral con la participación del Tribunal Arbitral, Ramiro Rivera Reyes, Iván Galindo Tipacti y Marco Martínez Zamora; y la asistencia de ambas partes, en donde éstas últimas expusieron sus alegatos finales. Asimismo, el Tribunal Arbitral fijó plazo de cinco (05) días hábiles computados a partir de la

suscripción del acta de Audiencia de Informe Oral para que ambas partes presenten sus conclusiones finales.

Mediante Resolución N° 11 de fecha 22 de julio de 2013, el Tribunal Arbitral tuvo por presentado el escrito de PROVIAS NACIONAL de fechas 16 y 18 de julio del 2013, conteniendo sus conclusiones finales de acuerdo a lo ordenado en la Audiencia de Informe Oral. Además, se dejó constancia de la no presentación de las conclusiones finales por parte de EL CONSORCIO.

#### **XI. Plazo para laudar**

Mediante Resolución N° 12 de fecha 02 de agosto de 2013, el Tribunal Arbitral fijó plazo de treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada dicha resolución.

#### **XII. Análisis de las Pretensiones de las Partes y de la Cuestión Controvertida**

##### **A. CUESTIONES PRELIMINARES**

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad a lo dispuesto por el Reglamento de Arbitraje del Centro, el Decreto Legislativo No. 1017, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 184-2008-EF y en forma supletoria el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, asimismo se establece que en caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva, del modo que considere apropiado; (ii) Que, CONSORCIO VIAL HUARMEY, presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa; (iii) Que, PROVIAS NACIONAL, fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (iv) Que, respecto de la reconvención planteada por PROVIAS NACIONAL, CONSORCIO HUARMEY fue debidamente emplazada y ejerció plenamente su derecho de defensa; v) Que, en el análisis efectuado por este Tribunal Arbitral se ha

tenido en cuenta toda la documentación aportada por las partes, sea que se mencione en forma expresa o no en el Análisis del presente laudo; vi) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos; vii) Que en el Análisis efectuado por este Tribunal Arbitral, se ha tenido en cuenta de modo estricto y con sujeción al ordenamiento jurídico vigente; y (viii) Que, el tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido

## **B. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS**

### **1. ANALISIS CONJUNTO DE LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL, PRETENSION SUBORDINADA A LA PRINCIPAL Y PRETENSION ACCESORIA**

#### **PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL**

*Determinar si corresponde o no, se declare consentida y aprobada la liquidación elaborada por el Supervisor presentada con Carta No. 012-2012/CVH/L de fecha 12/06/2012, así como determinar si corresponde o no que se ordene el pago del saldo a su favor por la suma de S/. 255,396.65 nuevos soles, incluido IGv, por contravención al debido procedimiento administrativo de liquidación establecido en el numeral 1 del Artículo 179° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia de la Resolución Directoral No. 428-2012-MTC/20 DE FECHA 27/06/2012.*

#### **PRETENSION SUBORDINADA A LA PRINCIPAL**

*Determinar en caso se desestime la primera pretensión principal, si corresponde declarar o no la validez y eficacia de la liquidación elaborada por el Supervisor, notificada a la Entidad con Carta No. 012-2012/CVH/L de fecha 12/06/2012 y si corresponde se ordene el pago del saldo de la liquidación a su favor por la suma de S/. 255,396.65 Nuevos Soles incluido IGv.*

#### **PRETENSION ACCESORIA**

*Determinar si corresponde o no que en ejecución del laudo, la entidad reformule la liquidación aplicando el pronunciamiento del laudo, incluyendo sus intereses y reajustes que corresponda desde la fecha del nacimiento de la obligación.*

### POSICION DEL CONSORCIO

1. Manifiesta el Consorcio que, con fecha 04 de febrero de 2009, celebraron con Provias Nacional, el Contrato de Supervisión de Obra No. 023-2010-MTC/20 para la prestación de los servicios de Consultoría para la Supervisión de la obra: "Mantenimiento Periódico de la Carretera Pativilca – Pontón Quebrada Seca, Ruta 1N", con un plazo de ejecución del servicio de 300 días calendario que comprendió dos Etapas: Primera: Supervisión Técnica de los Trabajos y Administrativa del Contrato de Mantenimiento Periódico por 240 días calendario y, Segunda: Recepción de los Trabajos y Liquidación del Contrato de mantenimiento Periódico por 60 días calendario. EL CONTRATO, en sus Numerales 12.6 y 12.9 de la Cláusula Décimo Segunda, se modificó mediante Adenda N° 01 de fecha 05 de abril de 2010.
2. Que, con fecha 25 de enero de 2010, PROVÍAS NACIONAL suscribe con el contratista CONSORCIO PERÚ, el Contrato de Ejecución de Obra N° 014-2010-MTC/20, con la finalidad de ejecutar la Obra: "Mantenimiento Periódico de la Carretera Pativilca – Pontón Quebrada Seca, Ruta 1N", a precios unitarios y por el plazo de 240 días calendario; haciendo constar de modo propio que dicho contrato se vincula con las actividades de consultoría y supervisión del Contrato de Supervisión de Obra No. 023-2010-MTC/20.
3. Que, durante la ejecución de sus servicios, emergieron conflictos con PROVÍAS NACIONAL, que se resolvieron con fecha 06 diciembre de 2011, respecto de controversias relacionadas con diversas pretensiones sobre la ejecución de las condiciones contractuales previstos en el Contrato de Servicios, mediante Laudo Arbitral de Derecho del Exp. N° 167-8-11 seguido entre EL CONSORCIO y PROVÍAS NACIONAL, las mismas que en sus condiciones económicas han sido aplicadas en la liquidación materia del presente arbitraje.
4. Que, mediante Oficio N° 078-2012-MTC/20.7 de fecha 01 de junio de 2012, PROVÍAS NACIONAL les comunica que luego de evaluado y revisado el Informe Final de los servicios de Supervisión, otorgará su conformidad a la prestación del último servicio en concordancia con lo establecido en las cláusulas Quinta y Décimo Sexta del

Contrato de Supervisión, disponiendo la procedencia de la liquidación del citado contrato.

5. Que, mediante Carta N° 012-2012 de fecha 12 de junio de 2012, recepcionada en la misma fecha por PROVÍAS NACIONAL, cumplieron con presentar la Liquidación del Contrato, dentro del cual se consideró los aspectos resueltos en el laudo Arbitral de Derecho del Exp. N° 167-8-11, con un costo final de los servicios por la suma de S/. 3'185,364.46 nuevos soles, incluido IGV, con un saldo a favor del Consorcio por la suma de S/. 255,396.65 nuevos soles, incluido IGV, conforme los cálculos, valorizaciones y demás detalles que consta del expediente de liquidación.
6. Que, con fecha 27 de junio de 2012, PROVÍAS NACIONAL expidió la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20, la misma que habría sido notificada al Consorcio por correo electrónico en forma extemporánea, al haber sido recibida a las 05:40 p.m. del día 27 de junio de 2012, fuera del plazo previsto en el numeral 1 del art. 179° del Reglamento y no obstante ello, señalan que la Liquidación efectuada deviene en un acto consentido por trasgresión del debido procedimiento administrativo previsto en el numeral 1 contenido en el art. 179° del Reglamento, vicio evidente del procedimiento de liquidación por aplicación de los incisos 1, 2 y 3 del art. 10° de la LPAG.
7. Que, la Liquidación de PROVÍAS NACIONAL tuvo su basamento técnico en el Informe N° 055-2012-MTC/20.7.1.JND de fecha 22 de junio de 2012, efectuado por el Especialista en Conservación Vial y con la conformidad del Jefe de Conservación Vial de la Unidad Gerencial de Conservación formalizado con el Memorándum N° 1608-2012-MTC/20.7 de fecha 25 de junio de 2012, respecto de una supuesta y pretendida aplicación de retenciones, descuentos y penalidades por la suma de S/. 2'781,881.26 nuevos soles que determina el saldo en contra del Consorcio por la suma de S/. 2'586,975.63 nuevos soles, incluido IGV.
8. Que, no estuvieron conforme con el resultado de la Liquidación efectuada por PROVIAS NACIONAL.
9. Que, con arreglo a lo previsto por el art. 179° del Reglamento y mediante Carta de fecha 02 de julio de 2012, formularon observaciones a la Liquidación de Contrato, fundamentando los respectivos presupuestos de orden legal y técnico.



10. Que, mediante Oficio N° 1021-2012-MTC/20 de fecha 05 de julio de 2012, PROVÍAS NACIONAL absolvió el traslado de las observaciones formuladas por el Consorcio a su Liquidación, comunicándoles que no acogerán dichas observaciones; hecho que determina que el Consorcio se encuentre facultado a someter las divergencias al mecanismo de solución de conflictos previsto en el convenio arbitral establecido en el Contrato.
11. Que, con respecto a los hechos relacionados con el consentimiento de la liquidación del Consorcio por vicio en el debido procedimiento administrativo, el Consorcio indica que, para los efectos del debido procedimiento administrativo previsto en el numeral 1 contenido en el art. 179° del Reglamento, PROVÍAS NACIONAL incurrió en evidente vicio en el procedimiento de liquidación, que en aplicación de los incisos 1, 2 y 3 del art. 10° de la LPAG, determina la invalidez e ineficacia de la liquidación aprobada por la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20 de fecha 27 de junio de 2012.
12. Que, el vicio al procedimiento se evidenció en el incumplimiento de la formalidad que constituye requisito esencial para su adquisición como acto administrativo que cause pleno efecto; dado que, el debido procedimiento administrativo de la liquidación del Contrato se encuentra regulado por el art. 179° del Reglamento, el mismo que ha establecido dos situaciones, a saber:
- i) El supuesto del numeral 1, si el Consorcio presenta a PROVÍAS NACIONAL su propia liquidación dentro del plazo de 15 días calendario, PROVÍAS NACIONAL deberá pronunciarse respecto de dicha Liquidación dentro del plazo de 15 días calendario.
  - ii) El supuesto del numeral 2, si el Consorcio no presenta la liquidación en el plazo de 15 días calendario, PROVÍAS NACIONAL lo elabora y notifica al Consorcio para que éste se pronuncie respecto de dicha Liquidación dentro del plazo de 15 días calendario.
13. Que, la liquidación del contrato se ha realizado observando el debido procedimiento establecido en el numeral 1, esto es que, el Consorcio fue quien presentó la liquidación del contrato producida con la Carta N° 012-2012 de fecha 12 de junio de 2012, recepcionada por PROVÍAS NACIONAL en la misma fecha.

