

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

PROCESO ARBITRAL: ING. ANA CONSUELO CISNEROS IBANA CON EL INSTITUTO PERUANO DEL DEPORTE, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR LOS SEÑORES: DR. FLAVIO ZENITAGOYA BUSTAMANTE, ING. MARÍA ELIANA RIVAROLA RODRÍGUEZ E ING. MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ

1. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los 11 días del mes de diciembre del año dos mil trece.

2. LAS PARTES

- **Demandante:** INGENIERA CIVIL CONSUELO ANA CISNEROS IBANA (en adelante la Supervisora o la demandante)
- **Demandado:** INSTITUTO PERUANO DEL DEPORTE (en adelante el IPD o la Entidad)

3. DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- | | |
|--|---------------------------|
| - Dr. FLAVIO ZENITAGOYA BUSTAMANTE | - Presidente del Tribunal |
| - Ing. MARIA ELIANA RIVAROLA RODRÍGUEZ | - Árbitro |
| - Ing. MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ | - Árbitro |
| - Dr. JORGE MORÁN ACUÑA | - Secretario Arbitral |

4. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

RESOLUCIÓN N° 23

El Tribunal Arbitral designado por las partes de acuerdo con el convenio arbitral celebrado, luego de concluida las actuaciones arbitrales, habiéndose valorado el mérito de las pruebas ofrecidas y actuadas, escuchado los argumentos de las pretensiones planteadas en la demanda, la contestación y la reconvenición a la misma, con arreglo a las Reglas del Proceso Arbitral y aquellas contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobados por Decreto Legislativo N° 1017 y D.S. N° 184-2008-EF (en adelante la Ley y el Reglamento) aplicables al tiempo de la contratación y la relación contractual de las partes, se expide el siguiente Laudo:


I. MARCO LEGAL DEL CONVENIO ARBITRAL




Recibido
11-12-13
Ronald Velasco
44947780
Hora: 10:45 pm

La Entidad y la Supervisión de mutuo acuerdo y en forma voluntaria celebraron el convenio arbitral, conforme ha sido fijado en la Cláusula Vigésima: Solución de Controversias del Contrato derivado de la ADP N° 009-2009-IPD/OI de fecha 14 de octubre del 2010, para la Supervisión de Obra: Construcción del Coliseo de Sullana, Piura – II Etapa”, en virtud del cual establecieron que, cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º, 177º y 179º del Reglamento o en su defecto, en el artículo 52º de la Ley, definiendo que el arbitraje será de derecho y será resuelto por un Tribunal Arbitral integrado por tres miembros y, finalmente, concluye que, el laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

II. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL




Al haberse suscitado una controversia entre las partes, la Supervisora solicitó arbitraje designando como árbitro de parte al Ing. Mario Manuel Silva López y la Entidad, aceptó la solicitud y designó como árbitro de parte a la Ing. María Eliana Rivarola Rodríguez; acordando ambos designar como tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. Flavio Zenitagoya Bustamante.



Con arreglo al artículo 227º del Reglamento que dispone la obligatoriedad de la instalación del Tribunal Arbitral en materia de contrataciones del Estado, salvo el sometimiento a un arbitraje institucional, éste quedó instalado en la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral de fecha 19 de diciembre de 2011, acto en el cual registraron sus asistencia los representantes legales del Instituto Peruano del Deporte y la Ing. Ana Consuelo Cisneros Ibana, oportunidad en que se estableció las Reglas Procesales Aplicables al presente arbitraje, las actuaciones arbitrales, los honorarios del arbitrales y de la Secretaría Arbitral, los plazos para la demanda y la contestación y, las formalidades de la expedición del laudo.



III. VISTOS

- 
1. Con fecha 14 de octubre de 2010, el Instituto Peruano del Deporte y la Ing. Ana Consuelo Cisneros Ibana, firmaron el Contrato de Consultoría de Obra derivada de la A.D.P. N° 009-2009-IPD/OI, con la finalidad de supervisar la Obra: "Construcción del Coliseo de Sullana – Piura – II Etapa" por el plazo de 120 días calendario, por el monto de S/. 123,300.00 Nuevos Soles y a todo costo, incluido IGV.
 2. Con fecha 19 de diciembre de 2011, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral Ad Hoc, con la presencia de los

representantes legales del Instituto Peruano del Deporte y la Ing. Ana Consuelo Cisneros Ibana, estableciendo que el proceso arbitral será Ad Hoc, Nacional y de Derecho; asimismo, se establecieron las reglas del proceso, otorgándose un plazo de quince (15) días hábiles a la Ing. Ana Consuelo Cisneros Ibana para que presente la demanda.

3. Con fecha 09 de enero del 2012, la Supervisora presenta su demanda; luego de su calificación y cumplir los requisitos establecidos en las Reglas del Proceso, dio lugar a expedir la Resolución N° 02, resolviendo correr traslado de la demanda al Instituto Peruano del Deporte por el término de quince (15) días hábiles para que la conteste.
4. Con fecha 06 de febrero de 2012, la Procuraduría Pública del Ministerio de Educación en representación del Instituto Peruano del Deporte absuelve la demanda manifestando su posición y ofreciendo sus medios probatorios, asimismo, formula reconvencción, y se admiten sus medios probatorios; lo que dio lugar a expedir la Resolución N° 03 de fecha 10 de febrero de 2012, disponiendo correr traslado de la reconvencción a la demandante para que lo absuelva dentro del plazo de quince (15) días hábiles.

Cabe indicar que mediante la Resolución N° 6 de fecha 04 de abril de 2012, el Tribunal Arbitral declara improcedente la objeción al Arbitraje formulada por la demandada.

5. Con fecha 06 de marzo de 2013, la Ing. Ana Cisneros Ibana presenta escrito absolviendo la reconvencción y, mediante Resolución N° 04 de fecha 9 de marzo de 2012, se admite dicho escrito, procediendo a correr traslado del mismo a la demandada, citando a las partes a través de la Resolución N° 5 de fecha 21 de marzo de 2012 a la Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos para el día 03 de abril de 2013, no obstante se reprogramo dicha audiencia para el 11 de abril de 2012.
6. Con fecha 11 de abril de 2012, se lleva a cabo con presencia de las partes la Audiencia programada, admitiéndose los medios probatorios ofrecidos por las partes y fijando los puntos controvertidos que será materia de pronunciamiento por el Tribunal, asimismo, se procedió al saneamiento del proceso estableciendo la relación jurídico procesal de las partes.

IV. DE LA DEMANDA INTERPUESTA POR LA ING. ANA CONSUELO CISNEROS IBANA

Con fecha 09 de enero de 2012, la Ing. Ana Cisneros Ibana presenta su demanda planteando las siguientes pretensiones:

- A) LA APROBACIÓN POR SILENCIO POSITIVO DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 01, SOLICITADA MEDIANTE INFORME N° 025-2011/A.C.C.I-CONSULTOR, DE FECHA 28.02.11, RECIBIDO EL MISMO DÍA, POR CUARENTA Y CINCO (45), DÍAS CALENDARIOS, EN CONSECUENCIA SE OTORQUE LOS DÍAS SOLICITADOS, CON EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS MAYORES GASTOS GENERALES POR EL MONTO ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 46,237.50 (CUARENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE Y 50/100 NUEVOS SOLES), AL AMPARO DEL ARTÍCULO 175° DEL D.S. N° 184-2008-EF, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.
- B) LA APROBACIÓN POR SILENCIO POSITIVO DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 02, SOLICITADA MEDIANTE CARTA N°034-201 I/AC.C.I-CONSULTOR, DE FECHA 13.04.11 POR DIEZ (10), DÍAS CALENDARIO, EN CONSECUENCIA SE OTORQUE LOS DÍAS SOLICITADOS, CON EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS MAYORES GASTOS GENERALES POR EL MONTO ASCENDENTE A LA SUMA DE S/.10,275.00 (DIEZ MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO Y 00/100 NUEVOS SOLES), AL AMPARO DEL ARTÍCULO 175° DEL D.S. N°184-2008-EF REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.
- C) SE DECLARE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN N° 382-2011-P/PD DE FECHA 27.05.11, EN LA MISMA QUE LA ENTIDAD CONTRATANTE RESUELVE EL CONTRATO POR NO CUMPLIR CON LAS FORMALIDADES ESTABLECIDAS EN LA LEY, ELLO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 40° DEL D.L N°.1017 LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, CONCORDANTE CON EL ARTÍCULO 169° DEL D.S. N°184-2008-EF REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.
- D) LA OBLIGACIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE DE DAR SUMA DE DINERO (PAGO) DE LOS COSTOS (HONORARIOS DE ABOGADO) Y COSTAS (GASTOS DEL PROCESO: HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y DE LA SECRETARIA ARBITRAL) DERIVADOS DEL PRESENTE PROCESO, MAS LOS INTERESES HASTA LA FECHA DE SU CANCELACION.
- E) SE RECONOZCA Y ORDENE EL PAGO POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE SE ORIGINAN AL HABERSE EXCEDIDO LOS PLAZOS CONTRACTUALES; POR LA DEMORA INNECESARIA A LA SOLUCION DE LA PRESENTE CONTROVERSIA, COMO EL PERJUICIO CAUSADO POR GASTOS DE PAGOS A EMPRESAS ASESORAS PARA EL PROCESO DE CONCILIACION Y ARBITRAJE; TAL Y COMO LO ESTIPULA LOS ARTICULOS 1969° Y 1985° DEL CODIGO CIVIL; ASI COMO LAS UTILIDADES DEJADAS DE PERCIBIR POR TENER COMPROMETIDAS LAS GARANTIAS NO PERMITIENDO LA PARTICIPACIÓN DE MI REPRESENTADA EN DIVERSOS PROCESOS DE

SELECCIÓN, POR EL MONTO ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 12,330.00
(DOCE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y 00/100 NUEVOS SOLES).

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA:

La demandante desarrolla como fundamentos de hecho de su demanda, las siguientes consideraciones:

El día 14.10.10, luego del proceso de selección respectivo, mi representada y la Entidad Contratante, suscribieron el Contrato N° 078-2009 por el monto de S/. 123,300.00 (CIENTO VEINTITRÉS MIL TRESCIENTOS Y 00/100 NUEVOS SOLES), derivado de la Adjudicación Directa N° 002-2010-IPD/OI, para la supervisión de la Obra "Construcción del Coliseo de Sullana, Piura - II Etapa"

Según la CLAUSULA QUINTA: INICIO Y CULMINACION DE LA PRESTACION.- el plazo de ejecución de la prestación se estableció en Ciento Veinte (120), días calendarios.

Que, mediante Informe N° 025-2011/A.C.C.I-CONSULTOR de fecha 28.02.11, recibido el mismo día, solicitamos a la Entidad Contratante la Ampliación de Plazo N° 01 por Cuarenta y Cinco (45) días calendario por la causal de Ampliación de Plazo solicitada por el ejecutor de Obra, ello al amparo del Artículo 175° del D.S. N° 184-2008- EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Con Carta N° 027-2011/A.C.C.I-CONSULTOR de fecha 11.03.11, remitimos a la Entidad Contratante el Informe situacional de la obra, cumpliendo así con nuestra obligaciones contractuales.

Con Oficio N° 109-2011-SG/UPD, de fecha 14.03.11, la Entidad Contratante nos remite la Resolución N° 163-2011-P/IPD de fecha 07.03.11, en la misma que la Entidad Contratante resuelve aprobar la Ampliación de Plazo N° 01, al Consorcio Milenio ejecutor de la obra, mas no se pronuncia respecto de nuestra solicitud de Ampliación de Plazo solicitada, por lo que nuestra Ampliación de Plazo N° 01, quedó aprobada por silencio positivo al no haberse pronunciado la Entidad Contratante dentro del plazo de diez (10) días hábiles, ello al amparo del Artículo 175° del D.S. N° 184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Con Informe N° 026-2011/A.C.C.I-CONSULTOR de fecha 11.03.11, remitimos a la Entidad Contratante la Valorización N° 04 del mes de Febrero 2011, presentada por el Contratista Consorcio Milenio ejecutor de la Obra, en el cual señalamos que después de lo revisado se ha encontrado que los metrados valorizados no son concordantes con los metrados reales ejecutados.


Con Oficio N° 073-2011-OI-UO/IPD de fecha 15.03.11, la Entidad Contratante, nos devuelve la Valorización N° 04 del mes de Febrero 2011, para su reformulación.

Con Carta N° 027-2011/A.C.C.I-CONSULTOR de fecha 18.03.11, remitimos a la Entidad Contratante la Reformulación de la Valorización N° 04 de Febrero de 2011.

Con Oficio N° 083-2011-OI-UO/IPD de fecha 25.03.11, la Entidad Contratante, nos remite la Ficha N° 003-2011, a fin de tener en cuenta las recomendaciones expuestas en las próximas Valorizaciones.


Con Carta N° 033-2011/C.C.I-CONSULTOR de fecha 12.04.11, remitimos a la Entidad Contratante, el Informe situacional de la Obra, cumpliendo así con nuestra obligaciones contractuales.

Con Informe N° 032-2011/A.C.C.I.-CONSULTOR de fecha 12.04.11, remitimos a la Entidad Contratante la Valorización N° 05, presentado por el Contratistas Consorcio Milenio ejecutor de la Obra.

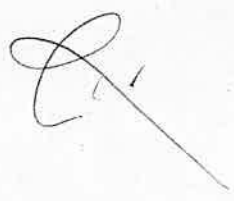


Con Carta N° 034-2011/A.C.C.I-CONSULTOR de fecha 13.04.11, remitimos a la Entidad Contratante nuestra Ampliación de Plazo N° 02 por diez (10) días calendario, la misma que quedó aprobada por silencio positivo, al no haberse pronunciado la Entidad Contratante, dentro del plazo de diez (10), días hábiles, ello al amparo del Artículo 175° del D.S. N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Con Informe N° 035-2011/A.C.C.I.-CONSULTOR de fecha 13.04.11, remitimos a la Entidad Contratante la corrección a la Valorización N° 05, presentado por el Contratistas Consorcio Milenio, ejecutor de la Obra.



Con Informe N° 038-2011/A.C.C.I.-CONSULTOR, de fecha 13.04.11, remitimos a la Entidad Contratante, nuevamente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01, por Cuarenta y cinco (45) días calendario.



Con Oficio N° 107-2011-OI-UO/IPD, de fecha 14.04.11, sorprendentemente la Entidad Contratante, señala que la Valorización N° 05, es cero, y que el contratista no continua con la ejecución de la obra según lo programado, y nos solicita informar las medidas correctivas, acciones administrativas, técnicas y legales, a tomar. En efecto mi representada valorizó de acuerdo a lo realmente ejecutado y la documentación presentada por el Consorcio Milenio, ejecutor de obra.

Con Oficio N° 212-2011-SG/IPD, de fecha 29.04.11, la Entidad Contratante nos comunica que la obra ha sido intervenida económicamente.

