

**CONTROVERSIA ARBITRAL AD HOC SEGUIDA ENTRE EL CONSORCIO
FERROVIAL CENTRO Y EL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y
COMUNICACIONES**

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DEMANDANTE: CONSORCIO FERROVIAL CENTRO (en adelante, EL CONSORCIO, EL SUPERVISOR o EL DEMANDANTE)

DEMANDADO: MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES (En adelante, EL MTC, EL MINISTERIO, LA ENTIDAD o EL DEMANDADO).

TRIBUNAL ARBITRAL:

DOCTOR. HORACIO CÁNEPA TORRE (Presidente).

DOCTOR. DANIEL MARTÍN LINARES PRADO

DOCTOR. RICARDO RODRÍGUEZ ARDILES

RESOLUCIÓN N° 47

Lima, 23 de junio del 2014

VISTOS:

I. ANTECEDENTES:

Con fecha 05 de setiembre del 2012, en la sede del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), el Tribunal Arbitral, con la presencia de ambas partes, se suscribió el Acta de Instalación relacionada con la controversia suscitada entre EL CONSORCIO y EL MINISTERIO, y que está vinculada al "*Contrato de Supervisión y Control de la obra: Rehabilitación integral del Ferrocarril Huancayo-Huancavelica. Componente I Rehabilitación de la Infraestructura Ferroviaria*" de fecha 16 de noviembre del 2006, (en adelante EL CONTRATO); declarando seguidamente abierto el proceso arbitral y otorgando al DEMANDANTE, el plazo de quince (15) días hábiles a fin de que cumpla con presentar su demanda, debiendo ofrecer los medios probatorios que sustenten su posición.

1. DE LA DEMANDA ARBITRAL Y DE SU AMPLIACIÓN (COMPLEMENTO).

1.1 Con fecha 26 de setiembre del 2012, EL CONSORCIO —dentro del plazo concedido— presentó su demanda arbitral en contra del DEMANDADO,

fundamentando sus pretensiones de la manera siguiente, advirtiendo desde ya que para una rápida lectura se ha suprimido las notas de pie de página:

- “
1. PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: Que, el Tribunal declare aprobada y consentida para todos los efectos legales la Liquidación Final por los Servicios de Supervisión y Control de la Obra: “Rehabilitación Integral del FFHH-Componente I: Rehabilitación de la Infraestructura Ferroviaria”, presentada nuestro Consorcio mediante la Carta N° 006-2011/CFV-FHH, del 09 de diciembre de 2011 (reiterada posteriormente, mediante Carta N° 002-2012/CFVC-FHH, del 02 de febrero del 2012), al no haber sido observada dentro de los plazos estipulados para tal fin en el numeral 6.1.1 de la Directiva N° 007-2005/CONSUCODE/PRE que regula el procedimiento para la Liquidación de Contratos de Consultoría de Obras, y se disponga la obligación del MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES (antes FERROCARRIL HUANCAYO -HUANCAVELICA), de cancelar el saldo a favor consignado en nuestra Liquidación ascendente a S/. 7 922 433.51 (Siete millones novecientos veintidós mil cuatrocientos treinta y tres con 51/ 100 Nuevos Soles), más los intereses legales que deberán ser calculados desde la fecha en que la referida liquidación quedó consentida o aquella que determine el Tribunal Arbitral.

La Directiva N° 007-2005/CONSUCODE/PRE regula el procedimiento para la liquidación de contratos de consultoría de obras, y por ende resulta aplicable a nuestro contrato (hecho que no está en discusión con el Ministerio). Esta Directiva establece en el numeral 6.1.1., que:

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

En nuestro caso, es claro que nuestra parte presentó nuestra liquidación de contrato con fecha 09 de diciembre del 2011, y que ella no fue materia de pronunciamiento alguno por la Entidad dentro de los 15 días siguientes, por lo que en aplicación estricta de la citada directiva ésta debe tenerse por aprobada.