14. Que, en el contexto normativo del referido numeral 1, de acuerdo con su primer párrafo, a PROVÍAS NACIONAL le correspondía pronunciarse con respecto a la liquidación presentada y notificar su pronunciamiento; sin embargo, no se pronunció con respecto a la liquidación sino que, contraviniendo la norma, elaboró otra liquidación y lo notificó, acto con el cual vició el debido procedimiento administrativo previsto en el Artículo 179° del Reglamento.
15. Que, PROVÍAS NACIONAL incurrió en una transgresión a la norma, dado que el segundo párrafo del mencionado numeral 1 establece que, una vez notificada PROVÍAS NACIONAL con la Liquidación, el pronunciamiento a que se encuentra obligada, no es el de elaborar su liquidación para contraponerla a la liquidación del Consorcio sino por el contrario, su obligación es la de formular observaciones; en dicho sentido, la norma dice textualmente: "Si la Entidad observa la liquidación presentada por el contratista, éste deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento en el plazo de cinco (05) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por la Entidad."
16. Que, cuando se refirió al hecho del pronunciamiento que debe hacer PROVÍAS NACIONAL, se entiende por el acto de formular observaciones a la liquidación del Consorcio y no el acto de elaborar otra liquidación y notificar al Consorcio.
17. Que, con referencia a los hechos relacionados con el consentimiento de la liquidación del Consorcio producida por la notificación extemporánea realizada por PROVÍAS NACIONAL, el Consorcio indica que, para los efectos del debido procedimiento administrativo establecido en el numeral 1 del Artículo 179° del Reglamento, la notificación de la liquidación de PROVÍAS NACIONAL realizada mediante correo electrónico se realizó en forma extemporánea al haber sido recibido a las 05:40 p.m., fuera del horario de oficina, el día 27 de junio de 2012, hecho que determina que PROVÍAS NACIONAL habría incurrido en evidente vicio en el procedimiento de liquidación y que en aplicación de los incisos 1, 2 y 3 del art. 10° de la LPAG, determinaría la invalidez e ineficacia de la liquidación aprobada por la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20 de fecha 27 de junio de 2012 por las siguientes consideraciones:

- La liquidación del Consorcio habría quedado materialmente consentida por los vicios incurridos por PROVÍAS NACIONAL en el acto de notificación, vicio referido a la notificación realizada fuera de los 15 días calendario siguientes de recibida la liquidación, contraviniendo el debido procedimiento administrativo de la liquidación del Contrato, previsto por el art. 179° del Reglamento, el mismo que, contempla como requisito esencial el acto propio de la notificación realizado durante el procedimiento. En ese sentido, la obligación de notificar y el acto de notificación resulta siendo transversal para todo el procedimiento desde que constituye garantía y principio del debido procedimiento administrativo y, de ella, se desprende verificar el hecho del consentimiento de la liquidación.
- Que, si bien es cierto que la Cláusula Especial Tercera del Contrato, ha establecido como válida las comunicaciones mediante correo electrónico y ha reservado ésta facultad para que PROVÍAS NACIONAL pueda realizar las notificaciones a la dirección electrónica consignada en el Contrato, para que el acto de notificación pueda surtir efectos legales, este se encuentra sujeto al cumplimiento del plazo previsto por el primer párrafo del numeral 1 del art. 179° del Reglamento, esto es que, debió haberse producido en el plazo fijado, el mismo que se encuentra determinado en la fecha cierta en que ésta es remitida; por tanto, el ejercicio de ésta facultad no es ilimitada ni arbitraria sino sujeto a éste requisito esencial previsto en el numeral 3.2 de la cláusula contractual que se cita a continuación: "3.2 Para este fin la Cédula de Notificación incluida como Anexo N° 09, con sus antecedentes, transmitida por cualesquiera de los medios electrónicos señalados precedentemente deberá consignar obligatoriamente la fecha cierta en que ésta es remitida; oportunidad a partir de la cual surtirá efectos legales."
- Que, se encuentra fehacientemente acreditado con el reporte del correo electrónico consignado como dirección electrónica del Consorcio en el exordio del Contrato: oist@oistsa.com, asignado a su Secretaria de Gerencia, Sra. Isabel Cárdenas Frías y que el correo electrónico enviado por el Sr. Edgar García Nieto se produce a las 05:40 p.m. del día 27 de junio de 2012, esto es en fecha extemporánea y fuera del horario de trabajo de la oficinas del Consorcio y fuera del horario de trabajo de PROVÍAS NACIONAL.

- Que, en relación al horario de atención al público usuario y como es de público conocimiento en la página Web y en el aviso pegado que aparece en la Oficina de Trámite Documentario, el horario de atención de PROVÍAS NACIONAL es de Lunes a Viernes de 08:30 am a 05:00 p.m. y, en el caso del Consorcio es de Lunes a Viernes desde las 8:30 am hasta las 05:30 p.m.
- Que, al hacer el cómputo del plazo previsto para que PROVÍAS NACIONAL se pronuncie dentro de los 15 días calendario, este venció a las 01:44 p.m. del 27 de junio del 2012, tomando en cuenta que para el cómputo de su liquidación fue presentada a las 01:44 p.m. del día 12 de junio del 2012 y la notificación se produjo a las 05:00 p.m.
- Que, aún en la hipótesis negada que el cómputo del plazo para efectuar la notificación no hubiera vencido a la hora en que fue presentada la Liquidación en la Oficina de Trámite Documentario (01:44 p.m. del día 27 de junio del 2012), éste plazo venció a las 05:00 p.m. dentro del horario de atención de PROVÍAS NACIONAL y fuera del horario de trabajo del Consorcio, en la situación que el correo enviado por el Sr. Edgar García Nieto se produjo a las 05:40 p.m. del día 27 de junio de 2012.
- Que, su posición se ve amparada en el Artículo 138.- Régimen de las Horas Hábiles de la LPAG, que establece en sus incisos 1, 2 y 3, que las horas hábiles corresponden al horario fijado para su funcionamiento sin que pueda ser menor a ocho horas diarias consecutivas. Asimismo, dicho horario de atención es establecido para favorecer el cumplimiento de las obligaciones y actuaciones administrativas y que ese horario es continuado para brindar todos los asuntos de su competencia y sin que pueda ser fraccionado.
- Que, al margen de su aplicación administrativa y, atendiendo al hecho que la liquidación del Contrato tiene naturaleza administrativa, la aplicación del Artículo 138º de la LPGA, deberá darse dentro del contexto de la equidad de las partes en la relación obligacional del Contrato y no de manera arbitraria ni en ventaja alguna solo para PROVÍAS NACIONAL, en el sentido que los plazos rigen en forma general y para ambas partes en aplicación del principio de equidad.

- Que, la notificación en cualquiera de sus modalidades previstas en el Artículo 20° de la LPAG, no se realiza de manera irregular o arbitraria, sino dentro de un acto debido para que surta sus efectos legales. En ese sentido, el numeral 18.1 del Artículo 18°.- Obligación de Notificar, establece que la notificación del acto será practicada de oficio y su debido diligenciamiento será responsabilidad de PROVIAS NACIONAL quien fue que lo dictó; igualmente importante, menciona que, en el numeral 16.1 del Artículo 16°.- Eficacia del Acto Administrativo, se señala que, el acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, por lo que, el Consorcio entiende que si el acto no se encuentra revestido de la formalidad del tiempo, plazo u horarios determinados, el acto deviene en inválido e ineficaz, ya que justamente este requisito es el que le otorga el valor de fecha cierta a la notificación en el ámbito administrativo, siendo sus requisitos esenciales la observancia de la fecha y la hora hábil para que ésta sea válida.

#### **POSICION DE LA ENTIDAD**

1. Sostiene la Entidad que, con fecha 04 de febrero de 2010, suscribieron con el Consorcio el Contrato de Supervisión de Obra No. 023-2010-MTC/20.
2. Que, en la cláusula cuarta de las disposiciones complementarias del Contrato de Supervisión, se indica que las partes integrantes y que el orden de prelación de los documentos que lo conforman, para efectos de su interpretación o integración, en caso de cualquier contradicción, diferencia u omisión, es el siguiente:
  - Términos de Referencia, especificaciones técnicas o expediciones técnicas o expediente técnico, según el objeto del proceso.
  - Bases integradas
  - Propuesta Técnico y Económica de EL CONSORCIO
  - El presente Documento Contractual
3. Que, mediante Carta S/N con fecha 02 de julio de 2012, el Consorcio observa la Liquidación del Contrato emitida por PROVIAS NACIONAL.



4. Que, con fecha 05 de julio de 2012, mediante Oficio N° 1021-2012-MTC/20, PROVÍAS NACIONAL comunicó al Consorcio la improcedencia de las observaciones, ratificándose en la Liquidación aprobada por PROVÍAS NACIONAL.
5. Que, el Consorcio pretende que se declare consentida y aprobada su liquidación presentada con carta N° 012-2012/CVH/L, de fecha 12 de junio de 2012, en base a los siguientes considerandos:

- Vicio en el procedimiento previsto en el numeral 1 del artículo 179 del Reglamento.
- Observación extemporánea de la liquidación emitida por la Supervisión.

6. Que, respecto a los "hechos relacionados con el consentimiento de la liquidación del Consorcio por vicio en el debido procedimiento administrativo", la Entidad señala que el Consorcio considera como inválida e ineficaz su Liquidación aprobada mediante Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20 de fecha 27 de junio de 2012, por supuestamente haberse transgredido el numeral 1) del artículo 179 del Reglamento, el cual establece:

*"El contratista presentará a la Entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación. La Entidad deberá pronunciarse respecto de dicha liquidación y notificar su pronunciamiento dentro de los quince (15) días siguientes de recibida; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación presentada por el contratista".*

7. Que, con fecha 16 de julio de 2012, mediante Carta N° 012-2012, el Consorcio presentó la Liquidación del Contrato, estableciendo un monto final ascendente a S/. 3'185,364.46 Nuevos Soles, incluido IGV, con un saldo a su favor por el monto de S/. 255,396.65 Nuevos Soles, incluido IGV.