Con Oficio N° 222-2011-SG/IPD, de fecha 06.05.11, la Entidad Contratante nos remite la Resolución N° 289-2011-P/IPD de fecha 20.04.11, en la misma que resuelve aprobar nuestra Ampliación N° 01 por Cuarenta y cinco (45) días calendario sin el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales, dicha Resolución fue emitida fuera del plazo legal señalado en el Artículo 175° del D.S. N° 184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que nuestra Ampliación de Plazo quedó aprobada por silencio positivo.

Con Oficio N° 227-2011-SG/IPD de fecha 11.05.11, la Entidad Contratante nos remite la Resolución N° 323-2011-P/IPD de fecha 05.11.11, en la misma que resuelve aprobar nuestra Ampliación N° 02 por diez (10) días calendario sin el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales, dicha Resolución fue emitida fuera del plazo legal señalado en el Artículo 175° del D.S. N° 184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que nuestra Ampliación de Plazo quedó aprobada por silencio positivo.

Con Informe N° 037-2011/A.C.C.I-CONSULTOR de fecha 24.05.11, remitimos a la Entidad Contratante, el informe situacional de avance de obra al 20.05.11 y culminación de Contrato de Supervisión.

Con Oficio N° 252-2011-SG/IPD de fecha 30.05.11, la Entidad Contratante nos remite la Resolución N° 382-2011/IPD de fecha 27.05.11, en la misma que nos resuelve el Contrato de Supervisión de Obra; dicha documento no es Notarial, y fue emitido sin previo apercibimiento, por lo que, dicha Resolución deviene en Nula.

Al respecto, cabe mencionar que ante el procedimiento de sanción iniciado por la Entidad Contratante ante el OSCE, dicho Organismo emite el Acuerdo N° 879/2011.TC-S1-DE de fecha 28.11.11, en el mismo que Resuelve NO HA LUGAR, el inicio del procedimiento sancionador contra Ana Consuelo Cisneros Ibana, y en razón que la Entidad Contratante no ha cumplido con el procedimiento establecido para la resolución del contrato.

En ese sentido, cabe señalar que el procedimiento de Resolución de Contrato existe dos formalidades imperativas, las mismas que consisten en ser remitida por vía notarial y que previo a la Resolución de Contrato de haya apercibiendo, dichas formalidades deben ser cumplido obligatoriamente.

I° Formalidad.- La parte que Resuelve el contrato en nuestro caso la Entidad Contratante, debió remitir el documento en el que Resuelve el Contrato por vía notarial, ello está contemplado en el literal C) del Artículo 40° del D.L. N° 1017 Ley de Arbitraje, que señala lo siguiente:

Artículo 40°- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

En nuestro caso, la Entidad no ha cumplido con esta formalidad prescrita en la Ley.

2º Formalidad.- La parte que Resuelve el contrato en nuestro caso la Entidad Contratante, debió requerirnos mediante carta notarial para satisfacer las supuestas obligaciones incumplidas, y otorgarnos un plazo no menor de (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato, ello al amparo del Artículo 169º, del D.S. N° 184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala lo siguiente:

Artículo 169º.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

Esta formalidad prescrita en la normativa, la Entidad Contratante, no ha cumplido, por lo que la Resolución de Contrato deberá ser declarada Nula.

En ese sentido, la Entidad Contratante de manera ilegal emite la Resolución N° 382-2011-P/PD de fecha 27.05.11, no cumpliendo con la Formalidades prescritas en la Ley, por cuanto dicha resolución no cumple con los requisitos de validez del Acto Administrativo, específicamente con inciso 5, del Artículo 3°, de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, que señala lo siguiente:

Artículo 3°.-Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

En consecuencia la Resolución N° 382-2011-P/PD de fecha 27.05.11, deviene en Nula y/o Ineficaz, por haberse dictado sin cumplir con los requisitos del Acto Administrativo y por ende en contravención al D.L. N° 1017 Ley de Contrataciones del Estado, y el D.S. N° 184- 2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ello al amparo del inciso 1 y 2, del Artículo 10°, de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General, el mismo que señala lo siguiente:

Artículo 10°.- Causales de nulidad

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

La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

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

En efecto, al declararse la Nulidad de la Resolución N° 382-2011-P/PD de fecha 27.05.11, se retrotrae los actos al estado anterior en que se produce la Resolución y empero al haberse consumado la Resolución de Contrato, mi representada tiene derecho a la indemnización por el perjuicio ocasionado ello al amparo del Artículo 12° de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General, el mismo que señala lo siguiente:

Artículo 12°- Efectos de la declaración de nulidad

12.1 La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro. 12.3 En caso de que el acto viciado se hubiera consumado, o bien sea imposible retrotraer sus efectos, sólo dará lugar a la responsabilidad de quien dictó el acto y en su caso, a la indemnización para el afectado.

CONCLUSIONES DE LOS FUNDAMENTOS

A) Que, a mérito de lo expuesto, se colige que la Entidad Contratante actuó de manera injusta e ilegal al no atender adecuadamente nuestras solicitudes de Ampliaciones de Plazo, emitir en la Resolución N° 382-2011-P/PD de fecha 27.05.11, en la que nos resuelve el contrato sin cumplir con las formalidades prescritas por Ley.

B) Igualmente debemos señalar que, con las controversias surgidas con la Entidad Contratante y ante el presente proceso arbitral, se nos ha generado un perjuicio frente a las empresas del sistema financiero nacional ya que al tomar conocimiento de ello, éstas elevaron nuestra calificación de riesgo, exigiéndonos gravar nuevos inmuebles para la cobertura de las garantías ya emitidas.

C) Ante lo manifestado por la Entidad Contratante, mi representada instó a solucionar la controversia, considerando que no existen criterios para que de oficio se declare la nulidad del contrato; de este modo, solicitamos ventilar la controversia en la instancia Arbitral para solucionar las controversias de la manera más rápida y sin causar un perjuicio económico mayor.

D) Ahora bien, en cuanto a la conceptualización doctrinaria y de literatura especializada, respecto de la indemnización por daños y perjuicios causados por la Entidad Contratante, debo manifestar lo siguiente:

E) La doctrina y la literatura especializada contemplan que el hecho dañoso puede constituir una conducta activa u omisiva del agente del daño (en este caso de la Entidad Contratante), tratarse de un supuesto doloso o culposo, o de un hecho que no siendo doloso ni culposo, puede vincularse al resultado (daño), a través de un factor objetivo de atribución (riesgo o peligro creados, garantía de reparación, equidad, etc.).

F) Ahora bien en lo referente a la culpa inexcusable, esta misma no trata de una negligencia cualquiera, apenas un descuido, un olvido circunstancial, sino de una torpeza mayor inaceptable en una persona de intelecto medio, a quien no se le puede aceptar ninguna clase de disculpa ni justificación.

En cuanto al daño emergente, este consiste en la disminución del patrimonio ya existente del acreedor; es el empobrecimiento real y efectivo que sufre el acreedor con ocasión del incumplimiento de la obligación de parte del deudor. Así tenemos que la Entidad Contratante actuó inobservando la normatividad vigente negándose en todo momento a solucionar nuestras controversias siendo intransigente en su actuar, al rechazar nuestra solicitud a conciliar, causando un perjuicio económico mayor.

G) Los demás reclamos que serán ampliados en su oportunidad.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN:

El Instituto Peruano del Deporte, a través de la Procuraduría Pública del Ministerio de Educación con fecha 06 de febrero de 2012, procede a contestar la demanda, formulando inicialmente objeción al arbitraje en los siguientes términos:

OBJECION AL ARBITRAJE

Conforme se observa en la Carta N° 013-2011-ACCI, la demandante solicitó arbitraje señalando como pretensión o controversia *"la Nulidad y/o Ineficacia de la Resolución N° 382-2011-P/IPD de fecha 27-05-11, recibida el 01-06-2011"*, indicando que *"el monto involucrado en estos reclamos asciende aproximadamente a S/.12,330.00..., más los intereses que se generen hasta la fecha de pago"*.

Lo cierto es que en la demanda la contraria presenta las siguientes pretensiones:

"A) La aprobación por silencio positivo de nuestra ampliación de plazo N° 01, solicitada mediante Informe N° 025-2011/ACCI-CONSULTOR, de fecha 28-02-11, recibido el mismo día, por cuarenta y cinco (45) días calendarios, en consecuencia se nos otorgue los días solicitados, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales por el monto ascendente a la suma de S/. 46,237.50 (CUARENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE Y 50/100 NUEVOS SOLES), al amparo del Art. 175 del D.S. N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

B) La aprobación por silencio positivo de nuestra ampliación de plazo N° 2, solicitada mediante Carta N° 034-2011/ACCI-CONSULTOR de fecha 13-04-11 por (10) días calendarios, en consecuencia se nos otorgue los días solicitados, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales por el monto ascendente a la suma de S/. 10,275.00 (DIEZ MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO Y 00/100 NUEVOS SOLES), al amparo del Artículo 175° del D.S. 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

C) Se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución N°382-2011-P/PD de fecha 27.05.11, en la misma que la entidad contratantes nos resuelve el contrato por no cumplir con las formalidades establecidas en la ley, ello al amparo del Artículo 40° del D.L. Ley de Contrataciones del Estado, concordante con el Artículo 169° del D.S. N° 184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

E) La obligación por parte de la entidad contratante, de dar suma de dinero (pago), de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso:

honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaría arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

F) Se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan al haberse excedido los plazos contractuales; por la demora innecesaria a la solución de la presente controversia como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje; tal y como lo estipula los artículo 1969 y 1985 del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantía no permitiendo la participación de mi representada en diversos procesos de selección, por el monto ascendente a S/. 12,330.00 (DOCE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y 00/100 NUEVOS SOLES)".

Es decir, indica que la Ing. Ana Cisneros Ibana agrega al momento de presentar su demanda las pretensiones A), B) y E), las cuales no fueron materia de controversia en la solicitud de arbitraje, acreditándose con ello la falta de interés para obrar de la demandante y la incompetencia del Tribunal Arbitral para resolver sobre el particular.

En atención a ello, solicita que se declare FUNDADA la objeción presentada y ordene el archivo de las pretensiones A), B) y E).

El Tribunal Arbitral, mediante la Resolución N° 6 de fecha 04 de abril de 2012, declara improcedente la objeción al Arbitraje formulada por la demandada.

PRETENSIONES DEL DEMANDANTE

Mediante el presente proceso arbitral la Ing. ANA CONSUELO CISNEROS IBANA, presenta las siguientes pretensiones:

"A) La aprobación por silencio positivo de nuestra ampliación de plazo N°01, solicitada mediante Informe N° 025-2011/ACCI-CONSUL TOR de fecha 28-0211, recibido el mismo día, por cuarenta y cinco (45) días calendarios, en consecuencia se nos otorgue los días solicitados, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales por el monto ascendente a la suma de S/.46,237.50 (CUARENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE Y 50/100 NUEVOS SOLES), al amparo del Art. 175 del D.S. N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

B) La aprobación por silencio positivo de nuestra ampliación de plazo N°2, solicitada mediante Carta N° 034-2011/ACCI-CONSULTO R de fecha 13-04-11 por (10) días calendarios, en consecuencia se nos otorgue los días solicitados, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales por el monto ascendente a la suma de S/.10,275.00 (DIEZ MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO Y 00/100

NUEVOS SOLES), al amparo del Artículo 175° del D.S. 184- 2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

C) Se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 382-2011 -P/PD de fecha 27.05.11, en la misma que la entidad contratantes nos resuelve el contrato por no cumplir con las formalidades establecidas en la ley, ello al amparo del Artículo 40° del D.L. Ley de Contrataciones del Estado, concordante con el Artículo 169° del D.S. N° 184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

E) La obligación por parte de la entidad contratante, de dar suma de dinero (pago), de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso: honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaría arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

F) Se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan al haberse excedido los plazos contractuales; por la demora innecesaria a la solución de la presente controversia como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje; tal y como lo estipula los artículos 1969 y 1985 del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantía no permitiendo la participación de mi representada en diversos procesos de selección, por el monto ascendente a S/. 12,330.00 (DOCE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y 00/100 NUEVOS SOLES)".

FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

RESPECTO A LA APROBACION DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 1 Y EL RECONOCIMIENTO DE GASTOS GENERALES

Conforme se observa en la demanda, la Ing. Ana Consuelo Cisneros Ibana pretende que el Tribunal Arbitral apruebe por silencio administrativo positivo la ampliación de plazo N° 1 por 45 días calendarios y el pago de mayores gastos generales ascendente a la suma de S/. 46,237.50 Nuevos Soles.

Sin embargo, dicha pretensión no ha sido debidamente sustentada por la contraria, simplemente dedica los numerales 4.2.3 y 4.2.15 de la demanda para referirse a ella; tampoco acredita el monto señalado por el pedido de gastos generales.

En atención a ello, dicha pretensión debe ser declarada INFUNDADA, pues como es de conocimiento de la contratista, en el numeral 13 del Acta de Instalación se señala que toda demanda arbitral debe ser presentada debidamente sustentada y con los medios probatorios que respalde la pretensión planteada, lo cual no se ha dado en el presente caso.

Además debo precisar, que con la Resolución N° 289-2011-P/IPD de fecha 2004-11 el Instituto Peruano del Deporte resolvió con anterioridad la ampliación de plazo N° 1 señalándose en la parte resolutive lo siguiente:

"Artículo 1°.- Aprobar la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por el lapso de cuarenticinco (45) días calendario, formulada por la Supervisora Ing. Ana Cisneros Ibana, con relación a la obra "Construcción del Coliseo Cerrado de Sullana - 2da Etapa", siendo la nueva fecha de término contractual el 13-04-2011, de conformidad a los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- La Unidad de Obras deberá establecer los mayores gastos generales que pudieran corresponder a la Supervisora, como consecuencia de la presente aprobación de la Ampliación de Plazo N° 01.

Respecto al Art. 2 de la resolución mencionada debo señalar, que posteriormente se determinó que la supervisora de obra, Ing. Ana Cisneros Ibana, NO ESTUVO EN LA OBRA Y QUE INCUMPLIÓ EL CONTRATO, por lo que no le correspondía el pago de gasto general alguno.



Sobre el particular debo precisar, que en el mes de marzo la Supervisora de Obra presentó la Valorización N° 5, señalando que ésta era 0.00%, es decir que no existió ejecución de obra, lo cual se corrobora en las anotaciones efectuadas por la demandante en el cuaderno de obra.

Asimismo, mi representado observó que hay anotaciones realizadas en forma forzada en el cuaderno de obra, con borrones y correcciones, sin seguir un orden cronológico y aumentando anotaciones en reglones cerrados, no acorde con lo señalado en el Art. 194 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, tal como detallo a continuación:

- a) En el Folio N° 53 del cuaderno de Obra N° 1 se anota el asiento N° 125, cuya fecha es 08-03-11, siendo anotado el 09-03-11 el asiento 125-A en vez de ser el 126, lo cual es irregular.
- b) En el Folio N° 54 del cuaderno de Obra N° 1 se anota el asiento N° 128, cuya fecha es 12-03-11, siendo anotado el 14-03-11 el asiento 128-A en vez de ser el 129, lo cual es irregular.
- c) Asimismo en el asiento 142 del Cuaderno de Obra N° 1, folio 59, se observa que se adulteró su contenido, pues fue suscrito con otra tinta de lapicero lo siguiente: "Con Oficio N° 083-2011-OI-UO/IPD del 25/03/11 el Arq. Espino realiza observaciones al pago de la valorización N° 01, por lo que recomiendo no cancelar dicha valorización N° 04". Dicha afirmación no es

cierta, pues en el documento mencionado se recomienda que se tramite la valorización N° 4 enviada por la Supervisión y que en la próxima valorización cumpla con implementarla acorde con lo observado.