Según la norma citada, si el Ministerio no estuviese de acuerdo con la liquidación presentada por nuestra parte, cualquiera que fuere la razón para ello (incluyendo la oportunidad de su presentación,

toda vez que la norma no hace distinción alguna), debe cumplir con manifestar su posición en el plazo previsto; caso contrario la disposición es absolutamente clara en señalar que la liquidación presentada se debe tener por aprobada.

En tal sentido la displicencia de la Entidad en emitir su pronunciamiento en los plazos previstos, genera como consecuencia la aprobación de la liquidación. En este sentido es de tener en cuenta que la aprobación de la referida liquidación no constituye ningún acto indebido, ni ilegal y menos prohibido, ya que: (i) se trata de una consecuencia típica de un contrato de supervisión, y (ii) se trata de la consecuencia que la propia norma dictada por el Estado ha previsto.

Ahora bien, sin perjuicio de considerar que al no haberse emitido pronunciamiento alguno por parte del Ministerio en el plazo legalmente previsto y por lo que la liquidación presenta quedo aprobada; lo cierto es que la Entidad ha pretendido sostener - de manera completamente extemporánea - que nuestra liquidación se habría presentado prematuramente (al 09 de diciembre del 2011), ya que a esa fecha no habríamos cumplido con nuestra última prestación. Hecho que desde ya negamos.

Para ello, sostiene el Ministerio que recién habríamos podido presentar nuestra liquidación luego de haber desarrollado nuestra última prestación y que éste nos hubiese dado su conformidad. Para el Ministerio esto sería, luego de haber emitido opinión respecto de la liquidación practicada por el contratista ejecutor de la obra, y siempre que él nos haya expresado su conformidad de manera expresa.

Sin embargo, si bien podríamos afirmar que lo expuesto por el Ministerio sería razonable en un escenario ideal (en el cual el contratista ejecutor termina su obra, presenta la liquidación, y todo de esto se hace dentro de los plazos concedidos y reconocidos económicamente al Supervisor), lo cierto es que en nuestro caso, ello debe ser analizado a la luz de la situación que se presentó en la ejecución del contrato de supervisión.

Así pues, no podemos dejar de advertir que al 09 de diciembre del 2012, fecha en que presentamos nuestra liquidación (hace tiempo que ya habíamos brindado la última prestación a la que estábamos obligados). No puede olvidar el Tribunal que desde noviembre del 2008 hasta diciembre del 2011 el Ministerio no nos hizo pago alguno por los servicios de supervisión, y había incluso vencido en esa fecha, el plazo contractual previsto en nuestro contrato (540 días) habiendo hecho oídos sordos el Ministerio a nuestros pedidos

para que se paguen los mayores servicios de supervisión que se venían prestando en el tiempo. Consecuentemente, debe tenerse en consideración que:

- Si bien nuestro contrato prevé en su cláusula tercera que nuestros servicios se desarrollarían hasta el consentimiento de la liquidación, y en su cláusula quinta indica que "al término de la Obra, es nuestra obligación revisar y efectuar las correcciones que estime pertinente a la Liquidación del Contrato de Obra que presente el contratista ejecutor, debiendo revisar los planos de post construcción y memoria descriptiva valorizada que entregará el contratista ejecutor"; también es cierto que el mismo contrato señala en su cláusula tercera que el plazo de los servicios materia del contrato sería de 540, los cuales podrían ser ampliados o reducidos.
- Sin embargo, el plazo de los 540 días fue superado en exceso (solamente en la etapa 2 de la Supervisión el plazo excedió en 892 días a los 430 días previstos); por tanto si bien solicitamos al Ministerio que se dicte la ampliación de plazo correspondiente, y se disponga el pago de los mayores servicios de supervisión que se vinieron brindando desde el mes de noviembre del 2008 y que estaban generando una brecha financiera enorme en el Consorcio; éste simplemente hizo oídos sordos a este reclamo y nunca expresó nada sobre el particular.
- Por el contrario, el Ministerio simplemente se limitó a señalarnos que deberíamos seguir con la Supervisión hasta la finalización de la obra, pero sin pronunciarse en forma alguna sobre el pago que veníamos reclamando por ese periodo; es decir, sin emitir opinión respecto a nuestro derecho a obtener una compensación por este mayor tiempo de supervisión.