8. Que, mediante Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20 PROVÍAS NACIONAL se pronunció respecto a la liquidación emitida por el Consorcio manifestando lo siguiente:

*"2.1 El Supervisor presentó la liquidación de su Contrato dentro del plazo estipulado en el Artículo 179 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. En ella, el Supervisor manifiesta que el Costo Final de la Supervisión asciende a S/. 3'185,364.46, inc. IGV, y el Saldo de liquidación a su Favor asciende a S/. 255,396.65, incluido IGV."*

9. Indica la Entidad que no existe transgresión a lo establecido en el numeral 1) del artículo 179° del Reglamento, toda vez que, PROVÍAS NACIONAL efectuó su pronunciamiento respecto de la liquidación del Contrato emitida por el Consorcio, dejando establecido su posición sobre esta en los numerales 2.1 al 2.6 de la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20.
10. Que, contrario a lo afirmado por el Consorcio, la elaboración de una nueva liquidación no constituye vicio alguno al procedimiento, toda vez que, dicha liquidación constituyó el medio por el cual PROVÍAS NACIONAL sustenta sus observaciones a la liquidación emitida por el Consorcio.
11. Que, por tanto, el pronunciamiento efectuado por la Entidad mediante Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20 no contraviene el procedimiento establecido en la norma, desvirtuándose lo señalado por el Consorcio, con lo cual la mencionada Resolución no adolece de vicios que puedan acarrear su nulidad como pretende el Consorcio.
12. Que, con respecto a los "hechos relacionados con el consentimiento de la liquidación del Consorcio producida por la notificación extemporánea realizada por PROVÍAS NACIONAL, la Entidad manifiesta que el Consorcio ha considerado consentida su liquidación por la supuesta notificación extemporánea realizada por PROVÍAS NACIONAL, amparándose en la hora de recepción del correo electrónico (05:40 p.m.) del día 27 de junio de 2012, fuera del horario de oficina.
13. Que, la Entidad considera que, a fin de determinar si es o no extemporánea la presentación de sus observaciones a la liquidación emitida por el Consorcio, es indispensable recurrir a lo establecido por las partes en el Contrato:

*"CLAUSULAS ESPECIALES DE EL CONTRATO*

**CLAUSULA ESPECIAL TERCERA.-**

3.1 Para los fines del presente contrato, constituyen formas validas de comunicación las que PROVIAS NACIONAL efectuó a través de los medios electrónicos, como son el fax y/o correo electrónico, para lo cual se utilizaran los números telefónicos y direcciones electrónicas indicados por EL SUPERVISOR en la introducción del presente Contrato.

3.2 Para este fin la Cedula de Notificación incluida como Anexo N° 09, con sus antecedentes, transmitida por cualesquiera 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.

3.3 Una vez efectuada la transmisión por fax o por correo electrónico, la notificación en el domicilio físico de EL SUPERVISOR no será obligatoria; no obstante, de producirse según Anexo N° 09 no invalidara 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.

3.4 Es responsabilidad de EL SUPERVISOR mantener activos y en funcionamiento el facsímil (fax) y dirección electrónica consignada en la introducción del presente Contrato; asimismo de conformidad con el artículo 40° del Código Civil, el cambio del domicilio físico y para efectos del presente contrato, de fax y de dirección electrónica, solo será oponible a PROVIAS NACIONAL si ha sido puesto en su conocimiento de manera indubitable."

14. Que, del Contrato se desprende que, el Consorcio autorizó el empleo de la notificación electrónica, y que ésta se entiende realizada en la fecha cierta y a partir de la cual surtirá efectos legales; que, los cambios u otras variaciones para efectos de la notificación solo serían oponibles desde su comunicación indubitable.

15. Que, la Entidad niega lo señalado por el Consorcio cuando manifestó en su demanda que las observaciones se realizaron fuera del plazo establecido en la norma, de quince (15) días calendario.

16. Que, con fecha 12 de junio de 2012, mediante Carta N° 012-2012, el Consorcio presentó la Liquidación del Contrato.

17. Que, de acuerdo al numeral 1) del artículo 179 del Reglamento, la Entidad tenía un

plazo de quince (15) días calendario para emitir pronunciamiento al respecto, el cual vencía el 27 de junio de 2012.

18. Que, con fecha 27 de junio de 2012, mediante Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20, la Entidad se pronunció en la misma fecha, respecto a la liquidación emitida por el Consorcio.
19. Que, la Entidad considera que emitió pronunciamiento oportuno, es decir, dentro del plazo legalmente establecido en la norma.
20. Que, respecto a lo afirmado por el Consorcio que la recepción del correo electrónico ha sido extemporánea al haberse efectuado fuera de su horario de oficina, la Entidad señala que, el numeral 3.2 de la Cláusula Especial Tercera del Contrato, no objetada por el Consorcio, ha establecido que las notificaciones se entenderán válidamente realizadas en la fecha cierta de su comunicación, a partir de la cual surtirán efectos legales. Por esta razón, la observación realizada en cuanto a la hora de su realización no resulta procedente.
21. Que, el Consorcio no le comunicó su horario de oficina, razón por la cual, no podía ser oponible en atención a lo dispuesto en el artículo 40° del Código Civil, el cual requiere la comunicación indubitable.
22. Que, asimismo, la Entidad considera que, debe tenerse presente que el correo electrónico varía en la hora de su recepción por factores ajenos como la sobrecarga en la red.
23. Que, por tanto, no es extemporáneo el pronunciamiento efectuado por PROVÍAS NACIONAL, mediante Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20, desvirtuando lo señalado por el Consorcio.
24. Que, el Consorcio no tiene sustentos válidos para solicitar que sea declarada consentida y aprobada la liquidación que elaboró, por lo que, deberá ser declarada infundada la pretensión planteada por el Consorcio.
25. Con referencia a la Pretensión subordinada a la principal, el Consorcio cuestiona la liquidación de PROVÍAS NACIONAL aprobada mediante Resolución Directoral N°

428-2012-MTC/20 con fecha 27 de junio de 2012, bajo los siguientes considerandos:

- Que, no se sustenta ni expone de manera coherente y de acuerdo con las actuaciones administrativas producidas durante la prestación de los servicios, las razones por el cual se obtiene montos de la liquidación que difieren con la liquidación del consorcio.
  - Que, no se desarrollan las causas que justifican la aplicación de las penalidades, descuentos y retenciones, entendiéndose que, estas se generarían por incumplimiento o deficiencias en la prestación de la Entidad.
26. Que, la Entidad considera que, el Consorcio no poseía razones valederas para observar el monto establecido en su liquidación.
27. Que, la liquidación final del Contrato consiste en un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al Contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total y el saldo económico que puede ser a favor o en contra del Consorcio. En ese sentido, la liquidación es un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá, teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales, el quantum final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar a cargo de las partes del Contrato.
28. Que, la Entidad ha sustentado técnicamente su liquidación con los cálculos correspondientes, los cuales forman parte de la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20.
29. Que, asimismo, el Consorcio tomó conocimiento de los cálculos que sustentan la liquidación de la Entidad, adjuntando los mismos a su escrito de demanda (folios 70 al 82).
30. Que, la Entidad cumplió con proporcionar un Resumen General de la Liquidación Final del Contrato, la cual grafica de manera expresa clara e inobjetable el saldo de la obra.
31. Que, el cuestionamiento realizado por el Consorcio, carece de sustento dado que su



liquidación ha sido debidamente sustentada, pudiéndose determinar que las diferencias con la liquidación del Consorcio son las siguientes: 1) Recalculo de las valorizaciones de la primera etapa, 2) Reajustes de las valorizaciones de la primera etapa y 3) Deducción de reajuste que no corresponde por adelanto otorgado.

32. Que, por otro lado, la Entidad señala que, el Consorcio no tiene sustento para cuestionar la aplicación de penalidades, descuentos y retenciones, toda vez que, la aplicación de las mismas es procedente debido al incumplimiento de las obligaciones contractuales del Consorcio, según los Términos de Referencia del contrato:

*"El Supervisor deberá tener presente que la contratación de la ejecución del Mantenimiento Periódico es bajo la modalidad de precios unitarios, y en ese sentido, un deficiente desempeño suyo en esta Primera Etapa del Servicio, que motive que PROVIAS NACIONAL se vea en la necesidad u obligación de incurrir en mayores gastos en la ejecución del Mantenimiento Periódico, ya sea porque no empleo el personal profesional o técnico idóneo, o porque no actuó con la diligencia debida, o por cualquier otra causa atribuible al Supervisor, hará que estos mayores costos sean a su cargo, descontándose de sus honorarios."*

33. Que, el Consorcio debía preparar oportunamente, de acuerdo a los plazos y cumpliendo los requisitos establecidos, los expedientes técnicos que involucren presupuestos adicionales y/o deductivos a que hubiera lugar, para su presentación y trámite de aprobación ante la Entidad y/o Contraloría General de la República.
34. Que, previamente a la solicitud de trámite de aprobación de los referidos expedientes técnicos, mediante el resolutivo correspondiente, o en la misma solicitud de trámite, el Consorcio sustentó la necesidad de ejecutar tales trabajos adicionales o su deducción, según corresponda, pues la cláusula décimo segunda del contrato señala:

*"CLAUSULA DECIMO SEGUNDA DEL CONTRATO:*

*12.8 Se aplicara una penalidad del 0.5% del Contrato original, por los siguientes conceptos:*

*12.8.1 Por no controlar eficientemente la ejecución de la obra y/o por no haber*

*adoptado oportunamente las acciones necesarias para un correcto trabajo.(El subrayado y negrita es nuestra)*

*12.9 Por no tramitar oportunamente a PROVIAS NACIONAL los presupuestos adicionales debidamente revisados (los que entre otros deberá contener necesariamente opinión concluyentes de los mismos), que como consecuencia de ello se tenga que ampliar el plazo a EL SUPERVISOR, con reconocimiento de gastos generales, EL SUPERVISOR asumirá el pago del 100% de los gastos generales que le corresponda a EL CONTRATISTA, a la vez que no se le reconocerá pago alguno por el tiempo correspondiente a la ampliación de plazo de su contrato, así como cualquier costo generado como consecuencia de esa causa."*

35. Que, la Entidad indica que, de las cláusulas contractuales anteriormente señaladas, son obligaciones contractuales del Consorcio las siguientes:
- Contar con personal profesional o técnico idóneo para controlar eficientemente la ejecución de la obra.
  - Revisar de manera oportuna los expedientes adiciones de obra y los deductivos correspondientes.
  - Emitir opinión concluyente respecto a las solicitudes de adicionales o deductivos de obra presentados por el ejecutor de la obra.
  - Asumir y efectuara un informe determinando la necesidad de ejecutar trabajos adicionales o su deducción
36. Que, las penalidades que corresponde aplicar por incumplimiento de las obligaciones contractuales del Consorcio son asumir el 100% de los mayores gastos que ocasione, y la penalidad del 0.5% del monto del contrato.
37. Que, la Entidad expresa que calculó por concepto de retenciones o descuentos y penalidades la suma de S/. 2'781,881.26 (Dos Millones Setecientos Ochenta y Un Mil Ochocientos Ochenta y Uno con 26/100 Nuevos Soles). Además, indica que esas penalidades correspondieron a los siguientes incumplimientos de parte del Consorcio:

DESCUENTOS

- Por no advertir, durante la supervisión de la obra, los metrados realmente a

ejecutarse por el adicional N° 03 y la consecuente modificación de la ampliación de plazo N° 06, de 50 a 40 días calendarios.