Finalmente, con el Informe N° 017-2011-IO-UO/IPD/MAC de fecha 20-04-11, suscrito por el Ing. Marco Cossio Tapia, quien visitó la obra el 19-04-11, se informó que la misma se encontraba atrasada, recomendando que sea monitorizada e indicando 2 obligaciones técnicas que han ido en contra de los intereses del Estado, las cuales detallo a continuación:

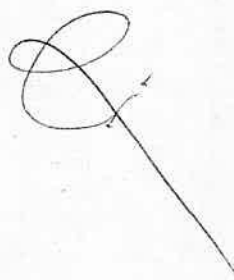
- 
- a) La obra ha estado paralizada desde el 27/02/2011 a la fecha de visita (19/04/11) injustificadamente, sin las medidas correctivas que hubiera recomendado tomar la supervisión, no siendo informado el IPD sobre el particular en forma oportuna. La información debió efectuarse en forma coincidente con las anotaciones que se realizaba en el cuaderno de obra, en los asientos 125-A, 127, 138 Y 143, con lo cual se acredita que la demandante no cumplió con sus obligaciones contractuales.
- b) La obra se encuentra "Sobrevalorizada" en varias subpartidas y partidas, entre las que tenemos la partida N° 02 "Estructura de Techo", subpartida N°2.02.- Montaje de Estructura de Techo Metálico, valorizada en 1.07%, encontrándose realmente en 0.00%, la subpartida 2.03.- Pintura de Estructuras metálicas, valorizada en un avance de 60.00%, encontrándose realmente en un avance de 5.16%, la subpartida N° 2.04.- Cobertura Techo Termoacústico Trapezoidal E=2 mm, valorizada en 79.16%, encontrándose realmente en un 0.00% de avance, encontrándose un avance de 63% y no 74.25% de lo declarado por la supervisora de obra.
- 



RESPECTO A LA APROBACION DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 2 Y EL RECONOCIMIENTO DE GASTOS GENERALES

Respecto a esta pretensión, la demandante Ana Consuelo Cisneros Ibana pretende que el Tribunal Arbitral apruebe por silencio administrativo positivo la ampliación de plazo N° 2 por 10 días calendarios y ordene el pago de la suma de S/. 10,275.00 Nuevos Soles por gastos generales.

Sobre el particular debo precisar, que al igual que la pretensión anterior, la contraria simplemente hace mención de ella en los numerales 4.2.3 y 4.2.16 de la demanda, sin acreditar el monto señalado por los supuestos gastos generales.



En atención a ello, dicha pretensión debe ser declarada INFUNDADA, pues como es de conocimiento de la contratista, en el numeral 13 del Acta de Instalación se señala que toda demanda arbitral debe ser presentada debidamente sustentada, lo cual tampoco se ha dado en el presente caso.

RESPECTO A LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCION N° 382 2011- P/PD

Con fecha 28-10-10, el Instituto Peruano del Deporte (IPD) suscribió el Contrato N° 009-2010-OBRA-IPDCONSORCIOMILENIO, con el Consorcio Milenio, para la ejecución de la obra "Construcción del Coliseo Cerrado de Sullana - 2° etapa", por el Sistema de Suma Alzada y por el plazo de 120 días calendario, siendo la fecha de inicio contractual el 31-10-2010 y la fecha de culminación el 27-02-2011.

En atención a ello, el 14-10-10 se suscribió el Contrato N° 010-2010-OBRA-IPD de consultoría de obra bajo el Decreto de Urgencia N° 078-2009, Adjudicación Directa N° 009-2009-IPD0, con la Ing. Ana Consuelo Cisneros Ibana, para la supervisión de la obra mencionada precedentemente, a cargo del Consorcio Milenio, por un plazo de 120 días y por un monto total de S/. 123,300.00 Nuevos Soles a todo costo, incluido IGV.

Por Resolución N° 163-2011-P/IPD del 07-03-2011 fue aprobada la ampliación de plazo N° 1 por el lapso de 45 días calendario, formulada por el Consorcio Milenio, siendo la nueva fecha de término Contractual el 13-04-2011.

Con la Res. N° 289-2011-P/IPD del 20-04-11 se aprobó la Ampliación de Plazo N°1 por 45 días calendarios del contrato de Supervisión de la Obra "Construcción del Coliseo Cerrado de Sullana-2da Etapa", a cargo de la Ing. Ana Cisneros Ibana, siendo la nueva fecha de término contractual el 13-04-2011.

Lo cierto es que con el Informe N° 026-2011/ACC-CONSULTOR, presentado el 11-03-11, la demandante envió la Valorización N° 4 del Consorcio Milenio, correspondiente al mes de Febrero de 2011, en el cual señala lo siguiente:

"Después de revisarlo se ha encontrado que los metrados valorizados no son concordantes con los metrados reales ejecutados; la supervisión le ha dado trámite basada en el Artículo 197° del Reglamento DS 184-20 08-EF, y recomienda a la entidad la cancelación de dicha valorización N° 04 al Contratista ya que ha cumplido con presentar Planillas electrónicas (PDT), copias de pagos a ESSALUD, SENCICO Y CONAFOVICER y otros documentos sustentatorios; en consecuencia la Supervisión da la conformidad técnica y se pronuncia favorablemente para la cancelación".

Finalmente, no obstante señalar que los metrados valorizados no eran concordantes con los realmente ejecutados, solicita que se cancele al Consorcio Milenio la suma de S/. 48,858.34 Nuevos Soles por concepto de la Valorización N° 4.

Debido a ello, con el Oficio N° 073-2011-OI-UO/IPD de fecha 15-03-11 el Jefe de la Unidad de Obra del Instituto Peruano del Deporte devolvió la valorización N° 4 para que sea reformulada, pues la misma debía elaborarse en base a los metrados realmente ejecutados; precisándole además, que la supervisora de la obra es la responsable de revisarla y aprobarla antes de gestionar su cancelación dentro de los plazos señalados en el Art. 197 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En atención a ello, la contraria presentó la reformulación de la valorización N° 4 con la Carta N° 027-2011/ACCI-CONSULTOR de fecha 18-03-11, precisando que los metrados valorizados son concordantes con los metrados reales ejecutados y recomendando a la entidad que cancele al Consorcio Milenio la suma de S/. 130,112.65 Nuevos Soles.

Con la Ficha N° 003-2011 de Revisión de Valorización de Contrato de Obra, elaborada por el Ing. Luis E. Aguilar Vargas el 24-03-11, el revisor concluye declarando apta la Valorización y aprueba su trámite; por lo que fue gestionada administrativamente su cancelación con el Informe N° 118-2011-OI-UO/IPD.

Con el Of. 107-2011-OI-UO/IPD, presentado el 14-04-11, el Jefe de la Unidad de Obra del IPD solicitó a la supervisora de obra (la demandante) un informe situacional de la obra, debido a que la valorización 05 presentada es cero y ello evidencia que el contratista no ha continuado ejecutando la obra según lo programado.

En respuesta al oficio previamente mencionado, la supervisora presentó el Informe N° 035-2011/ACCI-CONSULTOR de fecha 18-04-2011, en atención a lo cual la entidad dispuso su evaluación y como resultado de la verificación en Obra, el Ing. Marco Cossio Tapia de la Unidad de Obra del IPD emitió el Informe N° 020-2011-IPD/MAC, en el cual determinó que la supervisora no presentó copias de las hojas del cuaderno de obra donde se indique los hechos ocurridos frente a la paralización de la Obra, el pedido de justificación del contratista y la intervención económica, tampoco presentó un cuadro comparativo del saldo de obra, ni saldo financiero; agregando a ello que el citado profesional ha comprobado en obra que las partidas en la valorización 04 acumuladas en la valorización N°5 no han sido ejecutadas al 19-04-11.

Con Resolución 290-2011-P/IPD se dispone la intervención económica de la Obra "Construcción del Coliseo Cerrado de Sullana-2da Etapa" como consecuencia de la sobrevalorización de parte de la supervisión y con la finalidad de asegurar la culminación en el plazo establecido, sin llegar al extremo de resolver el contrato.

En atención a lo expuesto, el Jefe de la Unidad de Obras establece, con el Informe N° 170-2011-OI-UO/IPD de fecha 27-04-11, que la Ing. Ana Consuelo

Cisneros Ibana, Supervisora de la Obra "Construcción del Coliseo Cerrado de Sullana - Piura II Etapa", ha sobrevalorizado las siguientes partidas en la Valorización N° 4:

ITEM DESCRIPCION MONTOS

01 OBRAS PROVISIONALES

01.1	Movilización y desmovilización de equipo	1,200.00
01.2	Oficina Técnica	960.00
01.3	Almacén de Obra	2,000.00
01.4	Vestuario y SSHH Obreros	14,400.00
01.5	Comedor de Obreros	150.00
01.6	Instalación provisional de agua	150.00
01.7	Instalación Provisional de Energía eléctrica	150.00

02 ESTRUCTURAS DE TECHOS

02.1	Fabricación de Elementos de Techo Metálico	41,036.39
02.2	Montaje de Estructura Metálica	2,070.00
02.3	Pintura de Estructuras Metálicas	59,151.58
02.4	Cobertura de Techo Termoacústico Trapezoidal e=2mm	139,530.00
02.6	Canaleta de F" G" 150x150 mm	3,094.80
Total Costo Directo		259,569.13
Gastos Generales Variables		20,765.53
Gastos Generales Fijos		5,191.38
Utilidad		20,765.53
Total Valorizado		306,291.57
Total Valorizado Afectado por el Factor Relación		275,662.41

De lo expuesto precedentemente se puede apreciar señor Presidente del Tribunal Arbitral, que la demandante ha incumplido con los alcances y responsabilidades de la supervisión, así como lo dispuesto en sus términos contractuales y lo señalado en el Art. 197 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pues ha valorizado partidas no ejecutadas, poniendo en riesgo la ejecución de la obra.

Asimismo, ha incumplido lo regulado en el Art. 193 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pues no ha velado directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y el cumplimiento del contrato.

Además, como es de conocimiento del Tribunal, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 47 de la Ley de Contrataciones del Estado y el Art. 190 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el supervisor es una persona natural o jurídica especialmente contratada por la entidad para supervisar todo proceso de ejecución de obra, debiendo estar permanentemente en la misma.

Por lo que en atención a lo dispuesto en los Arts. 167, 168 y 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece que *"cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley"*, pudiendo la Entidad resolverlo cuando el contratista *"incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello"*; y sin *"ser necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida: En este caso bastará comunicar al contratista mediante Carta Notarial la decisión de resolver el contrato"*, con la Resolución N° 382-2011-P/IPD de fecha 27-05-11 se declaró, con eficacia anticipada al 14-04-2011, la resolución del Contrato N° 010-2010- OBRA-IPD-ING.ANA CISNEROS, celebrado con la Ing. Ana Consuelo Cisneros Ibana para la Supervisión de Obra "Construcción del coliseo Cerrado de Sullana -2da Etapa", la cual fue debidamente notificada a la demandante el 01-06-11.

Como puede observar el Colegiado, el Instituto Peruano del Deporte ha resuelto debidamente el contrato conforme a los fundamentos expuestos anteriormente.

Asimismo, ha sido probado con el presente escrito, que mi representado no está actuando de manera injusta y menos ilegal, como mal refiere la contraria. En atención a lo expuesto, solicito al Tribunal Arbitral declarar INFUNDADA LA PRESENTE PRETENSIÓN.

SOBRE LOS COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO

Respecto a ello se manifiesta que el pedido de la demandante resulta improcedente, por cuanto la condena de los costos y costas procesales se encuentra sujeta a lo normado en la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1017, y no a la voluntad de las partes.

En ese sentido debo precisar, que el Art. 73 de la norma especial citada manifiesta que será el Tribunal Arbitral quien estimará el monto correspondiente a cada parte.

RESPECTO A LA INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS ASCENDENTE A S/. 12,330.00 NUEVOS SOLES


Conforme se puede apreciar en la demanda, la contraria únicamente ha transcrito algunos conceptos sobre la indemnización, sin sustentar el monto señalado como pretensión ni acreditarlo con medios probatorios suficientes.

Como es de conocimiento del Colegiado, una pretensión no puede ser resuelta en un proceso arbitral por el simple hecho de mencionarla, ésta debe tener el debido sustento de hecho y de derecho, lo cual no se ha dado en el presente caso.

Asimismo, se ha incumplido lo dispuesto en el numeral 13 del Acta de Instalación, en el cual se señala que la demanda debe ser presentada con los medios probatorios que respalden las pretensiones planteadas.


En atención a lo expuesto, solicito que se declare INFUNDADA la presente pretensión.

PRETENSIONES DE LA RECONVENCION

- 
1. Se determine que la Ing. Ana Cisneros Ibana incumplió con sus obligaciones contractuales de supervisora de la ejecución de la Obra "Construcción del Coliseo Cerrado de Sullana - 2da Etapa".
 2. Que se reconozca y ordene a la supervisora de obra el pago de S/. 275,662.41 por concepto de indemnización de daños y perjuicios ocasionados al Instituto Peruano del Deporte, por haber valorizado partidas no ejecutadas en la valorización N° 4, más los intereses legales correspondientes.
 3. Que se ordene a la Ing. Ana Cisneros Ibana el pago de la penalidad por los 45 días de inasistencia a la obra, ascendente a la suma de S/. 18,495.00 Nuevos Soles.




FUNDAMENTOS DE HECHO



RESPECTO AL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE LA SUPERVISORA, ING. ANA CISNEROS IBANA

Señala que fundamenta su pretensión en lo expuesto en los numerales 2.12 al 2.27 del primer otrosí digo de su escrito de contestación.



Asimismo, precisa que la supervisora Ana Cisneros Ibana, mediante Carta N° 027-2011/A.C.C.I-CONSULTOR e informe N° 029-2011/A.C.C.I-CONSULTOR, presentó la Valorización de Avance de Obra N° 4 correspondiente al mes de Febrero de 2011, informando que el avance acumulado real de la obra en mención era 59.96% e indicando que se hallaba atrasado, toda vez que el avance programado era 86.00%, lo cual no es cierto, pues el avance programado al 27-02-2011 debió ser el 100.00%.

La supervisora de obra también presentó el Informe N° 026-2011/ACCI-Consultor de fecha 11-03-11, adjuntando su informe técnico mensual con la valorización N° 4

de la Obra "Construcción del Coliseo Sullana - Piura - II Etapa", ejecutada por el Consorcio Milenio, aprobando dicha valorización en un monto bruto de S/. 275,662.42 Nuevos Soles sin IGV y Amortizaciones por Adelanto Directo y de Materiales por la suma de S/. 165,397.44 Nuevos Soles, por lo que se le canceló al contratista el monto mencionado primigeniamente. Posteriormente, fue detectado el 19-04-11 que la obra estaba SOBREVALORADA, creando con ello un perjuicio a la Entidad.

En vista a que con los informes N° 017-2011-UO-OI-IPD/MAC y N° 20-2011-UO-OI-IPD/MAC, que se anexan al presente escrito, se descubrió que la información de la supervisora estaba distorsionada y por lo tanto sobrevalorada, la entidad tuvo que optar por llevar la ejecución de la obra a través de una Intervención Económica, para lo cual emitió la Resolución N° 290-2011-P/IPD de fecha 20-04-11, y resolvió el contrato a la supervisora Ana Cisneros Ibana por no cumplir con sus obligaciones contractuales señaladas en el ítem 2.3 de los términos de referencia y el Art. 193 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En virtud a lo expuesto, solicita que la presente pretensión sea declarada FUNDADA en su oportunidad.

QUE SE RECONOZCA Y ORDENE EL PAGO DE S/. 275,662.41 POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS AL IPD, POR HABER VALORIZADO PARTIDAS NO EJECUTADAS EN LA VALORIZACIÓN N°4, MAS LOS INTERESES LEGALES CORRESPONDIENTES

Fundamento la presente pretensión en lo expuesto en los numerales 2.12 al 2.27 del primer otrosí digo de la contestación y reconvención de demanda.

Asimismo preciso al Colegiado, que conforme se señala en el Informe N° 170-2011-OI-UO/IPD de fecha 27-04-11, en la valorización N°4 la Ing. Ana Consuelo Cisneros Ibana, Supervisora de la Obra "Construcción del Coliseo Cerrado de Sullana - Piura II Etapa", ha valorizado las siguientes partidas NO EJECUTADAS:

ITEM	DESCRIPCION	MONTOS
01	OBRAS PROVISIONALES	
01.1	Movilización y desmovilización de equipo	1,200.00
01.2	Oficina Técnica	960.00
01.3	Almacén de Obra	2,000.00
01.4	Vestuario y SSHH Obreros	14,400.00
01.5	Comedor de Obreros	150.00
01.6	Instalación provisional de agua	150.00
01.7	Instalación Provisional de Energía eléctrica	150.00

02 ESTRUCTURAS DE TECHOS

02.1	Fabricación de Elementos de Techo Metálico	41,036.39
02.2	Montaje de Estructura Metálica	2,070.00
02.3	Pintura de Estructuras Metálicas	59,151.58
02.4	cobertura de Techo Termoacústico Trapezoidal e=2mm	139,530.00
02.5	Canaleta de F" G" 150x150 mm	3,094.80
	Total Costo Directo	259,569.13
	Gastos Generales Variables	20,765.53
	Gastos Generales Fijos	5,191.38
	Utilidad	20,765.53
	Total Valorizado	306,291.57

Total Valorizado Afectado por el Factor Relación 275,662.41

Esta sobrevaluación ha distorsionado el avance físico de la Obra, el avance financiero, las amortizaciones de las Cartas Fianzas por Adelanto Directo y de Materiales poniendo en alto riesgo la inversión en obra de la entidad contratante generándole un grave perjuicio irreversible, demostrándose con ello que la supervisión ha incumplido con sus obligaciones contractuales esenciales establecidas en las Bases Integradas - Términos de Referencia, que forman parte del Contrato de Supervisión de Obra, tales como las señalamos a continuación:

2.2. ALCANCES DE LOS SERVICIOS DE SUPERVISION

El servicio de supervisión de obra comprende: Revisar, evaluar, aprobar y tramitar las valorizaciones de obra, Realizar las anotaciones en el cuadro de obra conjuntamente con el residente, Elaborar informe o memoria ejecutiva de obra cuando la entidad lo requiera.

2.3. RESPONSABILIDADES DEL SUPERVISOR

El Supervisor de Obra tiene las siguientes responsabilidades:

- Supervisar en forma permanente y sostenida todo el proceso constructivo de la obra que ejerce el Contratista.
- Es responsable de que el Contratista ejecute las obras de acuerdo a los planos del proyecto, a las especificaciones técnicas y del cumplimiento del Contrato de Obra.
- Control del programa de Avance Físico de la Obra.
- Control de Avance Financiero de la Obra.
- Control y vigencia de las garantías de la obra dadas por el contratista al IPD.
- Revisión y verificación de los metrados ejecutados por el contratista con los cuales se elabora las valorizaciones.

- Pronunciarse por las obras adicionales o reducciones, ampliaciones de plazo, intervención económica, resolución de contrato de obra u otras incidencias que surjan durante el proceso constructivo.
- Es responsable del trámite de valorizaciones, liquidaciones de ampliación de plazo u otros trámites relacionados con la obra ante el IPD en los plazos contractuales y disposiciones legales vigentes.

Conforme se puede apreciar, la forma irregular de actuar de la supervisora ha ocasionado un daño emergente a la entidad, ascendente a la suma de S/. 275,662.41 nuevos soles, más los intereses legales correspondientes.

Por lo que en virtud a lo expuesto precedentemente solicita se declare FUNDADA la presente pretensión.

QUE SE ORDENE A LA ING. ANA CISNEROS IBANA EL PAGO DE LA PENALIDAD POR LOS 45 DÍAS DE INASISTENCIA A LA OBRA, ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 18,495.00 NUEVOS SOLES

El numeral 5.3 de los términos de referencia de las Bases señala lo siguiente:

"Si el supervisor de Obra no cumple con los plazos contractuales o no subsana las observaciones en el plazo establecido, se le aplicará las penalidades establecidas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Las ausencias injustificadas de obra del Jefe de Supervisor o del Asistente de Supervisión o de supervisores especialistas cuando correspondan dan origen a descuentos por día de ausencia, las cuales se valorizan de acuerdo al Presupuesto desagregado de Honorarios de Supervisión. De acumularse ausencia en 20% se tomará como causal de deficiencia técnica para resolver el contrato de supervisión"

En ese sentido, al no informar la supervisora al Instituto Peruano del Deporte sobre la paralización de obra durante el período comprendido entre el 28-02-11 al 14-03-11, detectándose dicha irregularidad el 19-04-11, así como anotaciones adulteradas en el cuaderno de obra, se concluye que la Ing. Ana Cisneros Ibana no estuvo en la obra durante dicho periodo, es decir los 45 días calendarios de la ampliación de plazo 1

Por lo que, en virtud a lo dispuesto en el Art. 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y lo señalado en la cláusula décimo segunda del contrato suscrito con mi representado, el monto de la penalidad asciende a la suma de S/. 18,495.00 Nuevos Soles conforme se detalla a continuación:

Penalidad Diaria= $0.10 \times \text{Monto}/F \times \text{Plazo en días}$ Siendo $F= 0.25$ (servicio)
Penalidad Diaria= $0.10 \times 123,300.00/0.25 \times 120$ Penalidad Diaria= S/. 411 por día
 $S/. 411 \times 45 = S/. 18,495.00$

En virtud a lo expuesto, solicita que se declara FUNDADA LA PRESENTE PRETENSIÓN.

V. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

Con fecha 11 de abril de 2012, con la asistencia de las partes se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, acto en el cual se dejó constancia que el Tribunal ha constatado que existe una relación jurídica procesal válida entre las partes, por lo que se declaró saneado el proceso, asimismo, el Tribunal invocó y propició que las partes puedan arribar a acuerdos conciliatorios, sin embargo, pese a deliberar dicha posibilidad las partes no arribaron a ningún acuerdo.

Asimismo, en la presente estación del proceso, las partes cumplieron con formular su propuesta de puntos controvertidos, resolviendo el Tribunal determinarlos en el siguiente orden:

POR LA PARTE DEMANDANTE:

1. Determinar si corresponde o no declarar aprobada por silencio positivo la Ampliación de Plazo N° 01, solicitada mediante informe N° 025-2011/A.C.C.I-CONSULTOR, de fecha 28.02.11, por cuarenta y cinco (45) días calendarios y declarar si corresponde o no, el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales por el monto ascendente a la suma de S/. 46,237.50 (cuarenta y seis mil doscientos treinta y siete y 50/100 nuevos soles).
2. Determinar si corresponde o no declarar aprobada por silencio positivo la Ampliación de Plazo N° 02, solicitada mediante carta N° 034-2011/A.C.C.I-CONSULTOR de fecha 13.04.11, por diez (10) días calendarios y declarar si corresponde o no, el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales por el monto ascendente a la suma de S/.10,275.00 (diez mil doscientos setenta y cinco y 00/100 nuevos soles).
3. Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 382-2011-P/PD de fecha 27.05.11, que aprueba la resolución del Contrato N° 010-2010-IPD-OBRA-ING ANA CONSUELO CISNEROS IBANA de fecha 14 de octubre de 2010.

4. Determinar si corresponde o no declarar el reconocimiento y el pago por los daños y perjuicios por el exceso de los plazos contractuales por la demora en la solución de la presente controversia, costas de conciliación y arbitraje, como lo estipula los artículos 1969 y 1985 del Código Civil y las ganancias dejadas de percibir por el compromiso de las garantías en diversos procesos de selección por el monto ascendente a la suma de S/. 12,330.00 (doce mil trescientos treinta y 001100 nuevos soles).

POR LA DEMANDADA:

Respecto a la Reconvención:

1. Determinar si corresponde o no declarar el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la supervisora, Ing. Ana Consuelo Cisneros Ibana.
2. Determinar si corresponde o no que la supervisora Ing. Ana Consuelo Cisneros Ibana pague la suma de S/. 275,662.41 por concepto de indemnización de daños y perjuicios al IPD, por haber valorizado partidas no ejecutadas en la valorización N° 4, más los intereses legales correspondientes.
3. Determinar si corresponde o no que la Ing. Ana Cisneros Ibana asuma el pago ascendente a la suma de S/. 18,495.00 nuevos soles, por concepto de la penalidad por los 45 días de inasistencia a la obra.

Punto controvertido común

Determinar a quién corresponde asumir el pago de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso: honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaria Arbitral), derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

SANEAMIENTO PROBATORIO:

En la Audiencia el Tribunal resolvió que, estando a la conclusión de la etapa de fijación de puntos controvertidos, se debe establecer la admisión y pertinencia de los medios probatorios ofrecidos por las partes, debiendo quedar saneados y en consecuencia expeditos para su actuación procesal, por lo que se admiten los siguientes medios probatorios:

ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

Se admiten como medios probatorios en el presente proceso los siguientes:

1. De la parte demandante: Los documentos presentados en el escrito de

demanda ingresado a la sede del Tribunal Arbitral con fecha 09 de enero de 2012, así como de la absolución a la oposición al arbitraje y la reconvención efectuada el 06 de marzo de 2012.

2. De la parte demandada: Los documentos presentados en el escrito de contestación de demanda y reconvención ingresado a la sede del Tribunal Arbitral con fecha 06 de febrero de 2012.

VI. CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA Y PLAZO PARA LAUDAR:

Mediante Resolución N° 17 de fecha 31 de julio de 2013, se procedió a citar a ambas partes para la Audiencia de Informes Orales, la misma que se realizó el 14 de agosto de 2013, con la presencia de la Ing. Ana Cisneros Ibana y la Procuraduría Pública del Ministerio de Educación en representación del IPD.

El Tribunal, mediante Resolución N° 21 de fecha 3 de octubre del 2013, resolvió el cierre de la etapa probatoria y, en uso de sus facultades dispuso prescindir de los informes orales, en la circunstancia que las partes no lo solicitaron, recibándose los alegatos escritos dentro de los plazos señalado, fijando el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, el mismo que se inicia desde el 04 de octubre del 2013, pudiendo ser prorrogado a su discreción por una vez, conforme lo establece la Regla 33 del Acta de Instalación.

En relación con el debido proceso arbitral, el Tribunal ha cumplido con notificar todas y cada una de las actuaciones arbitrales programadas, habiendo las partes ejercido a plenitud y sin restricción alguna el ejercicio del derecho de defensa.

Habiéndose cumplido con las etapas del proceso arbitral, valorándose los medios probatorios admitidos, y dentro del plazo para laudar, se emite el presente laudo.

VII. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Y, CONSIDERANDO:

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente:

- (i) Que, este Tribunal Arbitral se constituyó con arreglo a las Reglas del Proceso Arbitral y aquellas contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobados por Decreto Legislativo N° 1017 y D.S. N° 184-2008-EF, que norma el arbitraje, señalándose que en caso de deficiencia o vacío en las reglas que anteceden, el Tribunal

Arbitral resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado mediante la aplicación de principios generales del derecho;

- (ii) Que, la ING. ANA CISNEROS IBANA, presentó su demanda y absolucón a la reconvención dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa;
- (iii) Que, la Entidad INSTITUTO PERUANO DEL DEPORTE, fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, asimismo planteo su reconvención;
- (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, asimismo, el Tribunal de modo propio y con la finalidad de mejor resolver concedió a las partes nuevos plazos para la presentación de los medios probatorios de los hechos expuestos en la Audiencia de Hechos y Audiencia de Informes Orales, de igual modo han ejercido la facultad de presentar alegatos y;
- (v) Que, el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.
- (vi) Que, el Tribunal Arbitral en relación con la admisión de los medios probatorios del Acta de Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 11 de abril del 2012, con arreglo a su propia discrecionalidad establecida en la Regla 25 de las Reglas para las Actuaciones Arbitrales establecida en el Acta de Instalación de fecha 19 de diciembre del 2011, considera desde la perspectiva procesal más conveniente a los fines de resolver el conflicto que los puntos controvertidos serán examinados y apreciados en forma conjunta y razonada, pero siguiendo el orden lógico de las pretensiones y su vinculación en el orden más conveniente a éstos fines.


2. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS FIJADOS EN LA AUDIENCIA DE FECHA 11 DE ABRIL DEL 2012:

Apreciando los argumentos desarrollados por las partes en su demanda, contestación y reconvención y alegatos escritos, así como las pruebas ofrecidas, actuadas y valoradas con arreglo a la probática arbitral, corresponde que el Colegiado analice y examine cada uno de los puntos controvertidos.


PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no declarar aprobada por silencio positivo la Ampliación de Plazo


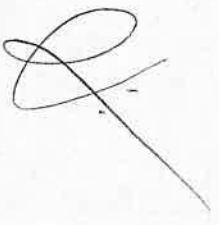
N° 01, solicitada mediante informe N° 025-2011/A.C.C.I-CONSULTOR, de fecha 28.02.11, por cuarenta y cinco (45) días calendarios y declarar si corresponde o no, el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales por el monto ascendente a la suma de S/. 46,237.50 (cuarenta y seis mil doscientos treinta y siete y 50/100 nuevos soles).