S/. 2'137,734.35 Nuevos Soles

- Por no advertir los gastos generales en demasía otorgados al Contratista en la aprobación del adicional de obra N° 03.

S/. 423,495.00 Nuevos Soles

- Reducción del servicio del supervisor por el tiempo de 10 d.c., correspondiente a la ampliación de plazo en demasía otorgada al Contratista.

S/. 76,802.27 Nuevos Soles

- Por no advertir el cambio de especialista del Contratista, sin contar con la autorización de PROVÍAS NACIONAL, lo que originó la aplicación de la penalidad al Consorcio.

S/. 105,600.00 Nuevos Soles

- Total de descuentos:

S/. 2'743,631.62 Nuevos Soles

#### PENALIDADES

- Por no advertir en la primera presentación de la liquidación de la obra, sobre la reducción de la ampliación de plazo N° 06, y consecuentemente, de la multa por atraso de obra.

S/. 12,749.88 Nuevos Soles

- Por no advertir a PROVÍAS NACIONAL, antes que termine LA OBRA, que se produjo una reducción del plazo en la ampliación de plazo N° 06 otorgada al Contratista.

S/. 12,749.88 Nuevos Soles

- Por no advertir a PROVÍAS NACIONAL, antes que termine LA OBRA, sobre el cambio del especialista de medio ambiente efectuado por el Contratista.

S/. 12,749.88 Nuevos Soles.

- Total penalidades:  
S/. 38,249.64 Nuevos Soles

38. Asimismo, la Entidad precisa que los incumplimientos contractuales del Consorcio se sustentan en la siguiente secuencia de eventos:

- Que, mediante Carta N° 084-2010-CVH con fecha 24 de julio de 2010, EL CONSORCIO manifestó su conformidad con el adicional de obra N° 03 y deductivo vinculante N° 02, señalando lo siguiente: *"indicando que esta Supervisión...encuentra el Expediente conforme y se eleva para una decisión del área técnica y Legal de Provias Nacional, se anexa el informe de nuestro Especialista en Metrados, Costos y Valorizaciones"*.
- Que, mediante Informe N° 055-2012-MTC/20.7.1.JND con fecha 22 de junio de 2012, PROVÍAS NACIONAL manifestó lo siguiente: *"al haber presentado un Presupuesto Adicional que no estaba debidamente revisado y que, como consecuencia de ello, se tuvo que ampliar el plazo del Contratista, debiendo asumir el pago del 100% de los gastos generales (de haber) y de la multa por atraso y penalidades que le correspondieron al Contratista y no reconociéndole pago alguno por el tiempo correspondiente a la Ampliación de Plazo de su Contrato..."*
- Que, mediante Aclaraciones a la Ejecución del Contrato de Obra con fecha 22 de agosto de 2011, EL CONSORCIO reconoció las deficiencias de su prestación al señalar lo siguiente: *"Considerando los metrados reales (finales) del Adicional de Obra N° 3, según el Diagrama Gantt (que se adjunta) solo se requieren de 40 días calendario, para su ejecución..."; "Dado que los Gastos Generales Variables del Adicional de Obra N° 03, ascendentes a la suma de S/. 498,343.28, han sido calculados por 60 días calendario, y que solamente se han requerido de 40 días calendario...deberá recalcularse los gastos generales..."; "Dado que la Ampliación de Plazo N° 06, se otorgó al Contratista cincuenta (50) días calendario, de los cuales solamente se utilizó cuarenta...se tiene un atraso de 10 días calendario en la entrega de la obra"; y "a través de informes mensuales*

*durante todo el proceso de ejecución de obra, durante los 12 meses, se considera a Max Calderón como especialista de Medio Ambiente, sin contar con la autorización de la Entidad”.*

39. Al respecto la Entidad considera que el Consorcio cumplió de manera deficiente sus obligaciones, las cuales han generado mayores gastos para la ejecución de la obra, toda vez que, el Contratista fue beneficiado con una ampliación de plazo mayor al que correspondía por los metrados reales del adicional de obra N° 03 y la inaplicación de la multa por retraso de obra.
40. Asimismo, la Entidad sostiene que, el Consorcio no cumplió con efectuar un adecuado control de la obra, por lo cual, no advirtió de manera oportuna el cambio del especialista de ambiente.
41. Con referencia a los “hechos relacionados con la liquidación elaborada por la entidad en el extremo de aplicación de penalidades, descuentos y retenciones”, PROVÍAS NACIONAL manifiesta que, el Consorcio pretendió justificar su accionar bajo los siguientes argumentos:
- Que, la variación de metrados obedeció al propio proceso constructivo.
  - Que, PROVÍAS NACIONAL ordenó variar la liquidación de EL CONTRATO elaborada por EL CONSROCIO, lo cual lo atacaron.
  - Que, los gastos generales en demasía otorgados a EL CONSORCIO fueron corregidos con las valorizaciones pagadas, otorgándole únicamente los mayores gastos generales por los cincuenta (50) días calendario.
  - Que, no procede descontar los mayores gastos generales por los 10 días calendario correspondientes a la ampliación en exceso aprobada.
  - Que, EL CONSORCIO no cuestionó al especialista de medio ambiente dado que PROVÍAS NACIONAL no manifestó pronunciamiento al respecto, sobre el cual recién se manifestarían el 11 de agosto de 2011, preguntando si se habría solicitado el cambio de profesional.
  - Que, no corresponde aplicar penalidades pues no existen demoras en LA OBRA al haberse ejecutado dentro del plazo ampliado.



42. Que, con respecto al primer argumento señalado por el Consorcio, que la variación de metrados obedeció al propio proceso constructivo, la Entidad señala que:
- Que, el artículo 196 del Código Procesal Civil dispone que *"la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión"*. Sin embargo, EL CONSORCIO no sustentó su afirmación por la cual los metrados habrían variado en más de 50%, demostrando con ello que está tratando de eludir su responsabilidad de no haber verificado los metrados a ejecutarse.
  - Que, sería hecho cierto el sobredimensionamiento de los metrados presentados por EL CONTRATISTA, quien habría realizado tal accionar para evitar la penalidad por atraso en LA OBRA.
  - Que este hecho ha sido realizado con la anuencia de EL CONSORCIO, quien debió cumplir con efectuar la verificación de los metrados al ser quien es el representante directo de PROVÍAS NACIONAL en LA OBRA.
43. Que, por lo expuesto la Entidad rechaza la justificación planteada por el Consorcio al incumplimiento de sus obligaciones contractuales.
44. Que, con referencia al segundo argumento, es decir, que PROVÍAS NACIONAL ordenó variar la liquidación del Contrato elaborada por el Consorcio, la Entidad indica lo siguiente:
- Que, el Consorcio pretendió desconocer sus propios actos manifestando que las modificaciones planteadas a la liquidación no han contado con su aprobación y, si bien, modifico su liquidación es por órdenes de PROVÍAS NACIONAL realizado mediante Carta N° 005-2011-MTC/20.7.
  - Que, el Consorcio faltó a la verdad, pues el mencionado documento no contiene órdenes conforme se desprende del tenor literal del mismo, sino que, son observaciones y precisiones a la misma para su absolución.
  - Que, la intención del Consorcio fue ir contra sus propios actos, lo cuales pretende desconocer en el presente proceso arbitral.
45. Que, por los motivos expuestos la Entidad rechaza la justificación planteada por el Consorcio al incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

46. Que, con respecto al tercer argumento, que los gastos generales en demasía otorgados al Consorcio fueron corregidos con las valorizaciones pagadas, otorgándole únicamente los mayores gastos generales por los cincuenta (50) días calendario, la Entidad manifiesta lo siguiente:

- Que, el Consorcio manifestó que su error de consignar mayores gastos generales por 60 días calendario para el adicional de obra N° 03 habría sido corregido.
- Que, dicha afirmación carece de veracidad, pues El Contratista exigió el pago del 100% de los mayores gastos generales aprobados en el presupuesto adicional de obra N° 03 los cuales ascienden a S/. 498,343.28 inc. IGV.
- Que, la penalidad aplicada por este concepto corresponde no a una intencionalidad, como lo define el Consorcio, sino a la falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo cual le implicó reconocer mayores gastos generales en exceso.

47. Que, por lo expuesto, la Entidad rechaza la justificación planteada por el Consorcio al incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

48. Que, con referencia al cuarto argumento, que no procede descontar los mayores gastos generales por los 10 días calendario correspondientes a la ampliación en exceso aprobada, la Entidad expresa lo siguiente:

- Que, el Consorcio pretendió que se le reconociera el 100% de sus gastos generales aduciendo que esta deducción es abusiva y arbitraria.
- Que, Provias Nacional niega tales afirmaciones, pues conforme lo dispuesto en el numeral 12.9 de las Disposiciones Complementarias del contrato, no se le reconocerá pago alguno por el tiempo correspondiente a la ampliación originada por negligencia del consorcio.
- Que, el término de la obra se realizó el 22 de febrero de 2011, tal como consta en el Asiento N° 517 del Cuaderno de Obra, en el cual el Consorcio comunicó el término de las obras, anotación que ha realizado libremente. Por ello, la Entidad niega que obligó al Consorcio a suscribir la referida anotación, siendo que dichas acusaciones no habrían sido acreditadas. Además, la Entidad considera que fue

una ligereza afirmar que se obligó al Jefe de Supervisión realizar tal anotación, más aun tomando en cuenta que dicho profesional falleció en Agosto de 2012.

49. Que, PROVÍAS NACIONAL considera que a partir de los motivos expuestos en el punto 4.47., rechaza la justificación planteada por EL CONSORCIO al incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

50. Que, con respecto al quinto argumento, es decir que, el Consorcio no cuestionó al especialista de medio ambiente dado que la Entidad no manifestó pronunciamiento al respecto, sobre el cual recién se manifestarían el 11 de agosto de 2011, preguntando si se habría solicitado el cambio de profesional, Provías Nacional indica lo siguiente:

- Que, el Consorcio prestó servicios de manera directa y debió supervisar los hechos acontecidos en La Obra, contando para ellos con personal técnico especializado y apto para realizar de manera eficiente su función.
- Que, el Consorcio no cumplió con efectuar de manera diligente sus obligaciones, pretendiendo trasladar su responsabilidad a Provías Nacional.
- Que, la falta de diligencia en sus prestaciones lo reconoció en la audiencia de fecha 19 de julio 2012, del proceso seguido entre Provías Nacional y Consorcio Perú, al haber respondido la pregunta 10 de la siguiente manera: *"Durante la ejecución de los trabajos lo que cuenta es el resultado, lo cual no significa que la supervisión no verifique la participación de los especialistas; a veces hay especialistas que se asisten con otros profesionales para su trabajo y en este caso en Medio Ambiente no percibimos ningún problema con el contratista, tampoco solicito ningún cambio. La orden para hacer la reducción del especialista también vino por la entidad después de que nosotros presentamos en la liquidación"*.
- Que, el Consorcio no cumplió con verificar el cumplimiento de las exigencias mínimas al Contratista, lo cual deja de manifiesto su cumplimiento deficiente.

51. Que, por los motivos expuestos la Entidad rechaza la justificación planteada por el Consorcio al incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

52. Que, con referencia al sexto argumento, que no corresponde aplicar penalidades pues no existen demoras en La Obra al haberse ejecutado dentro del plazo

ampliado, Provías Nacional sostiene lo siguiente:

- Que, las penalidades respondieron al cumplimiento deficiente de EL CONSORCIO, el cual permitió que EL CONTRATISTA se haya visto beneficiado en perjuicio del tesoro público.
- Que, las penalidades tienen sustrato legal al estar contempladas en EL CONTRATO suscrito por las partes.

53. Que, a partir de los motivos expuestos la Entidad rechaza la justificación planteada por el Consorcio respecto al incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

54. Que, la Entidad, considera que el Consorcio no tiene sustentos válidos para solicitar la declaratoria de validez y eficacia de su liquidación elaborada por tanto, deberá ser declarada infundada la pretensión planteada por el Consorcio.

55. Que, con referencia a la pretensión subordinada de la demanda, la Entidad señala que, las pretensiones accesorias siguen la suerte de la pretensión principal, en virtud del aforismo jurídico *"lo accesorio sigue la suerte de la principal"*.

56. Que, al demostrarse de acuerdo a lo señalado en su escrito de contestación a la demanda, que la primera y segunda pretensión referida a la liquidación carece de sustentos legales válidos por los cuales deben ser declaradas infundadas, en consecuencia, la pretensión accesoria también debería ser desestimada.

57. Finalmente, la Entidad indica que:

- Con respecto a la primera pretensión principal de la demanda, Provías Nacional considera que no corresponde declarar consentida y aprobada la liquidación elaborada por el Consorcio presentada con Carta N° 012-2012/CVH/L, y en consecuencia, no corresponde reconocer el pago del saldo al Consorcio, toda vez que, no se ha contravenido procedimiento de liquidación establecido en el numeral 1) del artículo 179 del Reglamento al haberse presentado las observaciones a la liquidación de manera oportuna y sin contravenir norma alguna.
- Con respecto a la primera pretensión subordinada de la pretensión principal de la demanda, Provías Nacional considera que no puede declararse válida y eficaz

la liquidación elaborada por el Consorcio, toda vez que, la misma fue observada acorde al procedimiento establecido.

- Con respecto a la primera pretensión accesorio de la pretensión principal de la demanda, Provías Nacional considera que no corresponde reformular la liquidación acorde a las pretensiones del escrito de demanda dado que estas carecen de sustento legal válido.

### **POSICION DEL TRIBUNAL**

Según lo expuesto por las partes, la controversia se centra en establecer, si corresponde declarar consentida la liquidación elaborada por el Supervisor con Carta No. 012-2012/CVH/L y como consecuencia de ello se ordene el pago del saldo a su favor en la suma de S/. 255,396.65 Nuevos Soles; asimismo, determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia de la Resolución Directoral No. 428-2012-MTC/20.

1. El Tribunal, a fin de dilucidar la presente controversia y teniendo en cuenta que la Entidad también ha elaborado su propia liquidación, debe verificar previamente si las partes cumplieron con el procedimiento de liquidación previsto en el Contrato de Supervisión y la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; por lo que considera en primer lugar hacer un análisis conceptual de este.

Al respecto, Miguel Salinas Seminario<sup>1</sup>, señala que la liquidación final del contrato de obra (de supervisión en el presente caso) consiste en un proceso de cálculo técnico bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, cuya finalidad es determinar, principalmente, el costo total de la obra, (en éste caso del servicio prestado por el Supervisor) y el saldo económico que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad.

2. Que, la liquidación, además, tiene como propósito verificar la corrección de las prestaciones a cargo de la Entidad y del contratista, constituyendo un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá, teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales, el quantum final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar a cargo de las partes del contrato.

<sup>1</sup> "Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra" [Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2º edición -2003. Pág. 44]



3. Que, transcurrida la etapa de liquidación, las relaciones jurídicas creadas por el contrato se extinguen. Esto último sucede porque el contrato ha alcanzado su finalidad, cual es satisfacer los intereses de cada una de las partes. Es por ello que el procedimiento de liquidación debe garantizar que cada una de las prestaciones haya sido debidamente verificada por cada una de las partes, de manera que los sujetos contractuales tengan la oportunidad de expresar en forma inequívoca su satisfacción o insatisfacción con la ejecución del contrato. Cabe señalar, que la liquidación presentada por una de las partes, dentro de los plazos estipulados en el Artículo N° 179° del Reglamento, que no es observada en su oportunidad, quedará aprobada para todos los efectos legales, ello ocurre por mandato expreso del acápite final del párrafo segundo del artículo 42° de Ley de Contrataciones del Estado, aun cuando contenga montos mayores a los que corresponden o considere valorizaciones realmente no pagadas, a tenor de lo opinado por el CONSUCODE en su OPINION 042-2006/GNP.
4. Que, al respecto la Cláusula Décimo Sexta del Contrato de Supervisión de Obra No. 023-2010-MTC/20, señala que la liquidación de obra se sujetará a lo establecido en el artículo 179° del Reglamento de la Ley de Contrataciones
5. Que, al respecto el artículo 42° de la Ley de Contrataciones del Estado, precisa:

*“Artículo 42.- Culminación del contrato*

*Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente.*

*Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquélla pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.*

*El expediente de contratación se cerrará con la culminación del contrato”.*

6. Por su parte, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 179°, precisa lo siguiente:

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

*1. El contratista presentará a la Entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación. La Entidad deberá pronunciarse respecto de dicha liquidación y notificar su pronunciamiento dentro de los quince (15) días siguientes de recibida; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación presentada por el contratista.*

*Si la Entidad observa la liquidación presentada por el contratista, éste deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento en el plazo de cinco (5) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por la Entidad.*

*En el caso que el contratista no acoja las observaciones formuladas por la Entidad, deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los cinco (5) días siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, según corresponda, en la forma establecida en los artículos 214° y/o 215°.*

*2. Cuando el contratista no presente la liquidación en el plazo indicado, la Entidad deberá efectuarla y notificarla dentro de los quince (15) días siguientes, a costo del contratista; si éste no se pronuncia dentro de los cinco (5) días de notificado, dicha liquidación quedará consentida.*

*Si el contratista observa la liquidación practicada por la Entidad, ésta deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento dentro de los cinco (5) días siguientes; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por el contratista.*

*En el caso de que la Entidad no acoja las observaciones formuladas por el contratista, deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los cinco (5) días siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, según corresponda, en la forma establecida en los artículos 214° y/o 215°.*

*3. Toda discrepancia respecto de la liquidación, incluso las controversias relativas a su consentimiento o al incumplimiento de los pagos que resulten de la misma, se resuelve mediante conciliación y arbitraje, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.*

*Una vez que la liquidación haya quedado consentida, no procede ninguna impugnación, salvo las referidas a defectos o vicios ocultos, las que serán resueltas mediante conciliación y arbitraje, de acuerdo con el plazo señalado en el artículo 52° de la Ley.*

7. Estando a que la norma legal precedente establece claramente el procedimiento a seguir para la Liquidación del Contrato de Supervisión, éste Tribunal analizará, si el procedimiento adoptado por las partes se encuentra arreglado a Ley.
8. Está acreditado en autos, que el Supervisor mediante Carta No. 012-2012/CVH/L, presenta la Liquidación a la Entidad, con fecha 12/06/12, con un saldo a su favor en la suma de S/. 255,396.65 Nuevos Soles (incluido IGV).
9. Que, la Entidad, con fecha 27/06/12, emite la Resolución Directoral No. 428-2012-MTC/20, la misma que es notificada al Supervisor en la misma fecha, a horas 5:40 pm., vía correo electrónico. Con dicho acto administrativo la Entidad aprueba su propia liquidación de contrato, con un saldo en contra del Supervisor en la suma de S/. 2'586,975.63 Nuevos Soles.
10. Que, el Supervisor mediante Carta de fecha 02/07/2012, formula sus observaciones a la liquidación de contrato elaborada por la Entidad, manifestando su disconformidad, precisando los presupuestos de orden legal y técnico en los cuales se fundamenta.
11. Que, la Entidad mediante Oficio No. 1021-2012-MTC/20 de fecha 05/07/12, comunica al Supervisor "no acoger las observaciones formuladas", lo cual ha determinado que el Contratista someta las controversias surgidas al mecanismo de solución de conflictos previsto en el convenio arbitral.
12. Que, teniendo como fecha de presentación de la Liquidación Final de Contrato por parte del Supervisor, el 12/06/12, de acuerdo a lo establecido en el artículo 179° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la Entidad tenía 15 días para pronunciarse sobre dicha liquidación y notificar su pronunciamiento dentro de dicho término; es decir, tenía hasta el 27/06/12 para notificar su pronunciamiento, caso contrario, se tendría por aprobada la liquidación presentada por el Supervisor, para todos sus efectos legales.
13. Al respecto fluye de autos, que la Entidad emitió la Resolución Directoral No. 428-2012-MTC/20, aprobando su propia liquidación con fecha 27/06/12 y fue notificada en la misma fecha al Supervisor, vía correo electrónico, ~~empero~~ a horas 5:40 pm, es decir, fuera del horario de atención del Supervisor y fuera del horario de atención de Provías.