1. Conforme ha sido expuesto en los párrafos pertinentes, la Supervisora solicita que se le conceda la Ampliación de Plazo N° 01 por el término de cuarenta y cinco (45) días calendario al haberse producido el silencio administrativo positivo, cuya solicitud se formalizó con el Informe N° 025-2011/A.C.C.I-CONSULTOR de fecha 28 de febrero del 2011, y por este efecto se le reconozca y pague los mayores gastos generales de dicha ampliación por la suma de S/. 46,237.50.



Abunda en el hecho que, en dicho Informe N° 025-2011/A.C.C.I-CONSULTOR, la Supervisora sustentó su pedido en el hecho que el ejecutor de Obra había solicitado ampliación de plazo de su contrato y con la Carta N° 027-2011/A.C.C.I-CONSULTOR de fecha 11 de marzo del 2011, remitió el Informe situacional de la obra, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales y, posteriormente, con el Oficio N° 109-2011-SG/UPD de fecha 14 de marzo del 2011, la Entidad le remite la Resolución N° 163-2011-P/IPD de fecha 07 de marzo del 2011, en la que se resolvió aprobar la Ampliación de Plazo N° 01 a favor del ejecutor Consorcio Milenio, sin embargo no se pronunció con respecto a su solicitud de ampliación, por ésta razón arguye que su pedido quedó aprobado por silencio positivo al no existir pronunciamiento dentro del plazo de 10 días hábiles.



2. Por su parte, la Entidad rechaza la pretensión sosteniendo que no ha sido debidamente sustentada por la contraria, simplemente dedica los numerales 4.2.3 y 4.2.15 de la demanda para referirse a ella; tampoco acredita el monto señalado por el pedido de gastos generales y en atención a ello, dicha pretensión debe ser declarada infundada por aplicación del numeral 13 del Acta de Instalación que señala que toda demanda arbitral debe ser presentada debidamente sustentada y con los medios probatorios que respalde la pretensión planteada, lo cual no se ha dado en el presente caso.
- 
- 

Además, señala el hecho que, en la Resolución N° 289-2011-P/IPD de fecha 20 de abril del 2011, ya se había resuelto la ampliación de plazo N° 1, concediéndosele el lapso de cuarenticinco (45) días calendario y fijando la nueva fecha de término contractual el 13 de abril del 2011 y

disponiendo que la Unidad de Obras establezca los mayores gastos generales que pudieran corresponder a la Supervisora a consecuencia de la ampliación.

A mayor argumento sostiene que la referida resolución menciona el hecho que la Supervisora no estuvo en la obra y que incumplió el contrato, por lo que no le correspondía el pago de gasto general alguno y que, sobre el particular en el mes de marzo la Supervisora presentó la Valorización N° 5, señalando que ésta era 0.00%, es decir que no existió ejecución de obra, lo cual se corrobora en las anotaciones efectuadas por la demandante en el cuaderno de obra, asimismo, de la existencia de anotaciones realizadas en forma irregular y forzada en el cuaderno de obra, con borrones y correcciones, sin seguir un orden cronológico y aumentando anotaciones en reglones cerrados, como es en el Folio N° 53, asiento N° 125, cuya fecha es 08 de marzo del 2011, siendo anotado el 09 de marzo del 2011, el asiento 125-A en vez de ser el 126; Folio N° 54, asiento N° 128, cuya fecha es 12 de marzo del 2011, siendo anotado el 14 de marzo del 2011, el asiento 128-A en vez de ser el 129 y; asiento 142, folio 59, en que se adulteró su contenido, por lo que recomendó no cancelar dicha valorización N° 04, lo cual no es cierta y, que el Informe N° 017-2011-IO-UO/IPD/MAC de fecha 20 de abril del 2011 emitido por el Ing. Marco Cossio Tapia, informó que la misma se encontraba atrasada, recomendando que sea monitorizada e indicando dos obligaciones técnicas que han ido en contra de los intereses del Estado, respecto de que la obra ha estado paralizada desde el 27 de febrero del 2011 a la fecha de visita (19/04/11), injustificadamente, y la obra se encuentra "sobrevalorizada" en varias subpartidas y partidas, entre las que tenemos la partida N° 02 "Estructura de Techo", subpartida N° 2.02.- Montaje de Estructura de Techo Metálico, valorizada en 1.07%, encontrándose realmente en 0.00%, la subpartida 2.03.- Pintura de Estructuras metálicas, valorizada en un avance de 60.00%, encontrándose realmente en un avance de 5.16%, la subpartida N° 2.04.- Cobertura Techo Termoacústico Trapezoidal E=2 mm, valorizada en 79.16%, encontrándose realmente en un 0.00% de avance, encontrándose un avance de 63% y no 74.25% de lo declarado por la supervisora de obra.

3. Al respecto, el Colegiado en relación con la cuestión controvertida, previamente, deberá determinar si resulta pertinente pronunciarse con respecto a la forma prescrita por el Reglamento, en observancia a las actuaciones administrativas practicadas por la Entidad y el Contratista, en torno a la situación que presenta la pretensión de la concesión de la

ampliación de plazo y el reconocimiento y pago de los gastos generales.

En efecto, de los medios probatorios ofrecidos (Anexos B y O de la demanda y, Anexo 2-E de la contestación y reconvención) se acredita que, si bien es cierto que la Supervisora, prosiguió el debido procedimiento administrativo de solicitar la ampliación de plazo por el lapso de 45 días calendario originado en el hecho que, al contratista Consorcio Milenio, se le había concedido un plazo igual, no es menos cierto que con fecha 20 de Abril del 2011, la Entidad a instancia de la solicitud contenida en el Informe N° 025-2011/A.C.C.I-CONSULTOR de fecha 28 de febrero del 2011 de la Supervisora y a los criterios expresados en el séptimo y octavo considerandos de la Resolución N° 289-2011-P/IPD, a la Supervisora se le concedió la ampliación de 45 días calendario peticionada y fijando la nueva fecha del término contractual el 13 de abril del 2011.

En este contexto, nos encontramos en la situación jurídica que de acuerdo con los precitados actos administrativos no existe controversia en el extremo referido a la ampliación de plazo, encontrándose materialmente consentido el acto resolutivo y gozando de la categoría de hechos cumplidos en tanto que la norma solo se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes; en ese sentido carece de objeto que el Tribunal se avoque al conocimiento de un hecho resuelto conforme el ordenamiento establecido en la ley de la materia; dejando constancia que en el presente caso no se produce la sustracción de la materia, en tanto que, dentro de la presente controversia existe un aspecto que se relaciona con los efectos de la ampliación de plazo.

Con respecto al extremo de la solicitud del reconocimiento y pago de los gastos generales, la Entidad en el Artículo Segundo de la Resolución N° 289-2011-P/IPD de fecha 20 de abril del 2011, determinó que, la Unidad de Obras deberá establecer los mayores gastos generales que pudieran corresponder a la Supervisora, como consecuencia de la aprobación de la Ampliación de Plazo N° 01.

Como se podrá apreciar, dentro de lo resuelto por la Entidad, nos encontramos en una situación condicional diferente al Reglamento, en la situación que el Artículo Segundo de la Resolución N° 289-2011-P/IPD, ha encargado a la Unidad de Obras a establecer los mayores gastos generales que pudieran corresponder a la Supervisora, sin embargo, ello no constituye el menoscabo ni denegatoria que perjudique el derecho de la Supervisora a percibir los mayores gastos

generales, al contrario guarda congruencia y concordancia con lo establecido por el sexto párrafo del Artículo 175 del Reglamento, que establece que las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales, siempre que estos sean debidamente acreditados, lo que significa que una vez otorgada la ampliación nace el derecho del contratista a percibir los mayores gastos generales en la forma prevista por la precitada norma.

Es importante resaltar el hecho que, la Supervisora, al formular la pretensión no ha solicitado que el Tribunal determine los mayores gastos generales ni ha ofrecido medio probatorio que respalde la posibilidad de establecer el quantum alguno que los acredite, por tanto, siendo eminentemente probatorio no existe forma alguna que ampare lo solicitado en este extremo.

En armonía con estos presupuestos debe declararse improcedente la pretensión, en consecuencia deberá cumplirse lo dispuesto por la Resolución N° 289-2011-P/IPD de fecha 20 de abril del 2011, conforme sus propios términos, el cual, comprende el derecho de la Supervisora a acreditar, ante la Unidad de Obras, los mayores gastos generales que pudieran corresponderle por la ampliación de plazo otorgado por la referida resolución administrativa.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no declarar aprobada por silencio positivo la Ampliación de Plazo N° 02, solicitada mediante carta N° 034-2011/A.C.C.I-CONSULTOR de fecha 13.04.11, por diez (10) días calendarios y declarar si corresponde o no, el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales por el monto ascendente a la suma de S/. 10,275.00 (diez mil doscientos setenta y cinco y 00/100 nuevos soles).

1. La Supervisora sustenta el hecho que, el Tribunal le conceda la Ampliación de Plazo N° 02 por el término de diez (10) días calendario al haberse producido el silencio administrativo positivo, cuya solicitud se formalizó con la Carta N° 034-2011/A.C.C.I-CONSULTOR de fecha 13 de abril del 2011 y, por este efecto, se le reconozca y pague los mayores gastos generales de dicha ampliación por la suma de S/. 10,275.00 nuevos soles.

Argumenta que, con el Informe N° 032-2011/A.C.C.I-CONSULTOR de fecha 12 de abril del 2011, remitió a la Entidad la Valorización N° 05, presentado por el Contratista Consorcio Milenio y, asimismo, con Carta N° 034-2011/A.C.C.I-CONSULTOR de fecha 13 de abril del 2011,

remitió a ella misma su solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 por 10 días calendario que, a su decir, la misma quedó aprobada por silencio positivo al no haberse pronunciado la Entidad dentro del plazo de 10 días hábiles, ello al amparo del Artículo 175° del Reglamento.

Indica, asimismo, que con el Informe N° 035-2011/A.C.C.I.-CONSULTOR de fecha 13.04.11, remitió a la Entidad la corrección a la Valorización N° 05, que fuera presentado por el Contratista Consorcio Milenio y con el Oficio N° 107-2011-OI-UO/IPD de fecha 14 de abril del 2011, la Entidad señaló que la Valorización N° 05 es cero y, que el contratista no continua con la ejecución de la obra según lo programado, solicitándoles informar las medidas correctivas, acciones administrativas, técnicas y legales a tomar, siendo que, la Supervisora había valorizado de acuerdo a lo realmente ejecutado y la documentación presentada por el Consorcio Milenio.

Finalmente, fundamenta el hecho que, con Oficio N° 212-2011-SG/IPD de fecha 29 de abril del 2011, la Entidad le comunicó que la obra había sido intervenida económicamente y, que, con el Oficio N° 227-2011-SG/IPD de fecha 11.05.11, la Entidad le remite la Resolución N° 323-2011-P/IPD de fecha 05 de noviembre del 2011, aprobando la Ampliación de Plazo N° 02 por 10 días calendario, sin el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales, siendo que dicha Resolución fue emitida fuera del plazo legal señalado en el Artículo 175° del Reglamento, por lo que considera que dicha ampliación quedó aprobada por silencio positivo.

2. Por su parte, la Entidad al contestar la pretensión señala que, la contraria simplemente hace mención de ella en los numerales 4.2.3 y 4.2.16 de la demanda, sin acreditar el monto señalado por los supuestos gastos generales.

Considera que en atención a ello, dicha pretensión debe ser declarada infundada, toda vez que, como es de conocimiento de la Supervisora en el numeral 13 del Acta de Instalación se exige que toda demanda arbitral se presente debidamente sustentada, lo cual no ha ocurrido en el presente caso.

3. Expuesta las posiciones, al Tribunal le corresponde determinar, previamente, lo siguiente:

i) *Si la Supervisora ha observado los requisitos del debido procedimiento administrativo para solicitar la ampliación de plazo;*

- ii) *Si dentro del procedimiento de ampliación de plazo seguido por la Supervisora se ha producido el silencio administrativo positivo; y*
- iii) *Si corresponde amparar el extremo del reconocimiento y pago de los gastos generales por la suma de S/. 10,275.00 nuevos soles por el lapso de 10 días calendario por efecto propio del silencio administrativo positivo.*

3.1 Previamente, desde la perspectiva jurídica corresponde realizar precisiones en relación a la regulación del Reglamento aplicable, en ese contexto el Artículo 175.- Ampliación del plazo contractual, establece que procede la ampliación del plazo en los siguientes casos: 1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado, 2. Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista, 3. Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad y, 4. Por caso fortuito o fuerza mayor. Y, en cuanto al procedimiento, ha previsto que, el contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles de aprobado el adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización y que, la Entidad resolverá sobre dicha solicitud en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad, asimismo, a consecuencia de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal y que, las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados.

3.2 En relación al hecho que, *si la Supervisora ha observado los requisitos del debido procedimiento administrativo para solicitar la ampliación de plazo;* con respecto a este presupuesto factual de características eminentemente formalista, se verifica que dentro de los medios probatorios ofrecidos por la demandante y por la Entidad no obra documento alguno que acredite el hecho de haberse cumplido con solicitar la ampliación de plazo dentro de los siete (7) días hábiles de aprobado el adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.

Al haberse compulsado y valorado el contenido del documento, a que se contrae la Carta N° 034-2011/A.C.C.I-CONSULTOR de

fecha 13 de abril del 2011 (Anexo K de la demanda), que a decir de la Supervisora es el documento con el cual habría formalizado la solicitud de ampliación de plazo de su contrato, se verifica que dicho documento está referido al sustento de la aprobación del Presupuesto Adicional N° 01 y análisis legal de la ampliación de plazo N° 02 del contratista Consorcio Milenio, cuyas referencias legales son propias de la ejecución de una obra y no de un servicio de supervisión, asimismo, en la parte 5.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES, la Supervisora recomienda la aprobación de 10 días calendario solicitado por dicho contratista y prorrogando el plazo contractual hasta el 23 de abril del 2011.


En este mismo sentido, el hecho que la Carta N° 034-2011/A.C.C.I-CONSULTOR de fecha 13 de abril del 2011, no constituye la solicitud de ampliación de plazo de la Supervisora, se corrobora con el contenido del Cuarto Considerando en el que se recoge los sustentos de la Supervisora para ampliar el plazo N° 02 del Contratista Consorcio Milenio por la presentación y trámite del Expediente del Presupuesto Adicional N° 01 y, el Quinto Considerando, referido a la opinión que brinda el Informe N° 014-2011-IPD/MAC del Especialista de la Unidad de Obra, concordando con las apreciaciones de la Supervisora y, finalmente, su parte resolutive del Artículo 1°, por el que la Entidad aprueba la Ampliación de Plazo N° 02 por 15 días calendario del Contrato de la Obra "Construcción del Coliseo Cerrado de Sullana - 2da. Etapa" a cargo del Contratista Consorcio Milenio.


De lo anterior expuesto se determina que la Supervisora no cumplió con los requisitos del debido procedimiento administrativo para solicitar la ampliación de plazo.