14. La Cláusula Especial Tercera del Contrato de Supervisión, numerales 3.1 y 3.2 disponen textualmente lo siguiente:

*“CLAUSULA ESPECIAL TERCERA: DE LAS NOTIFICACIONES*

*3.1 Para los fines del presente contrato, constituyen formas válidas de comunicación las que PROVIAS NACIONAL efectúe a través de los medios electrónicos como son el fax y/o correo electrónico; para lo cual se utilizarán los números telefónicos y direcciones electrónicas indicados por el SUPERVISOR en la introducción del presente contrato.*

*3.2 Para éste fin la cédula de notificación incluida como anexo No. 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 del cual surtirá efectos legales.*

*..... ( )”*

15. Conforme podrá apreciarse, de lo acordado por las partes en la cláusula comentada, se concluye que para que la notificación de cualquiera de las comunicaciones efectuadas por la Entidad al Supervisor, vía correo electrónico o fax, surta sus efectos legales, se deben cumplir necesariamente los siguientes requisitos:

- a. Notificar la comunicación a la dirección electrónica indicada por el Supervisor en la introducción del contrato.
- b. Que, la cédula de notificación incluida en el anexo No. 09, con sus antecedentes transmitida por cualquiera de los medios electrónicos señalados consigne obligatoriamente la fecha cierta en que ésta es remitida;

16. En el presente caso, de la cédula de notificación por medios electrónicos (Anexo No. 09), presentado por la Entidad en el Anexo 1-G de su escrito de contestación de demanda, respecto al procedimiento de notificación de la Resolución Directoral No. 428-2012-MTC/20, se puede verificar lo siguiente:

- a. Que, el acto de la notificación se ha efectuado a la dirección electrónica señalada por el Supervisor, esto es a: oist@oistsa.com
- b. Que, el correo electrónico remitido por la Entidad se ha efectuado el 27//06/12
- c. Que, dentro del Contenido consignado en la cédula de notificación (Anexo 09), se consigna que se ha remitido al Supervisor la Resolución Directoral Nro. 428-

2012-MTC/20 y los Informes Nros. 055-2012-MTC/20.7.1.JND y 445-2012-MTC/20.3

En éste contexto se necesita confirmar la legalidad de la notificación efectuada por la Entidad, para los efectos de determinar sus efectos legales; para ello se procederá a analizar el contenido del correo electrónico que fluye en autos.

Del contenido del correo electrónico, se puede apreciar lo siguiente:

- a. Que, la comunicación remitida por la Entidad, fue recibida por el Supervisor el 27/06/12, a horas 5:40 pm.
- b. Que, en el correo se detalla los archivos adjuntos, que acompañan la comunicación, precisándose que se adjuntan 3 archivos PDF; el primero la Resolución Directoral No. 428-2012.PDF, el segundo: Informe RD. 428.PDF y el tercero: C.N. 181 CONSORCIO VIAL HUARMEY.PDF

17. De lo señalado se concluye, que si bien es cierto en la cédula de notificación elaborada por la Entidad se señala que se ha remitido al Supervisor la Resolución Nro. 428-2012-MTC/20 y los Informes Nros. 055-2012-MTC/20.7.1.JND y 445-2012-MTC/20.3; sin embargo, en el correo electrónico se puede apreciar que aparece como documentos adjuntos la Resolución Directoral Nro. 428-2012-MTC/20, Informe R.D. 428.PDF y la C.N. 181-CONSORCIO VIAL HUARMEY.PDF, no pudiéndose acreditar que el archivo denominado Informe R.D. 428-PDF, contenga los 2 informes (Nros. 055-2012-MTC/20.7.1.JND y 445-2012-MTC/20.3), que sustentan la liquidación final y que la propia entidad hace mención en la cédula de notificación; asimismo en dicha cédula no aparece consignado el horario de envío y/o recepción del correo electrónico, lo cual es una exigencia para el acto de notificación dispuesta en el numeral 3.2 de la Cláusula Especial Tercera del Contrato, de tal forma que se pueda determinar la fecha cierta, a partir del cual surte sus efectos legales.

18. Por otro lado, lo que hace inviable e invalida el acto de notificación, efectuada por la Entidad, es el hecho que la comunicación al Supervisor se haya efectuado a las 5:40 p.m. es decir, fuera del horario de atención de la Entidad, lo cual contraviene el debido procedimiento.



19. En efecto, conforme obra en el expediente y probado con el medio probatorio acompañado por el Supervisor en el Anexo 11, se puede apreciar que el horario de atención del MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES - PROVIAS NACIONAL es de Lunes a Sábado de 8:30 am. a 5:30 pm. y los domingos de 8:30 am. a 2:00 pm., por lo que PROVIAS NACIONAL no puede pretender se dé por válida una notificación remitida vía correo electrónico, fuera del horario habitual de atención, cuando ello contraviene sus propias disposiciones; máxime si se trata de un procedimiento que debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 179° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, porque así lo han dispuesto las mismas partes en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato, lo que significa el respeto irrestricto a los plazos y disposiciones del procedimiento de liquidación de Contrato para las partes contratantes.
20. Sin perjuicio a lo señalado, éste Colegiado debe precisar además que si analizamos el contenido literal del numeral 3.2 de la Cláusula Especial Tercera del Contrato "DE LAS NOTIFICACIONES", ésta señala lo siguiente:
- "3.2 para éste fin la Cédula de Notificación incluida como Anexo No., 09, con sus antecedentes, transmitida por cualesquiera de los medios electrónicos señalados precedentemente deberá consignar obligatoriamente la fecha cierta que ésta es remitida; oportunidad a partir del cual surtirá efectos legales"...*
21. Es, decir, que para que sea válido el acto de la notificación, en éste caso del pronunciamiento de la Entidad respecto a la Liquidación de Contrato elaborada por el Supervisor, además de los documentos sustentatorios correspondientes, deberá acompañarse la cédula de notificación incluida como Anexo No. 09.
22. En el presente caso la Entidad no ha demostrado que el correo electrónico remitido al Consultor, contenga la cédula de notificación incluida como anexo No. 09 y sus antecedentes, a que hace referencia el numeral 3.2 aludido, por cuanto, conforme se ha señalado en líneas anteriores, si bien es cierto figuran archivos adjuntos al correo remitido a la Entidad, no se ha demostrado la existencia cierta del contenido de los documentos adjuntos; por lo tanto, en el hipotético caso que la notificación por correo electrónico se hubiese realizado dentro del plazo legal, dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; dicho procedimiento deviene en ineficaz, por cuanto no se ha cumplido con el procedimiento prescrito en el numeral 3.2 de la Cláusula Especial Tercera del Contrato.

23. A mayor abundamiento, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el Artículo 20° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en el cual se establece las modalidades de notificación en orden de prelación; puntualmente:

*“Artículo 20.- Modalidades de notificación*

*20.1 Las notificaciones serán efectuadas a través de las siguientes modalidades, según este respectivo orden de prelación:*

*20.1.1 Notificación personal al administrado interesado o afectado por el acto, en su domicilio.*

*20.1.2 Mediante telegrama, correo certificado, telefax, correo electrónico; o cualquier otro medio que permita comprobar fehacientemente su acuse de recibo y quien lo recibe, siempre que el empleo de cualquiera de estos medios hubiese sido solicitado expresamente por el administrado.*

*20.1.3 Por publicación en el Diario Oficial y en uno de los diarios de mayor circulación en el territorio nacional, salvo disposición distinta de la ley.*

*20.2 La autoridad no podrá suplir alguna modalidad con otra, bajo sanción de nulidad de la notificación. Podrá acudir complementariamente a aquellas u otras, si así lo estimare conveniente para mejorar las posibilidades de participación de los administrados.*

*20.3 Tratamiento igual al previsto en este capítulo corresponde a los citatorios, los emplazamientos, los requerimientos de documentos o de otros actos administrativos análogos”.*

24. Asimismo se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 25° de la Ley 27444, en el cual se establecen ciertas reglas para que las notificaciones, surtan sus efectos; así tenemos:

*“Artículo 25.- Vigencia de las notificaciones*

*Las notificaciones surtirán efectos conforme a las siguientes reglas:*

*1. Las notificaciones personales: el día que hubieren sido realizadas.*

*2. Las cursadas mediante correo certificado, oficio, correo electrónico y análogo: el día que conste haber sido recibidas.*

*3. Las notificaciones por publicaciones: a partir del día de la última publicación en el Diario Oficial.*

*4. Cuando por disposición legal expresa, un acto administrativo deba ser a la vez notificado personalmente al administrado y publicado para resguardar derechos o intereses legítimos de*

*terceros no apersonados o indeterminados, el acto producirá efectos a partir de la última notificación.*

*Para efectos de computar el inicio de los plazos se deberán seguir las normas establecidas en el artículo 133 de la presente Ley”.*