4. En la situación que, el primer presupuesto de hecho del debido procedimiento administrativo, para que proceda la ampliación de plazo ha sido incumplido por la Supervisora, el Colegiado tiene la convicción que no resulta factible continuar con el análisis correspondiente a determinar, ii) Si dentro del procedimiento de ampliación de plazo seguido por la Supervisora se ha producido el silencio administrativo positivo; y iii) Si corresponde amparar el extremo del reconocimiento y pago de los gastos generales por la suma de S/. 10,275.00 nuevos soles por el lapso de 10 días calendario por efecto propio del silencio administrativo positivo; en esta circunstancia corresponde declarar improcedente la segunda pretensión de la demanda, dejando a salvo el

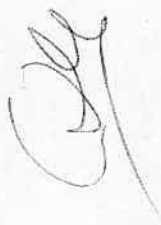
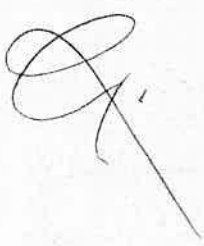
derecho de la demandante, conforme lo establece la segunda parte del cuarto párrafo del Artículo 175 del Reglamento, concordante con la Opinión N° 046-2009/DTN de fecha 29 de mayo del 2009, evacuado por la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 382-2011-P/PD de fecha 27.05.11, que aprueba la resolución del Contrato N° 010-2010-IPD-OBRA-ING ANA CONSUELO CISNEROS IBANA de fecha 14 de octubre de 2010.

- 
1. En el presente caso, la demandante solicita que el Tribunal declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 382-2011-P/PD de fecha 27.05.11 (Anexo R de la demanda), por el cual, la Entidad determinó resolver el contrato de Supervisión, señalando que este hecho se hizo de su conocimiento con el Oficio N° 252-2011-SG/IPD de fecha 30 de mayo del 2011, adjunto al cual se le remitió la Resolución N° 382-2011/IPD de fecha 27 de mayo del 2011, cuestionando el hecho que dicho documento no es notarial y fue emitido sin previo apercibimiento, por lo que dicha resolución deviene en nula.



Abunda en el hecho que durante el procedimiento de sanción iniciado por la Entidad ante el OSCE, dicho Organismo emitió el Acuerdo N° 879/2011.TC-S1-DE de fecha 28 de noviembre del 2011, resolviendo no ha lugar a el inicio del procedimiento sancionador contra la Supervisora, en razón que no se había cumplido con el procedimiento para la resolución del contrato con respecto a las dos formalidades imperativas que consisten en remitirse por vía notarial y que previo a la resolución del contrato se haya apercibiendo y, que dichas formalidades deben ser cumplidas obligatoriamente.

- 
- 
2. En su caso, la Entidad al contestar la demanda, sostiene que, con el Informe N° 026-2011/ACC-CONSULTOR presentado el 11 de marzo del 2011, la Supervisora envió la Valorización N° 4 del Contratista del mes de Febrero 2011, en el cual señaló que, después de revisarlo se ha encontrado que los metrados valorizados no son concordantes con los metrados reales ejecutados, y recomienda a la Entidad su pago al haber cumplido con presentar Planillas electrónicas (PDT), copias de pagos a ESSALUD, SENCICO Y CONAFOVICER y otros documentos y se pronuncia a favor de su cancelación. Asimismo, no obstante este hecho solicitó se cancele al Contratista la suma de S/. 48,858.34 por la Valorización N° 4 y, con Oficio N° 073-2011-OI-UO/IPD de fecha 15 de marzo del 2011, el Jefe de la Unidad de Obra devolvió la Valorización

para que se reformule, siendo la supervisora responsable de revisarla y aprobarla antes de su cancelación; frente a esto se reformuló la valorización con la Carta N° 027-2011/ACCI-CONSULTOR de fecha 18 de marzo del 2011, recomendando se cancele al Contratista la suma de S/. 130,112.65 nuevos soles, siendo que por Ficha N° 003-2011 de Revisión de Valorización se concluyó apta para su pago con el Informe N° 118-2011-OI-UO/IPD.

A mayor argumento señala que, con el Oficio N° 107-2011-OI-UO/IPD la Unidad de Obra solicitó un informe situacional de obra porque la valorización 05 era cero, lo que evidenciaba que el contratista no continuaba ejecutando la obra, según lo programado, siendo que, en respuesta se recibió el Informe N° 035-2011/ACCI-CONSULTOR de fecha 18 de abril del 2011 de la Supervisora, lo que al ser evaluado se verificó que ésta no presentó copias del cuaderno de obra que indique los hechos ocurridos por la paralización de la Obra, la justificación del contratista y la intervención económica, tampoco presentó el cuadro comparativo del saldo de obra, ni saldo financiero y que las partidas de la valorización 04 acumuladas en la valorización 5, no habían sido ejecutadas al 19 de abril del 2011, por lo que mediante la Resolución N° 290-2011-P/IPD se produce la intervención económica de la Obra a consecuencia de la sobrevalorización de la supervisión y para asegurar su culminación y concluyendo mediante Informe N° 170-2011-OI-UO/IPD de fecha 27 de abril del 2011, que la Supervisora había sobrevalorizado 07 partidas en OBRAS PROVISIONALES y 05 partidas en ESTRUCTURAS DE TECHOS de la Valorización N° 4, por la suma de S/. 275,662.41 nuevos soles.

Concluye señalando que, por estos motivos que la Supervisora había incumplido con sus responsabilidades de supervisar de acuerdo con los términos contractuales y contra lo señalado en el Artículo 197 del Reglamento, valorizando partidas no ejecutadas, poniendo en riesgo la ejecución de la obra, adicionalmente, ha incumplido lo regulado en el Artículo 193 de dicho Reglamento al no velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y el cumplimiento del contrato y, que en relación a su decisión de resolver el contrato, esta se produjo en atención a que los Arts. 167, 168 y 169 del Reglamento dispone la posibilidad de hacerlo sin ser necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.

3. Planteadas las argumentaciones de las partes, el Colegiado deberá determinar los siguientes presupuestos de hecho:

- i) *Si el incumplimiento de las obligaciones de la Supervisora no condicionaba efectuar un requerimiento previo debido a que la situación del incumplimiento no podía ser revertida;*
- ii) *Si la Entidad cumplió con el requisito esencial de notificar a la Supervisora la resolución del contrato por carta notarial; y*
- iii) *Si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 382-2011-P/PD de fecha 27 de mayo del 2011.*

3.1 A manera de exégesis corresponde examinar el contexto del Artículo 169 del Reglamento en que se ubica la regulación del procedimiento de resolución de Contrato, el cual refiere que, si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato, asimismo, indica que, dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras y, si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.


Adicionalmente, dispone que, no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato y, que, la resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad, en tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento y que, de no hacerse tal precisión, se entenderá


que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.

- 3.2 Establecido el contexto de la aplicación normativa corresponde analizar, *si el incumplimiento de las obligaciones de la Supervisora no condicionaba efectuar un requerimiento previo debido a que la situación del incumplimiento no podía ser revertida*; al respecto cabe traer a colación que el hecho que motivó a la Entidad a tomar la decisión de resolver el contrato fue el exceso o la sobrevalorización del monto de la Valorización N° 04, hecho que fue observado y notificado a la Supervisora por la Entidad, con la finalidad que ésta lo rectifique o corrija, siendo que esto fue corregido con la Carta N° 027-2011/ACCI-CONSULTOR de fecha 18 de marzo del 2011, recomendando cancelar la suma de S/. 130,112.65 nuevos soles, lo que fue sustentado con Ficha N° 003-2011 de Revisión de Valorización que concluyó apto para su pago con el Informe N° 118-2011-OI-UO/IPD y, con posterioridad se producen los eventos relacionados con la necesidad de contar con el informe situacional de obra al presentar la Valorización 05 la cifra de S/. 00.00, lo que mediante Informe N° 035-2011/ACCI-CONSULTOR de fecha 18 de abril del 2011 de la Supervisora, se presentó diversas anomalías en la prestación de sus servicios, determinándose con el Informe N° 170-2011-OI-UO/IPD de fecha 27 de abril del 2011, que la Supervisora había sobrevalorizado 07 partidas de la Valorización N° 4 por la suma de S/. 275,662.41 nuevos soles.

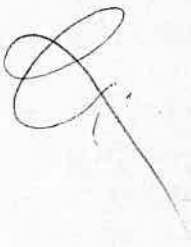
En relación con la formulación y pago de valorizaciones de Obra, si bien es cierto que, el Artículo 197 del Reglamento, que regula la situación de las Valorizaciones y Metrados, ha previsto que, las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta, es decir, que los pagos que reciban o puedan recibir los contratistas no son definitivos y no tienen carácter de irreversible ni de cancelación, siendo temporales y sujetos a una liquidación de cuentas en la cual finalmente se establece el resultado económico de las prestaciones y el costo financiero de la Obra y, contrario sensu, los pagos diminutos o reducidos que puedan percibir los contratistas, de igual modo constituyen pagos a cuenta, por la situación que presentaba la obra por los avances diminutos y de paralización de trabajos de parte del Contratista, el incumplimiento que presentaba la Supervisora tenía el carácter de irreversible, toda vez que los pagos en exceso percibidos por el Contratista se debieron a las

deficiencias y la falta de diligencia de sus prestaciones y, en la situación del déficit económico que presentaba la Obra que desembocó en la intervención económica de Obra aprobado por la Entidad con la Resolución N° 290-2011-P/IPD de fecha 20 de abril del 2011 (Anexo R de la demanda), que si bien es cierto que, toda intervención económica de Obra se produce por responsabilidad del contratista, circunscrito al hecho del atraso sostenido del plazo contractual, tal cual se cita en los considerandos de la citada Resolución de intervención, no es menos cierto que en caso que la Entidad la hubiera requerido, bajo apercibimiento de resolver el contrato otorgándole el plazo reglamentario, sería imposible revertirla dentro de dicho plazo al no haber modo o manera de revertir el pago que en exceso recibió el Contratista.

- 
- 3.3 Habiendo examinado el primer presupuesto de hecho, corresponde realizar el análisis relacionado con, *si la Entidad cumplió con el requisito esencial de notificar a la Supervisora la resolución del contrato por carta notarial*; para lo cual, corresponde remitirnos a la regulación que determina la situación que tratándose del supuesto que, la Entidad, ejerza su derecho de resolver el contrato, cuando no será necesario efectuar un requerimiento previo en la situación que el incumplimiento no pueda ser revertida, la notificación deberá formalizarse mediante carta notarial.



Del análisis efectuado por el Colegiado, se verifica que la resolución del contrato aprobada por la Resolución N° 382-2011-P/IPD de fecha 27 de mayo del 2011 (Anexo 2-O de la demanda), se notifica adjunto al Oficio N° 252-2011-SG/IPD de fecha 30 de mayo del 2011 (Anexo 2-P) a la Supervisora, sin embargo, la diligencia de notificación no se produce por conducto notarial a cargo de un Notario Público, sino de manera ordinaria y configurando una notificación personal, con lo cual se contraviene el debido procedimiento administrativo previsto en la precitada normativa, siendo el hecho que esta deficiencia ha sido materia de pronunciamiento de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, recaído en el Acuerdo N° 879/2011.TC-S1 de fecha 28 de diciembre del 2011 (Anexo S de la demanda) del Expediente N° 1057-2011.TC, en cuyo (XVII) Considerando dicha autoridad deja constancia el hecho que la Entidad al ser requerido, previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador, que remita la carta notarial con la cual se le requirió el cumplimiento de sus



obligaciones a la Supervisora, mediante Oficio N° 505-2011-SG/IPD, se señaló que no habían efectuado dicho requerimiento; por estas razones que la resolución del contrato dispuesta por la Entidad no ha cumplido con el requisito esencial de notificar la resolución mediante carta notarial.

- 3.4 Agotado el examen del segundo presupuesto de hecho, corresponde avocarse al análisis relacionado, *si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución N° 382-2011-P/PD de fecha 27 de mayo del 2011*; de acuerdo a los hechos previamente analizados se encuentra determinado que la Entidad no cumplió con el requisitos esencial de notificar su decisión resolutoria mediante carta notarial, acto que dentro del ordenamiento legal, esto es, los principios de legalidad y seguridad jurídica ha contravenido dicho ordenamiento en infracción de normas administrativas de carácter obligatorio relacionado con el acto de notificación de la decisión administrativa, de moto que corresponde dejar constancia que si bien, la resolución administrativa cumple con los requisitos esenciales de su validez, su eficacia ha sido enervada por el vicio ocurrido en sus efectos para que ésta surta efecto, específicamente, el acto de su notificación, en tanto que dicho acto no forma parte de los citados requisitos de validez.

Por esta situación que la Resolución N° 382-2011-P/PD de fecha 27.05.11, resulta siendo ineficaz para para que surta efecto la resolución del contrato dispuesta por la Entidad al no cumplir lo dispuesto en los incisos 1 y 2 del Artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

4. En base a lo glosado en los criterios expresados precedentemente en este acápite, el Tribunal tiene la convicción que debe declararse fundada la tercera pretensión principal; en consecuencia vigente el Contrato N° 010-2010-IPD-OBRA-ING ANA CONSUELO CISNEROS IBANA de fecha 14 de octubre de 2010, celebrado con el Instituto Peruano del Deporte, debiendo retrotraerse los actos al estado anterior a la fecha en que se produjo la resolución del contrato.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no declarar el reconocimiento y el pago por los daños y perjuicios por el exceso de los plazos contractuales por la demora en la solución de la presente controversia, costas de conciliación y arbitraje, como lo estipula los artículos 1969 y 1985 del Código Civil y las ganancias dejadas de percibir por el compromiso de las garantías en diversos

procesos de selección por el monto ascendente a la suma de S/. 12,330.00 (doce mil trescientos treinta y 001100 nuevos soles).

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN:

Determinar si corresponde o no que la supervisora Ing. Ana Consuelo Cisneros Ibana pague la suma de S/. 275,662.41 por concepto de indemnización de daños y perjuicios al IPD, por haber valorizado partidas no ejecutadas en la valorización N° 4, más los intereses legales correspondientes.

Conforme la disposición contenida en la Regla 25 de las Reglas para las Actuaciones Arbitrales establecida en el Acta de Instalación de fecha 19 de diciembre del 2011, el Colegiado deja constancia que considera conveniente para los fines del proceso, examinar y resolver en forma acumulada la cuarta pretensión principal de la demanda y la segunda pretensión principal de la reconvencción, al constituir el orden lógico y conveniente para el pronunciamiento del Tribunal en razón que las referidas pretensiones se vinculan entre sí y, asimismo, derivan de la resolución del contrato y de peticiones de indemnización mutua que resulta siendo transversal con el interés de las partes en el presente proceso arbitral

1. En relación con la cuarta pretensión principal de la demanda, la Supervisora solicita se le reconozca y pague por los daños y perjuicios por el exceso de los plazos contractuales por la demora en la solución de la presente controversia, como lo estipula los artículos 1969 y 1985 del Código Civil y las ganancias dejadas de percibir por el compromiso de las garantías en diversos procesos de selección por el monto de S/. 12,330.00 nuevos soles, debido a que la Entidad actuó de manera injusta e ilegal al no atender adecuadamente sus solicitudes de ampliaciones de plazo, emitir la Resolución N° 382-2011-P/PD de fecha 27 de mayo del 2011, en la que nos resuelve el contrato sin cumplir con las formalidades prescritas por Ley y, que con las controversias surgidas con la Entidad y el presente proceso arbitral se le ha generado perjuicio frente a las empresas del sistema financiero nacional, ya que al tomar conocimiento de ello, éstas elevaron su calificación de riesgo, exigiéndole gravar nuevos inmuebles para la cobertura de las garantías ya emitidas y que, instó a solucionar la controversia, al no existir criterios para declarar de oficio la nulidad del contrato y de este modo, ventilar la controversia en la instancia arbitral para solucionarlo de la manera más rápida y sin causar un perjuicio económico mayor.

Adicionalmente, señala que, la literatura especializada, respecto de la indemnización por daños y perjuicios causados por la Entidad,

contemplan que el hecho dañoso puede constituir una conducta activa u omisiva del agente del daño (en este caso de la Entidad), tratarse de un supuesto doloso o culposo, o de un hecho que no siendo doloso ni culposo, puede vincularse al resultado (daño), a través de un factor objetivo de atribución (riesgo o peligro creados, garantía de reparación, equidad, etc.), asimismo, en lo referente a la culpa inexcusable, esta no se trata de una negligencia cualquiera, apenas un descuido, un olvido circunstancial, sino de una torpeza mayor inaceptable en una persona de intelecto medio, a quien no se le puede aceptar ninguna clase de disculpa ni justificación y, en cuanto al daño emergente, este consiste en la disminución del patrimonio ya existente del acreedor; es el empobrecimiento real y efectivo que sufre el acreedor con ocasión del incumplimiento de la obligación de parte del deudor, siendo que la Entidad actuó inobservando la normatividad, negándole solucionar las controversias, siendo intransigente en su actuar al rechazar su solicitud a conciliar, causándole un perjuicio económico mayor.

Por su parte, la Entidad, lo contradice argumentando que conforme se aprecia de la demanda, la contraria únicamente ha transcrito algunos conceptos sobre la indemnización sin sustentar el monto señalado como pretensión ni acreditarlo con medios probatorios suficientes.

Además, indica que una pretensión no puede ser resuelta en un proceso arbitral por el simple hecho de mencionarla, ésta debe tener el debido sustento de hecho y de derecho, lo cual no se ha dado en el presente caso. Asimismo, se ha incumplido lo dispuesto en el numeral 13 del Acta de Instalación, en el cual se señala que la demanda debe ser presentada con los medios probatorios que respalden las pretensiones planteadas y, que en atención a lo expuesto la demanda de esta pretensión se debe declarar infundada.

2. De otro lado, en referencia a la segunda pretensión principal de la reconvencción, la Entidad sostiene que de acuerdo con el Informe N° 170-2011-OI-UO/IPD de fecha 27 de abril del 2011, en la valorización N° 4, la Supervisora valorizó 07 partidas de OBRAS PROVISIONALES y 05 partidas de ESTRUCTURAS DE TECHOS por la suma de S/. 275,662.41 nuevos soles, más intereses legales, y que esta sobrevaluación distorsionó el avance físico de la Obra, el avance financiero, las amortizaciones de las cartas fianzas por adelanto directo y de materiales poniendo en alto riesgo la inversión en obra, generándole a la Entidad un grave perjuicio irreversible, lo que demuestra que la demandante incumplió con sus obligaciones esenciales de las Bases Integradas - Términos de Referencia que

forman parte del contrato de supervisión, Numerales: 2.2. ALCANCES DE LOS SERVICIOS DE SUPERVISION y 2.3. RESPONSABILIDADES DEL SUPERVISOR.

Por su parte, la Supervisora en relación a los fundamentos de la Entidad, lo contradice argumentando que, el daño es el menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya sea en sus bienes vitales naturales, ya sea en su propiedad, ya sea en su patrimonio y que se debe tratar, además, de un daño susceptible de probanza, que en el caso concreto se relaciona con su cuantía, asimismo, realiza alegaciones de carácter jurídico y doctrinario que corresponderá analizar y valorar al Tribunal y, finalmente expone el hecho que la Entidad, simplemente, no ha presentado medio probatorio idóneo alguno que demuestre la existencia de los daños que alega y menos que estos daños sean consecuencia inmediata y directa de tales daños y mucho menos de los montos que correspondería reconocer en su favor.

3. En relación con la pretensión planteada por la Supervisora y la Entidad, el Colegiado considera que, previamente a emitir su decisión, resulta necesario determinar:

- i) *Si la Ley y el Reglamento autoriza a la Supervisora y a la Entidad a exigir indemnización por daño emergente y lucro cesante por inejecución de obligaciones;*
- ii) *Si la Supervisora y a la Entidad han cumplido con probar el daño y establecer el quantum de la indemnización;*
- iii) *Si en el presente caso concurren los elementos de la responsabilidad civil que exige nuestro ordenamiento civil, norma supletoria aplicable a la presente pretensión, para que proceda la indemnización a la Supervisora por la frustración de las expectativas del negocio y, a la Entidad, por incumplimiento de obligaciones contractuales; y*
- iv) *En caso concurren los presupuestos de los numerales precedentes, el Tribunal determine el monto de la indemnización que corresponda.*

3.1 En relación a que, si la Ley y el Reglamento autoriza a la Supervisora y a la Entidad a exigir indemnización por daño emergente y lucro cesante por inejecución de obligaciones; corresponde remitirnos al Artículo 44 de la Ley.- Resolución de

los contratos, en cuyo segundo párrafo previene señalando textualmente que: *"Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados."* Y, en su caso, el segundo párrafo del Artículo 170° del Reglamento - Efectos de la resolución del Contrato-, su literalidad ha establecido que: *"Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad."*

Como se aprecia de las articulaciones glosadas que corresponden a la Ley y el Reglamento, se establece, sin lugar a dudas, que de ocurrir la resolución del contrato por hecho o causa imputable a cualquiera de las partes contratantes, la parte responsable se encuentra obligada al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya ocasionado. No obstante, para que proceda la indemnización la responsabilidad deberá ser valorada con la finalidad de establecer su procedencia con arreglo a sus requisitos esenciales; situación que el Colegiado analizará en los párrafos subsecuentes.

Teniendo en cuenta este presupuesto normativo, el Tribunal determina que, en efecto, la Supervisora y la Entidad, de acuerdo con su legítimo interés, están amparados legalmente a exigirse mutuamente la indemnización por daño emergente y lucro cesante generado por la inejecución de obligaciones, la misma que es diferente a la regulación que contempla el quinto párrafo del Artículo 209 del Reglamento, en el caso de la Supervisora.

- 3.2 En cuanto se refiere a, *si la Supervisora y a la Entidad han cumplido con probar el daño y establecer el quantum de la indemnización*; en relación con este presupuesto determinante que exige el ordenamiento jurídico para que proceda la indemnización, el Colegiado ha verificado de la frondosa documentación ofrecida, como medios probatorios por las partes: del demandante, en el escrito de demanda ingresado a la sede del Tribunal Arbitral con fecha 09 de enero de 2012 y absolución a la reconvención efectuada el 06 de marzo de 2012 y, de la parte demandada, los documentos presentados en el escrito de contestación de demanda y reconvención ingresado a la sede del Tribunal Arbitral con fecha 06 de febrero de 2012, asimismo, aquellos solicitados con la finalidad de mejor resolver respecto de los hechos expuestos en la Audiencia de Hechos y Audiencia de

Informes Orales, que, tanto la Supervisora como la Entidad, no han ofrecido medio probatorio, esto es pericia o informe de parte elaborado por profesional independiente, cálculos o cantidades sustentadas documentadamente que acrediten y prueben los daños y perjuicios que refieren haber sufrido o haberles afectado por la demora en la secuela del presente proceso o por la inejecución de obligaciones establecidas en el contrato de supervisión.



Como se encuentra establecido, la exigencia del reconocimiento y pago por el daño causado resulta siendo eminentemente probatoria, de manera que el simple dicho o las referencia o argumentaciones, así como las inferencias lógicas o jurídicas o los juicios de valor no pueden sustituir la probática arbitral a la que se encuentra sujeto por el ordenamiento jurídico el Tribunal, bajo el apotegma procesal de que, si no se prueban los hechos la pretensión será declarada infundada, siendo que en el caso de la Supervisora ésta solo arguye potenciales daños derivados de probables licitaciones que no pudo participar por las mayores exigencias de las empresas aseguradoras y la demora en la secuela del proceso en la que ella esta incurso, en el caso de la Entidad, sostiene que los daños son producto de valorizaciones sobrevaluadas que habrían sido pagadas al Contratista, sin embargo, en el caso de la Supervisora no es factible partir ni analizar suposiciones desde que los hechos de oportunidades en licitaciones son hechos aleatorios y sujetos a eventualidades y, la secuela del proceso no podría causarle daño alguno desde que resulta legítimo su cuestionamiento a su labor de supervisión y existe una legítima pretensión de la a ser resarcida y; en el caso de ésta última, su pretensión no ha sido acreditado con las mismas valorizaciones, ni con las facturas de pago, más aún, no ha probado el hecho que requirió al Contratista el reembolso de los pagos excesivos ni los documentos que acrediten la imposibilidad de recuperar dichos montos, para cuyo efecto ilustrativo constituye la liquidación del contrato de obra, en la que debía imputarse el recupero de las sumas pagadas en demasía de lo cual no existe evidencia probatoria.

- 3.3 En cuanto se refiere a determinar *si en el presente caso concurren los elementos de la responsabilidad civil que exige nuestro ordenamiento civil, norma supletoria aplicable a la presente pretensión, para que proceda la indemnización a la Supervisora por la frustración de las expectativas del negocio y, a la Entidad, por incumplimiento de obligaciones contractuales;*


corresponde analizar que la pretensión propuesta por ambas partes, tiene por objeto ser resarcidas por los daños y perjuicios derivados de la inejecución de las obligaciones establecidas en el contrato de supervisión.

Al respecto el segundo párrafo del artículo 1321º del Código Civil, determina que: *"El resarcimiento por la inejecución 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 inejecución"*. Por tanto, tratándose de una imputación de inejecución de obligaciones, o de cumplimiento defectuoso de la obligación a cargo del deudor, la carga de la prueba recae en la parte demandante a quien le corresponde demostrar que la obligación previamente pactada por los contratantes ha sido incumplida por uno de ellos, esto es, una obligación de dar, hacer, no hacer, o cumplido defectuosamente. Asimismo, siendo que según la doctrina y la jurisprudencia, se exigen que deben concurrir los siguientes elementos: a) debe existir un contrato, b) que dicho contrato sea válido, c) una obligación incumplida y, d) incumplimiento por un contratante en perjuicio del otro contratante, estos presupuestos se encuentran ampliamente probados, dado que con los medios probatorios ofrecidos se encuentra probado que ha existido un contrato suscrito por las partes, asimismo, dicho contrato es un contrato válido que fue celebrado de acuerdo con las formalidades del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, siendo que, en relación con la obligación incumplida, este incumplimiento debe contar con la evidencia palpable del perjuicio producido.

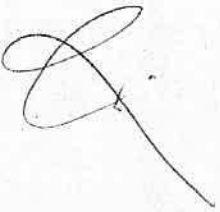
Entonces, dentro del análisis material de la responsabilidad civil, en el caso del elemento *antijuridicidad*, el Colegiado tiene la convicción que la Supervisora y la Entidad no presentan nítidas condiciones de una conducta que sea contraria al deber legal establecido en el ordenamiento jurídico exigido a ellas, por lo que del análisis no se evidencia una conducta antijurídica, desde que la conducta desarrollada encuentra justificación en actos administrativos relacionados con el contrato de supervisión y el contrato de obra que, a la fecha del presente pronunciamiento, no han concluido con la respectiva liquidación en cada uno de los contratos, en todo caso, de los medios probatorios ofrecidos no se evidencia otra situación de manera indubitable.



En cuanto corresponde al *daño* como el segundo elemento de la responsabilidad civil, al que se concibe como el menoscabo o detrimento al interés jurídicamente tutelado de los particulares, como es el patrimonio, renta, utilidad, etc., que se desenvuelven sobre la base de los principios orientadores de una "convivencia pacífica", no se concibe ni se autoriza que una persona pueda realizar el ejercicio irregular de un derecho, toda vez que el ejercicio de un derecho no es el derecho de causar daño, porque este ejercicio tiene que ser siempre regular, ya que de lo contrario dejaría de ser derecho deviniendo en un acto abusivo, por consiguiente todo uso del derecho que no respeta el interés social es ilícito. En el presente caso, el daño que argumenta la Supervisora no se encuentra materializada por las deficiencias probatorias que acredita la producción de la frustración de sus expectativas del negocio y, la conducta irregular que la Entidad imputa a la Supervisora, en el contexto del incumplimiento de sus obligaciones, que trajo como consecuencia la resolución del contrato, ha sido declarada ineficaz al resolver el Tribunal la Tercera Pretensión Principal y, adicionalmente, resulta prematuro invocar el daño por el exceso en el pago de valorizaciones cuando se encuentra pendiente la liquidación del contrato de obra o, en su caso, no se encuentra probado por la ausencia en la idoneidad de los medios probatorios.



Finalmente, en referencia a la *relación causal*, como el tercer elemento de la responsabilidad civil, entendida como el nexo existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, a efectos de precisar el hecho determinante del daño, el Tribunal tiene la convicción que los hechos invocados por las partes se diluyen, en cuanto a determinar que el supuesto daño es por la conducta de la Entidad y, en su caso, el incumplimiento de la Supervisora ha producido el pago excesivo de valorizaciones al Contratista, por lo que no es factible valorar o graduar la conducta diligente a que se encontraban obligadas a desarrollar las partes o a graduar la conducta negligente de ellas; en esta situación que el Colegiado tiene la convicción que, en ambos caso, en el presente caso no se cumple a cabalidad este elemento esencial de la responsabilidad civil.

- 
- 3.3 En cuanto corresponde a determinar *si en caso concurran los presupuestos de los numerales precedentes, el Tribunal determine el monto de la indemnización que corresponda*; en concordancia con lo señalado, la doctrina es pacífica en precisar

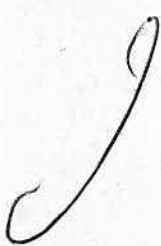
que, la responsabilidad civil constituye un mecanismo de tutela jurídica resarcitoria que nace como consecuencia de un hecho jurídico ilícito, ya sea de origen obligacional y contractual o extracontractual, en ambas modalidades, la responsabilidad busca la tutela de situaciones jurídicas de desventaja producida por la lesión o puesta en peligro de un bien o interés jurídico tutelado, por tanto, de acuerdo con los criterios desarrollados en los parágrafos precedentes al no haberse presentado satisfactoriamente los elementos que exige la indemnización, no es posible determinar el quantum del resarcimiento que exigen las partes.