25. Conforme se podrá apreciar de las normas mencionadas, la Ley del Procedimiento Administrativo, establece como una de las modalidades de notificación las efectuadas mediante correo electrónico; empero siempre y cuando su empleo haya sido solicitado expresamente por el administrado y exista constancia de haber sido recibida.
26. En el caso de autos, si bien es cierto el empleo de la notificación por correo electrónico no es un procedimiento que haya sido solicitado por el Supervisor, sin embargo es una de las condiciones establecidas en el Contrato de Supervisión, que ha sido aceptada por éste, al momento de su suscripción, no existiendo controversia al respecto; por lo tanto el Tribunal debe considerar como válido dicho procedimiento, sin embargo, conforme se repite el correo electrónico, mediante el cual se notifica la Res. Directoral No. 428-2012-MTC/20 se ha remitido a horas 5:40 pm.; fuera del horario habitual de atención de Provias de (8:30 am. a 5:00 pm.), lo cual resulta improcedente, toda vez que la Entidad no puede atribuirse de mutuo propio facultades para establecer plazos y horarios, de acuerdo a su conveniencia, para ello existe una normatividad y un procedimiento que debe ser respetado, por cada una de las partes.
27. Por otro lado, la Ley de Procedimiento Administrativo General, precisa que la notificación vía correo electrónico surtirá efecto desde el día que conste haber sido recibida, que como se encuentra acreditado en autos, la notificación se ha recepcionado con fecha 27/06/12, a horas 5:40 pm.
28. Concluyendo, para que la Resolución Directoral No. 428-2012-MTC/20, surta sus efectos y sea considerada válida su notificación, la Entidad debió haber cumplido con las formalidades que prescribe la Ley, es decir, que la notificación se haya efectuado en el domicilio del Supervisor dentro de los plazos previstos por el artículo 179° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, de tal forma que el Supervisor conozca de forma cierta y oportuna la decisión de la Entidad. Dicho procedimiento, como se repite ha sido previamente acordado por las partes en la Cláusula Décimo

Sexta del Contrato y merece obligatorio cumplimiento, sin embargo, éste Tribunal ha podido determinar que la Entidad no ha cumplido con dicha formalidad, en tanto no cumplió con notificar la Resolución correspondiente, dentro del plazo establecido en el artículo 179° del Reglamento, por lo que este Tribunal es de la opinión que corresponde aprobar la Liquidación de Contrato elaborada por el Supervisor y remitida a la Entidad mediante Carta No. 012-2012/CVH/L, resultando por lo tanto INEFICAZ la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20, al haberse notificado fuera del plazo legal.

29. Al respecto, la facilidad de uso del medio electrónico como forma válida de notificación, salvo pacto expreso en contrario, no puede soslayar las restantes obligaciones de una parte respecto de la otra, esto es, notificar dentro de los propios plazos y tiempos que hubiere correspondido en caso de una notificación bajo modalidad clásica (presencial). Es el caso que del contrato suscrito entre las partes, se advierte que se ha autorizado a notificar bajo medio electrónico, pero no se les ha eximido de hacerlo en el horario de atención de cada una de ellas, obligación que en este extremo se mantiene supérstite.

30. Sin perjuicio a lo señalado en los puntos precedentes, el Tribunal debe apreciar además que la Entidad, tampoco ha cumplido con la formalidad dispuesta en el artículo 179° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por cuanto frente a la liquidación del Supervisor presentada con Carta No.012-2012/CVH/L, la Entidad debió pronunciarse dentro del plazo de 15 días de recepcionada la Liquidación del Supervisor. Dicho pronunciamiento estaba limitada a que la Entidad presentara sus observaciones a la liquidación del Supervisor, de considerarlo pertinente. La norma en ninguno de sus puntos establece como posibilidad de la Entidad de elaborar una nueva liquidación, lo que si sucede en el Contrato de Obra, conforme es de verse de lo dispuesto en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado<sup>2</sup>, por lo tanto, al no haber la Entidad observado la liquidación del Supervisor y elaborado una nueva liquidación, ha obrado contrario a la norma legal mencionada, por lo que el procedimiento adoptado por la Entidad en

<sup>2</sup> Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra

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

este extremo contraviene lo dispuesto en el art. 179° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, resultando ineficaz la Resolución Directoral N° 428-2012-MTC/20; por lo tanto, el acto del consentimiento de la liquidación se ha producido en el presente caso por efecto y aplicación del mencionado artículo 179 del Reglamento, al contravenir la formalidad esencial que debe revestir el debido procedimiento administrativo, deviniendo en fundada la presente pretensión.

30. En línea con lo anterior, el Tribunal considera necesario dejar constancia de su criterio en relación a las actuaciones administrativas producidas durante la ejecución del contrato de ejecución de la Obra, como es el hecho que la Resolución Directoral N° 786-2010-MTC/20 de fecha 10 de agosto de 2010 y la Resolución Directoral N° 886-2010-MTC/20 de fecha 03 de setiembre de 2010, que aprobaron la ampliación de plazo N° 3 por 01 día y la ampliación de plazo N° 6 por 50 días calendario a favor del Contratista ejecutor se encuentran vigentes y en situación de consentidas, lo que no ha sido contradicho ni cuestionado por la Entidad. Esta circunstancia, indudablemente, determina que existe un estado de hecho de naturaleza jurídica que no podría vulnerarse en respeto al principio de legalidad y la seguridad jurídica, toda vez que los actos administrativos dictados por la Entidad vinculan los derechos y obligaciones del contrato de Supervisión.
31. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que el mero consentimiento de una liquidación contractual, no convalida ni legaliza el pago de partidas o rubros sin causa, es decir que carezcan de un sustento válido que se pueda deducir de las propias características del Contrato. En esta línea, no debe olvidarse que la pretensión y punto controvertido bajo análisis, tiene dos partes, una relativa al consentimiento o no de la liquidación del Contratista y una segunda, relativa al pago de un monto que el Contratista calcula en la suma de S/. 255,396.65 Nuevos Soles, incluido IGV.
32. Es decir, el mero consentimiento de la liquidación referida por encima de los cuestionamientos efectuados por su contraparte, no faculta al Tribunal Arbitral o Árbitro Único, para avalar u ordenar el pago de rubros que carecen de sustento material o, más específicamente, de causa alguna que motive su inclusión en la citada liquidación de parte. Para ser más concretos, ello quiere decir que no corresponde al Tribunal Arbitral o Árbitro Único revisar los cálculos que de más o de menos pudiesen contener los diversos rubros a los que se refiere la liquidación



efectuado por el Contratista, pero si le corresponde tener en cuenta si uno o más de tales rubros tienen o carecen sostenibilidad jurídica, entendida como la legalidad de su inclusión en la liquidación del Contrato de Consultoría de Obra.

33. Sostener lo contrario nos llevaría al absurdo de ordenar el pago de montos que no guardan coherencia con la cuantía del contrato, con los hechos previamente acordados o aceptados por las partes o, peor aún, que eventualmente podrían colisionar con expresas normas de Orden Público, afectando con ello la credibilidad y sostenibilidad de la Institución Arbitral.
34. En consecuencia, una liquidación consentida libera a las partes de una revisión de los devengados de menos o más en lo que se refiere a los montos debidamente sustentados o existentes, más en ningún caso una liquidación consentida puede generar un enriquecimiento sin causa.
35. Sobre dicho tema, se aprecia que dentro de los rubros comprendidos como parte de los montos a ser reconocidos a favor del contratista, no se descuenta el monto correspondiente a la penalidad imputada por su contraparte, en virtud del numeral. 2.0 PENALIDADES, respecto de "2.00 penalidades: según sub numeral 12.08.1 del numeral 12.8 de la cláusula décimo segunda del contrato de supervisión de obra", ascendente a la suma global de s/. 38,249.64 Nuevos Soles; pese a que en ningún momento EL CONSORCIO solicitó la calificación de atraso para determinar que este devenía en justificado, único medio válido para eximirse del pago de la penalidad por mora. En tal sentido, no es la liquidación del contrato el medio idóneo para refutar la existencia de un atraso injustificado que amerite la aplicación de penalidad, sino la solicitud o sustento que acredite que dicho atraso tuvo una justificación legalmente atendible.
- a. 36. Por tanto, a la liquidación de EL CONSORCIO ascendente a la suma de S/. 255,396.65 Nuevos Soles, debe restársele la suma de S/. 38,249.64 Nuevos Soles, lo que nos da un nuevo total ascendente a S/. 217,102.01 (Doscientos diecisiete mil ciento dos y 01/100 nuevos soles).

37. Conforme con todo lo anterior, la Primera Pretensión de la demanda del contratista, deviene en **FUNDADA EN PARTE** y, por su efecto, se da por aprobada, en los términos planteado en el párrafo anterior.

### Respecto al pago del saldo de la Liquidación del Contrato a favor del Supervisor

1. El artículo 42° de la Ley de Contrataciones del Estado y artículo 179° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante con las opiniones del CONSUCODE No. 042-2006/GNP y del OSCE N° 090-2011/DTN<sup>3</sup> y N° 104-2009/DT<sup>4</sup>, precisan que “la liquidación presentada por el Contratista (en este caso por el Supervisor), que no ha sido observado en su oportunidad por la Entidad, quedará aprobada para todos sus efectos legales”.
2. Sin perjuicio de ello, este Tribunal Arbitral, tal como ha sustentado al analizar la pretensión anterior, no puede amparar conceptos carentes de causa, motivo por el cual se ha determinado que corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la demandada el pago al Supervisor del saldo de la liquidación en la suma de S/. 217,102.01 (Doscientos diecisiete mil ciento dos y 01/100 nuevos soles), por lo que deviene en FUNDADA EN PARTE la segunda pretensión de la parte demandante.

<sup>3</sup>“2.4. En los casos en que la liquidación de una obra queda consentida por haberse notificado de forma extemporánea la resolución al contratista ¿qué acciones podría tomar la Entidad si el contratista incluyó partidas no ejecutadas o partidas que formaban parte de un deductivo de obra (previamente aprobado por el titular de la Entidad)?

2.4.2. Como se aprecia, el Reglamento ha establecido el procedimiento especial que deben seguir las partes para proceder a la liquidación del contrato de obra, debiendo resaltarse que dicho procedimiento incluye la posibilidad que las partes, sea la Entidad o el contratista, observen los extremos de la liquidación que consideren incorrecta. Sin embargo, dicha facultad de observación no es ilimitada, pues debe realizarse dentro de los plazos establecidos expresamente en la normativa, caso contrario, la liquidación se entenderá aprobada y consentida para todo efecto legal, conforme lo dispone el citado artículo 42 de la Ley.