4. Habiendo concluido el análisis de los aspectos expuestos, a juicio y razonamiento del Colegiado corresponde señalar que, conforme han sido abordados los hechos de los puntos controvertidos planteados, éste tiene la convicción del hecho relevante que entre la situación de la Supervisora y la Entidad, existe una nítida diferenciación en la conducta frente al cumplimiento del contrato, esto es, la inejecución de las obligaciones; en este contexto que en armonía a lo valorado corresponde declarar infundada la cuarta pretensión principal de la demanda e improcedente la segunda pretensión principal de la reconvención, dejando a salvo el derecho de la Entidad a solicitarlo en la etapa de liquidación del contrato de supervisión y, teniendo en consideración la liquidación del contrato de obra.

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN:
Determinar si corresponde o no declarar el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la supervisora, Ing. Ana Consuelo Cisneros Ibana.

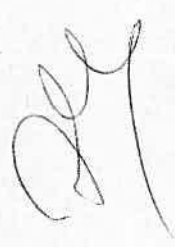
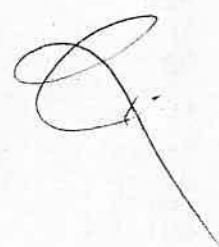
En el presente caso, al haber declarado el Tribunal: infundada la cuarta pretensión principal de la demanda e improcedente la segunda pretensión principal de la reconvención, dejando a salvo el derecho de la Entidad a solicitarlo en la etapa de liquidación del contrato de supervisión y, teniendo en consideración la liquidación del contrato de obra y, fundada la tercera pretensión principal de la demanda planteada por la Supervisora y, por su efecto vigente el Contrato N° 010-2010-IPD-OBRA-ING ANA CONSUELO CISNEROS IBANA de fecha 14 de octubre de 2010, celebrado con el Instituto Peruano del Deporte, debiendo retrotraerse los actos al estado anterior a la fecha en que se produjo la resolución del contrato, en aplicación al debido proceso arbitral, no es factible determinar el incumplimiento de obligaciones de cargo de la Supervisora, en consecuencia, corresponde declarar no ha lugar a pronunciarse con respecto a la pretensión planteada.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN:
Determinar si corresponde o no que la Ing. Ana Cisneros Ibana asuma el pago ascendente a la suma de S/. 18,495.00 nuevos soles, por concepto de la penalidad por los 45 días de inasistencia a la obra.

- 
1. En relación con esta pretensión, la Entidad reconviene solicitando que el Tribunal declare el incumplimiento de las obligaciones contractuales incurridas por la Supervisora, sustentando el hecho que, el numeral 5.3 de los términos de referencia de las Bases, señala que, si el supervisor de Obra no cumple con los plazos contractuales o no subsana las observaciones en el plazo establecido, se le aplicará las penalidades establecidas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y que las ausencias injustificadas de obra del Jefe de Supervisor o del Asistente de Supervisión o de supervisores especialistas cuando correspondan dan origen a descuentos por día de ausencia, las cuales se valorizan de acuerdo al presupuesto desagregado de honorarios de Supervisión y, de acumularse la ausencia en 20% se tomará como causal de deficiencia técnica para resolver el contrato de supervisión.



Sustenta el hecho que, al no informar la Supervisora a la Entidad sobre la paralización de obra durante el período comprendido entre el 28.02.2011 al 14.03.2011, detectándose dicha irregularidad el 19.04.2011, así como anotaciones adulteradas en el cuaderno de obra, se concluye que la referida demandante no estuvo en la obra durante dicho periodo, es decir durante los 45 días calendario de la ampliación de plazo 01; por lo que, en virtud a lo dispuesto en el Artículo 165 del Reglamento y la cláusula décimo segunda del contrato el monto de la penalidad asciende a la suma de S/. 18,495.00 nuevos soles de acuerdo a la fórmula que detalla.

- 
- 
2. En su caso, la Supervisora lo contradice alegando que, a pesar de no contar con la aprobación de la Ampliación de Plazo del N° 01, para el servicio de Supervisión, esta laboró de forma constante y permanente en la obra prueba de ello son los asientos de cuaderno de obra de todos los días desde el inicio de la obra hasta el 13 de abril del 2011, contando con la manifestación del contratista, cartas internas de su reclamo en el atraso por la no aprobación del Presupuesto Adicional N° 01 que se encuentran en la ruta crítica, así mismo, las fotografías tomadas el día 20 de Abril del 2011, realizando la Constatación Física con el Ing. Bazalar, Ing. Cossio, Arq. Mario Luy Ten, también se realizó informes situacionales, cartas y otros remitidos a la Entidad en dicho periodo, como son: a) Informe N° 025-20111ACCI-CONSULTOR, de fecha 28.02.2011 - Exp N°

004392.Asunto: Solicitud de ampliación de contrato por servicio de Supervisión por la Ampliación de Plazo N° 01 de la obra, b) Carta N° 040311-011ML-JB de fecha 04.03.2011-DEL CONTRATISTA A ING. ANA CISNEROS, Asunto: Solicitud de un Punto de Alimentación Eléctrica, e) Informe N° 026-20111ACCI-CONSULTOR, de fecha 11.03.2011 - Exp N° 005436, Asunto: envió valorización N° 004 al mes de febrero del 2011, d) Oficio N° 109-2011-SG/IPD-A ING. ANA CISNEROS de fecha 14.03.2011, Asunto: Ampliación de Plazo N° 001-Resolucion N° 163-2011-P/IPD, e) Oficio N° 069-2011-OI-UOIIPD-A ING. ANA CISNEROS de fecha 14.03.2011, Asunto: Cambio de Sistema Electromecánico de Ascenso y Descenso de Reflectores-Luxlif, f) Oficio N° 073-2011-OI-UO/IPD de fecha 15.03.2011, Asunto: Devolución para reformulación de la Valorización N° 004 al mes de febrero del 2011, g) Informe N° 027-20111ACCI-CONSULTOR fecha 18.03.2011 - Exp N°00582, Asunto: Envío reformulación de Valorización N° 004 al mes de febrero del 2011, según Oficio N° 073-2011-OI-UO/IPD, h) Informe N° 029-20111ACCI-CONSULTOR de fecha 25.03.2011 - Exp N° 006312, Asunto: envió informe situacional actual de avance de obra aI24.03.2011, i) Informe N° 016-ACCI-CONSULTOR/IPD-2011, fecha 11.04.2011 - Exp N° 007550 Asunto: Adicional de obra N° 01, k) Oficio N° 111-2011-OI-UO/IPD fecha 14.04.2011-A ING. ANA CISNEROS, Asunto: adicional de obra N° 01, l) Oficio N° 105-2011-OI-UOIIPD de fecha 11.04.2011-A ING. ANA CISNEROS Asunto: Solicita Reunión de Trabajo para Tratar Situación de Obra, ll) Oficio N° 106-2011-OI-UO/IPD, fecha 11.04.2011 - A ING. ANA CISNEROS Asunto: Recurso de Apelación de Obra, m) Informe N° 033-2011/ACCI-CONSULTOR, fecha 12.04.2011-Exp N° 007618, Asunto: envió informe situacional actual de avance de obra al 12.04.2011, n) Informe N° 035-2011-ACCI-CONSULTOR, fecha 18.04.2011-Exp N° 008014, Asunto: informe sobre pronunciamiento de medidas correctivas acerca del atraso sostenido en la ejecución de la obra, ñ) Informe N° 032-20111ACCI-CONSULTOR, de fecha 12.04.2011-Exp N° 007617, Asunto: Envío valorización N° 005 al mes de marzo del 2011, fecha 12.04.2011 Exp. N° 0007617, o) Informe N° 034-20111ACCI-CONSULTOR, de fecha 13.04.2011 - Exp N° 007721. Asunto: solicitud de ampliación de plazo parcial N° 002, p) Informe N° 035-2011/ACCI-CONSULTOR, de fecha 13.04.2011 - Exp N° 007722, Asunto: Envío corrección de la Valorización N° 005 al mes de marzo del 2011, Fecha 13.04.2011 Exp. N° 007721, q) Carta N° 038-20111ACCI-CONSULTOR, de fecha 13.04.2011 - Exp N° 007725, Asunto: Solicitud de ampliación de contrato por servicio de supervisión contractual por la Ampliación de Plazo Parcial N° 01 y N° 02, r) Oficio N° 212-2011-SG/IPD, fecha 29.04.2011-A ING. ANA

CISNEROS, Asunto: Intervención Económica de obra, s) Oficio N° 222-2011-SG/IPD, fecha 06.05.2011 - A ING. ANA CISNEROS Asunto: Ampliación de Plazo N° 01 de la obra contrato de la supervisión. Además que la Entidad Contratante, no demuestra de manera objetiva y fehaciente la ausencia de la Supervisión en ese periodo de tiempo, no habiéndose incumplido ninguna obligación contractual toda vez que no se contaba con la prórroga del Contrato de Supervisión, ya que la Resolución N° 289-2011-P/IPD, de Ampliación de Plazo se expidió el 20.04.11, fecha posterior a la culminación del contrato de Supervisión.

3. Con respecto a la penalidad, el *Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación*, en su primer párrafo ha establecido que, *en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.*

En primer lugar, como se encuentra establecido en la referida normativa, la aplicación de la penalidad exige el requisito de que ésta sea *injustificada*, esto es que en caso la mora en la prestación sea justificada no podrá proceder aplicar la penalidad. Así, tenemos que una justificación de la mora en la prestación es las causales previstas en el Artículo 175 del Reglamento.

En segundo lugar, la aplicación de penalidad debe cumplir el debido procedimiento administrativo, esto es que deberá ser determinada internamente por la Entidad y expedirse el acto administrativo resolutivo en la que se determine el hecho injustificado que faculta aplicar la penalidad y el análisis y aprobación del quantum de la penalidad; sin embargo, la aplicación de la penalidad se produce dentro del contexto en que la Supervisora contaba con 45 días calendario de ampliación de prórroga contractual y su inasistencia sólo se sustenta en un informe en que refiere ausencia por no estar suscrito el cuaderno de obra, existir agregados y entrelineados en los asientos de obra y no informar de la paralización en que se encontraba la obra, no habiéndosele notificado previamente el incumplimiento para que ejerza su derecho a realizar el descargo.

4. Asimismo, el cargo de la penalidad sufre significativa fractura si tenemos en cuenta que la Supervisora ha ofrecido medios probatorios documentales relacionados con cartas e informes durante el periodo en que, supuestamente, no habría asistido a la Obra, también, este impedimento se genera como producto del pronunciamiento del Tribunal, resolviendo improcedente la segunda pretensión principal de la reconvencción, dejando a salvo el derecho de la Entidad a solicitarlo en la etapa de liquidación del contrato de supervisión y, teniendo en consideración la liquidación del contrato de obra y, fundada la tercera pretensión principal de la demanda planteada por la Supervisora y, por su efecto vigente el Contrato N° 010-2010-IPD-OBRA-ING ANA CONSUELO CISNEROS IBANA de fecha 14 de octubre de 2010, celebrado con el Instituto Peruano del Deporte, debiendo retrotraerse los actos al estado anterior a la fecha en que se produjo la resolución del contrato, en aplicación al debido proceso arbitral, no es factible determinar el incumplimiento de obligaciones de cargo de la Supervisora; por estas consideraciones corresponde declarar infundada la pretensión.

PUNTO CONTROVERTIDO COMÚN: Determinar a quién corresponde asumir el pago de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso: honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaria Arbitral), derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

El Tribunal tiene la convicción que las partes han tenido el legítimo derecho de resolver la incertidumbre y el conflicto de interés existente mediante arbitraje, asimismo, han observado un adecuado comportamiento, colaboración y mutuo respeto durante el proceso y las actuaciones arbitrales, asimismo, las partes han observado las reglas establecidas con buena fe procesal; razón por el cual se determina que en armonía con el criterio glosado cada una de las partes deberá asumir en un cincuenta por ciento los gastos que le corresponda por honorarios arbitrales y de la secretaría arbitral y asumir sus propios costos y costas de su defensa.

Honorarios Definitivos: De acuerdo con la Regla 47 de las Reglas para las Actuaciones Arbitrales los honorarios definitivos del Tribunal Arbitral se fija en S/. 30,000 y del Secretario Arbitral en S/. 7,000, los mismos que han sido pagados por las partes, conforme la Regla 40 y 41 de las referidas Reglas.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral:

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **IMPROCEDENTE la Primera Pretensión Principal de la demanda;** en consecuencia deberá darse cumplimiento a lo dispuesto por la Resolución N° 289-2011-P/IPD de fecha 20 de abril del 2011, conforme sus propios términos y los expresados en su respectivo considerando.

SEGUNDO: Declarar **IMPROCEDENTE la Segunda Pretensión Principal de la demanda;** dejando a salvo el derecho de la demandante, conforme lo establece la segunda parte del cuarto párrafo del Artículo 175 del Reglamento, concordante con la Opinión N° 046-2009/DTN de fecha 29 de mayo del 2009.

TERCERO: Declarar **FUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la demanda;** en consecuencia vigente el Contrato N° 010-2010-IPD-OBRA-ING ANA CONSUELO CISNEROS IBANA de fecha 14 de octubre de 2010, celebrado con el Instituto Peruano del Deporte, debiendo retrotraerse los actos al estado anterior a la fecha en que se produjo la resolución del contrato.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA la Cuarta Pretensión Principal de la demanda Sexta Pretensión planteada en la demanda; e IMPROCEDENTE la Segunda Pretensión Principal de la reconvención;** dejando a salvo el derecho de la Entidad a solicitarlo, conforme lo expresado en su respectivo considerando.

QUINTO: Declarar **NO HA LUGAR a pronunciarse con respecto a la Primera Pretensión Principal de la reconvención.**


SEXTO: Declarar **INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la reconvención.**

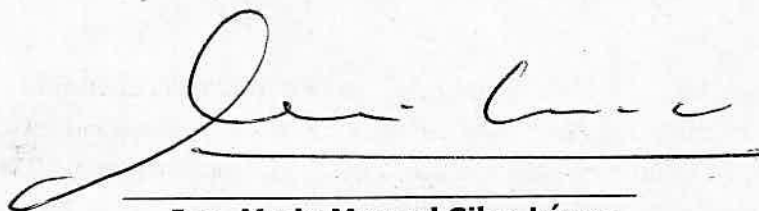
SÉPTIMO: DISPONER que las partes asuman el pago de las costas y costos del proceso en forma equitativa, conforme a los considerandos glosados precedentemente.

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


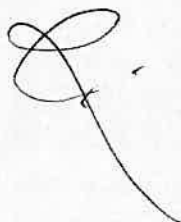
Notifíquese a las partes.


Dr. Flavio W. Zenitagoya Bustamante
Presidente


Ing. María E. Rivarola Rodríguez
Árbitro



Ing. Mario Manuel Silva López
Árbitro



Dr. Jorge Morán Acuña
Secretario Arbitral