*a.* <sup>4</sup>“2.1 Cuando una liquidación de contrato de obra ha quedado consentida, previa conformidad del supervisor de obra y del jefe del área de mantenimiento de la Entidad, y por haber transcurrido el plazo señalado en la Ley, ¿Es posible que la entidad (área contable) haga observaciones por existir omisiones e inconformidades sobre los aspectos económicos; de ser el caso, cuál es el procedimiento que debe seguir la Entidad para solucionar las observaciones o inconformidades en una liquidación de contrato de obra consentida?

2.1.1. Cabe precisar que el consentimiento de la liquidación final del contrato genera certeza respecto de todo su contenido, es decir, causa certeza respecto de la existencia de saldos a favor o en contra del contratista o de la Entidad, y de las acreencias que posteriormente cualquiera de las partes pudiera hacer valer ante su falta de pago. En ese sentido, si del documento fluyera que determinada valorización ha sido cancelada, ésta se entenderá pagada, en caso el contratista no observe dicho aspecto en los plazos estipulados.

*P.2.1.2.* En consecuencia, la liquidación presentada dentro de los plazos estipulados en el Reglamento que no es observada en su oportunidad, de acuerdo al procedimiento y los plazos señalados en el artículo 269° del Reglamento, quedará consentida para todos los efectos de la Ley”.

### **Respecto a la Primera Pretensión Subordinada a la Principal**

3. Al haberse amparado la pretensión principal, carece de objeto que el Tribunal se pronuncie respecto a la presente pretensión.

### **Respecto a la Pretensión Accesorio**

4. Habiéndose amparado la primera pretensión principal del Supervisor, deviene en improcedente la presente pretensión accesorio.

#### **4. ANALISIS DE LA PRIMERA PRETENSION RECONVENIDA**

*Determinar, si corresponde o no, que se tenga por válida y eficaz o por inválida o ineficaz para todos los efectos legales las observaciones efectuadas a la Liquidación de Contrato y la Liquidación comunicada por la Entidad mediante Resolución Directoral No. 428-2012-MTC/20, del 27.06.2012.*

Habiéndose aprobado la Liquidación de Contrato elaborada por el Supervisor y comunicada mediante Carta No. 012-2012/CVH/L, deviene en improcedente la primera pretensión reconvenida de la Entidad.

#### **5. ANALISIS DE LA SEGUNDA PRETENSION RECONVENIDA**

*Determinar, si corresponde o no, que se apruebe la Liquidación Final de Obra del Contrato de Supervisión de Obra No. 023-2010-MTC/20 con un saldo a favor de la Entidad de S/. 2'586,975.63 incluido IGV, más los intereses legales generados hasta la fecha de su cancelación, en el supuesto caso que no sea aprobado el saldo de la liquidación solicitada, determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral fije el monto correspondiente a la Liquidación Final del Contrato.*

Habiéndose aprobado la Liquidación de Contrato elaborada por el Supervisor y comunicada mediante Carta No. 012-2012/CVH/L, deviene en improcedente la segunda pretensión reconvenida de la Entidad.

## 6. ANALISIS DE LA TERCERA PRETENSION RECONVENIDA

*Determinar, si corresponde o no, que se ordene al Supervisor, reconocer y pagar como indemnización los daños y perjuicios generados a la entidad por un supuesto deficiente cumplimiento de obligaciones contractuales.*

- Que, nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad civil de naturaleza contractual, debiendo por ello aplicársele las normas relativas a la inexecución de obligaciones previstas en nuestro Código Civil, a fin de determinar cuáles son los daños que deben ser indemnizados.

Sobre el particular el Artículo 1321° del mencionado cuerpo legal señala lo siguiente:

“Artículo 1321.-

(...) el resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.(...)”

De acuerdo con la norma legal antes citada, el responsable debe indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero únicamente si son una consecuencia directa e inmediata de su inexecución.

a. - Que, para que se configure un supuesto de responsabilidad civil, es necesario que concurren conjuntamente algunos elementos (daño, relación causal y factor de atribución); en caso los referidos elementos no coexistan simultáneamente, no se configuraría un supuesto de responsabilidad civil, y por lo tanto no será atendible lo solicitado por el Contratista.

- Ahora bien, la Entidad ha reclamado la indemnización por daños y perjuicios generados a la Entidad por un supuesto deficiente cumplimiento de obligaciones contractuales; sin embargo la Entidad no ha acreditado, como supuesto perjudicado, los daños y perjuicios que se le habrían ocasionado y su cuantificación real, el Tribunal arbitral no puede amparar dicho extremo. En este extremo, tal como se ha señalado al momento de excluir de la liquidación de EL CONTRATISTA el monto correspondiente a la penalidad impuesta por la Entidad, la sola consignación de una pretensión en la liquidación de parte, no constituye el medio idóneo para incorporar un hecho incierto, que no se deduce

necesariamente de los términos del contrato y de las obligaciones asumidas por cada una de las partes.

- Que, a mayor abundamiento, el artículo 1331º del Código Civil, prescribe que la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponden al perjudicado, por lo que al no haberse acreditado la existencia de los supuestos daños, no corresponde que el Supervisor pague suma alguna referente a éste extremo, dejando a salvo el derecho de la Entidad de efectuar su reclamo en la vía y modo pertinentes. Por tanto, deviene en IMPROCEDENTE la tercera pretensión reconvenida.

## 7. ANALISIS DE LA CUARTA PRETENSION RECONVENIDA

*Determinar, a quien corresponde asumir las costas y costos del presente arbitraje.*

De acuerdo con el Artículo 52º de la Ley General de Arbitraje, los árbitros deben pronunciarse en el laudo sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio.

Dice la Ley que, si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo.

En el presente caso fluye del Contrato de Concesión, Sección XVI "Solución de Controversias", numeral 16.12, letra e), que las partes acordaron lo siguiente:

*"e) Todos los gastos que irrogue la resolución de una Controversia Técnica, o No-Técnica, incluyendo los honorarios de los árbitros que participen en la resolución de una controversia, serán cubiertos por la Parte vencida. Igual regla se aplica en caso la Parte demandada o reconvenida se allane o reconozca la pretensión del demandante o del reconviniente. También asumirá los gastos el demandante o el reconviniente que desista de la pretensión. En caso el procedimiento finalice sin un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones por causa de transacción o conciliación, los referidos gastos serán cubiertos en partes iguales por el demandante y el demandado. Se excluyen de lo dispuesto en esta cláusula los costos y gastos tales como honorarios de asesores, costos internos u otros que resulten imputables a una Parte de manera individual".*



Estando a lo expuesto y a lo acordado por las partes este Colegiado considera a efectos de regular el pago de tales conceptos, el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, al margen del hecho de que en concepto del Tribunal Arbitral ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, en consecuencia, este Tribunal estima que cada parte debe asumir directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, asumir los gastos, costos y costas que incurrió como consecuencia del presente proceso arbitral.

#### 8. ANALISIS DE LA QUINTA PRETENSION RECONVENIDA

*Determinar, si corresponde o no el reconocimiento de las penalidades y retenciones o descuentos señalados en la Liquidación de Provias Nacional*

Habiéndose aprobado la Liquidación de Contrato elaborada por el Supervisor y comunicada mediante Carta No. 012-2012/CVH/L, con las salvedades efectuadas al momento de analizar la Primera Pretensión de la parte demandante, deviene en FUNDADA EN PARTE la Quinta Pretensión Reconvenida, en cuanto corresponde descontar solo la suma de S/. 38,249.64 (Treinta y ocho mil doscientos cuarenta y nueve y 64/100 nuevos soles) por concepto de penalidades.

#### XIII. PARTE RESOLUTIVA

Que, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la expedición de este laudo, los principios del derecho a un debido proceso que orientan y ordenan todo arbitraje.

Que, por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Arbitraje, Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento, el Tribunal Arbitral, en Derecho,

**LAUDA:**

**PRIMERO:** Declarar **FUNDADA EN PARTE**, la primera pretensión principal del demandante, en consecuencia declarar aprobada la liquidación elaborada por el Supervisor presentada con Carta No. 012-2012/CVH/L con las precisiones efectuadas por este Tribunal Arbitral en la parte considerativa, así como ordenar que PROVIAS NACIONAL pague al CONSORCIO VIAL HUARMEY, el saldo a su favor en la suma de S/. 217,102.01 (Doscientos diecisiete mil ciento dos y 01/100 nuevos soles), incluido IGV e INEFICAZ la Resolución Directoral No. 428-2012-MTC/20, de fecha 27 de junio de 2012.

**SEGUNDO:** Declarar que **carece de objeto** pronunciarse respecto a la pretensión subordinada a la principal del demandante, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

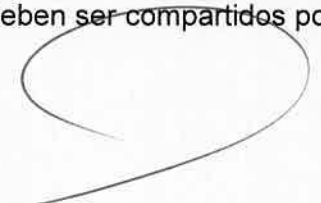


**TERCERO:** Declarar que **carece de objeto** pronunciarse respecto a la pretensión accesoria del demandante, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

*2*  
**CUARTO:** Declarar **IMPROCEDENTE**, la primera pretensión reconvenida de la demandada; por los fundamentos expuestos en los considerandos.

**QUINTO:** Declarar **IMPROCEDENTE**, la segunda pretensión reconvenida de la demandada; por los fundamentos expuestos en los considerandos.

**SEXTO:** Declarar **IMPROCEDENTE**, la tercera pretensión reconvenida de la demandada; por los fundamentos expuestos en los considerandos.


*3*  
**SEPTIMO:** Respecto a la cuarta pretensión reconvenida de la demandada, el Tribunal Arbitral, determina que los costos del proceso arbitral deben ser compartidos por las dos partes en iguales proporciones.



**OCTAVO:** Declarar **FUNDADA EN PARTE** la quinta pretensión reconvenida de la demandada, en cuanto corresponde descontar del saldo de la liquidación del contrato, elaborada por la parte demandante, la suma de S/. 38,249.64 (Treinta y ocho mil doscientos cuarenta y nueve y 64/100 nuevos soles), por los fundamentos expuestos en los considerandos.

**NOVENO:** Remítase al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado OSCE, copia del presente laudo arbitral.

**Notifíquese a las partes.**



**Dr. Ramiro Rivera Reyes**  
**Presidente del Tribunal Arbitral**



**Dr. Iván Galindo Tipacti**  
**Arbitro**



**Dr. Marco Martínez Zamora**  
**Arbitro**



**Silvia Rodríguez Vásquez**  
**Secretaria Arbitral**