Tan cierto es ello, que el propio Coordinador del Ministerio en su Informe N° 021-2012-MTC/14.08.EACL, señala expresamente: "(...) la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles ha tramitado en su oportunidad, y de manera reiterada, los requerimientos de ampliación de plazo a favor del Supervisor y el pago correspondiente, sin embargo el Ministerio no ha reconocido ni las ampliaciones ni los pagos requeridos (...)".

- En tal sentido, al 09 de diciembre del 2011, fecha en que nos vimos forzados a presentar nuestra liquidación ante el caso omiso a los diversos requerimientos efectuados al Ministerio para que se pronuncie y proceda con el pago de nuestros servicios, nuestra parte había cumplido en exceso con el plazo de su contrato, así como con las prestaciones que contractualmente le eran exigibles; y por tanto

estábamos perfectamente habilitados a presentar nuestra liquidación de la supervisión.

Además no puede olvidar el Tribunal que los contratos (incluyendo los denominados "contratos administrativos") se sustentan en el principio básico de la buena fe contractual. No es admisible en forma alguna pensar que un contrato por el hecho de ser un contrato estatal, sea ajeno a este principio. El artículo 1362° del Código Civil, establece que los contratos se negocian, celebran y ejecutan según las reglas de la buena fe; y resulta perfectamente aplicable al caso.

No es por ende admisible que el Ministerio, con quien suscribimos un contrato a precios unitarios para que se nos reconozca una retribución por una labor de supervisión que debía durar 540 días (es decir, cuyo presupuesto se previó y formuló para ese plazo); señale que estamos obligados a continuar nuestros servicios casi por el triple del plazo original, sin que previamente se haya pronunciado siquiera respecto de nuestro derecho al pago por ese mayor periodo de supervisión y haya pagado el mismo, tal como lo veníamos solicitando. Advertimos por el contrario que es recién en el año 2012 en su Informe N° 021-2012-MTC/14.08.EACL que expresa que tenemos derecho a ese pago. Nos preguntamos entonces: ¿Por qué no dijo eso en su oportunidad, cuando reiteradamente le solicitábamos que debía proceder al pago de los Adicionales 02, 03, 04, 05 y 06 de la Supervisión?; ¿Acaso puede ahora venir a sustentar que nuestra obligación contractual seguía vigente, cuando el propio Ministerio reconoce ahora en sus informes que no se pronunció sobre nuestras ampliaciones de plazo, ni sobre nuestro derecho a mayor pago?; ¿Puede por tanto el Ministerio sostener que no habíamos cumplido al 09 de diciembre con las obligaciones a cargo de nuestra parte?; ¿Puede acaso el Ministerio exigirnos que para la liquidación de nuestro contrato estábamos obligados a continuar en estas condiciones con nuestros servicios? Como el Tribunal podrá advertir, nosotros teníamos un contrato por un plazo, el cual si bien podía ser ampliado o reducido, no fue hecho así por el Ministerio, quién simplemente nos conminó a tener que quedarnos continuando con la Supervisión, lo que hicimos hasta cuando financieramente pudimos, toda vez que durante los casi 36 meses más que permanecemos en la supervisión el Ministerio ni siquiera se pronunció respecto de su obligación de pago a nuestra parte.

Sin perjuicio de lo indicado, también debemos señalar que aun cuando ya no estábamos obligados, luego de presentada nuestra liquidación el día 09 de diciembre del 2011; el Ministerio nos solicitó que emitiésemos opinión respecto de la liquidación de la obra; lo cual hicimos en el mes de enero del 2012 (señalando

expresamente que lo hacíamos en una clara demostración de buena fe, pero ya sin estar obligados a ello). Con posterioridad a ello (que incluso sería nuestra última prestación según la posición del Ministerio, volvimos a reiterar (alcanzar) nuestra liquidación de supervisión el día 03 de febrero del 2012, la que tampoco fue materia de pronunciamiento en plazo por parte del Ministerio.

- En tal sentido corresponde que el Tribunal declare aprobada nuestra liquidación de contrato presentada con fecha 09 de diciembre del 2011, y ordene el pago de la misma, así como de los intereses legales que se han generado desde la fecha en que ésta quedo aprobada.

2. PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL.- Que, en caso el Tribunal Arbitral considere que nuestra Liquidación no ha quedado consentida, y siendo que conforme se aprecia del Informe N° 21-2012-MTC/14.08-EACL del 10 de abril de 2012, emitido por el Coordinador del Proyecto y comunicado a nuestra parte mediante Oficio N° 118-2012-MTC/10.02 del 17 de abril del 2012, el propio Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha manifestado que nuestros servicios se han cumplido a conformidad, se apruebe el importe de nuestra liquidación la cual asciende a la suma de S/. 7'922 433.51 (Siete millones novecientos veintidós mil cuatrocientos treinta y tres con 51/100 Nuevos Soles), haciendo nuestra para tal efecto la misma liquidación que presentamos con fecha 09 de diciembre de 2011 (reiterada con fecha 03 de febrero del 2012), o en su defecto apruebe el importe de la liquidación que corresponda a nuestro contrato de supervisión.

Asimismo, ordene el pago de dicha liquidación, así como el de sus intereses legales correspondientes.

En el supuesto que el Tribunal Arbitral desestime nuestra pretensión principal, solicitamos que apruebe la liquidación que corresponda, y que en nuestra opinión es la misma que presentamos a la Entidad con fecha 09 de diciembre del 2011 y reiterada con fecha 03 de febrero del 2012, a la cual nos remitimos para su justificación y explicación.

En tal sentido, ofrecemos como medio probatorio de esta pretensión no solo la liquidación ya presentada, sino además la pericia que solicitamos se actúe por un perito ingeniero civil con experiencia en liquidación de contratos de consultoría de obras, designado por el Tribunal a efecto de corroborar la exactitud de nuestra pericia.

Fundamentamos esta pretensión en el hecho que, en el hipotético caso que el Tribunal pudiese considerar que no corresponde tener por aprobada en virtud de la falta de pronunciamiento oportuno del Ministerio, corresponde que se dilucide de una vez cualquier controversia que se pudiese tener con la Entidad respecto de esta liquidación, y de esta manera evitar mayores dilaciones innecesarias para las partes.

En este sentido, debemos resaltar al Tribunal que según la propia Entidad señala en su Informe N° 21-2012-MTC/14.08-EACL del 10 de abril del 2012, ella está expresamente de acuerdo en que se nos reconozcan los montos siguientes:

- *El pago por los 892 días adicionales de supervisión de la Segunda Etapa del contrato de supervisión, lo que totaliza la suma de S/. 1,961,616.65 más IGV*
- *El pago que se nos adeuda por la supervisión de la etapa de recepción de la obra según el propio contrato (S/. 96,795.09)*

Asimismo dejamos constancia que en nuestra liquidación hemos considerado (como corresponde) los reajustes de las valorizaciones presentadas tanto de las que se pagaron, como de aquellas que se debieron haber pagado (este reajuste está expresamente previsto en el contrato).

Finalmente debemos indicar que en nuestra liquidación hemos considerado también que se nos debe reconocer los conceptos siguientes:

“(a) S/. 706 961.58 (Setecientos seis mil novecientos sesenta y uno con 58/100 Nuevos Soles), más el impuesto general a las Ventas (IGV), por mayores servicios de supervisión en la etapa de recepción y liquidación de obra;

(b) S/. 101 085.37 (Ciento un mil ochenta y cinco con 37/100 Nuevos Soles), más el impuesto general a las Ventas (IGV), por interés por demora en el pago de adicionales;

(c) S/. 3 '610 482.75 (Tres millones seiscientos diez mil cuatrocientos ochenta y dos con 75/100 Nuevos Soles), más el impuesto General a las Ventas (IGV), por concepto de Resarcimiento por daños y perjuicios.”

La justificación de dichos conceptos e importes se señalan en nuestra liquidación y se explican también el desarrollo de la siguiente pretensión.

3. PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL O A LA PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA: Que habiendo cumplido con nuestra última prestación, el Tribunal ordene al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, se proceda a la devolución de las siguientes Cartas Fianza, presentadas por nuestro Consorcio como Garantía de Fiel Cumplimiento, según el siguiente detalle:

✓ Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° E1152-20-2006, con fecha de emisión del 20 de agosto de 2012, vigente desde las 00:00 m del 27 de agosto de 2012, hasta las 24:00 m del 24 de noviembre de 2012, emitida por SECREX SEGUROS DE CREDITO Y GARANTIAS GRUPO CESCE, por un valor ascendente a S/. 114 224.40 (Ciento catorce mil doscientos veinticuatro con 40/100 Nuevos Soles).

✓ Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0347-9800086153-28, con fecha de emisión del 14 de septiembre de 2012, vigente hasta el 28 de noviembre de 2012, emitida por BBVA CONTINENTAL, por un valor ascendente a S/. 114 224.40 (Ciento catorce mil doscientos veinticuatro con 40/100 Nuevos Soles).

De aprobarse la liquidación de nuestro contrato, la misma que indubitadamente arrojará un monto favorable a nuestra parte, solicitamos que el Tribunal ordene que se proceda a la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de contrato, al carecer de objeto que las mismas sigan en poder de la Entidad.

4. SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL O A LA PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA: Que el Tribunal ordene al Ministerio de Transportes y Comunicaciones que expida la correspondiente Constancia de prestación que contenga la identificación del objeto del contrato y el monto correspondiente.

Sustentamos nuestra solicitud en lo establecido en el artículo 235° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aplicable al presente proceso (D.S. 084-2004-PCM), que establece que otorgada la conformidad de la prestación (hecho que se asume de manera previa a la liquidación), corresponde otorgar al contratista una constancia que contenga la identificación del objeto del contrato y el monto correspondiente.

5. ~~PRETENSION SUBORDINADA A LA PRIMERA~~
~~PRETENSION SUBORDINADA A LA PRIMERA~~

PRETENSION PRINCIPAL.- Que en caso que el Tribunal Arbitral considere que aún no corresponde aprobar la Liquidación Final de nuestro contrato supervisión, declare nuestro derecho a que:

a. Se nos reconozca las sumas siguientes:

(i) S/. 2'299.428.87 (Dos millones doscientos noventa nueve mil cuatrocientos veintiocho y 87/100 Nuevos Soles) mas IGV ó la suma que se determine, conforme al siguiente detalle:

(a) S/. 15,300.23 (Quince mil trescientos y 23/100 Nuevos soles) mas IGV o la suma que se determine, como consecuencia del pago dejado de pagar de la Primera Etapa de Revisión del Expediente Técnico.

(b) S/. 1'961,616.65 (Un millón novecientos sesenta y un mil seiscientos dieciséis y 65/100 Nuevos Soles) más IGV o la suma que se determine, como consecuencia del mayor tiempo de supervisión de la Segunda Etapa (Supervisión de la Ejecución de la Obra) correspondiente a los 892 días adicionales que demando esta Etapa de la Supervisión; ordenando igualmente que se proceda al pago inmediato de éste importe al haber sido ya reconocido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Sustentamos nuestro pedido en el hecho cierto y evidente que nuestra empresa brindo servicios de supervisión durante este tiempo por 892 días adicionales a los originalmente contratados para esta etapa; bajo un contrato de precios unitarios, y en el Informe que el propio Coordinador del Proyecto en su Informe N° 21-2012-MTC/14.08-EACL, del 10 de abril de 2012, ha reconocido la procedencia de este pago (que él denomina como Prestaciones Adicionales N° 02, 03, 04, 05 y 06).

(c) S/. 81,340.41 (Ochenta un mil, trescientos cuarenta y 41/100 Nuevos Soles) mas IGV, como consecuencia del servicio prestado en Etapa de Informe Final y Liquidación de Obra

Este monto también ha sido reconocido por el Coordinador General del Proyecto en el Informe N° 21-2012-MTC/14.08-EACL del 10 de abril del 2012 y también está previsto en nuestro medio probatorio N° 38.

(d) S/. 29,619.13 (veintinueve mil, doscientos sesenta y nueve y 13/100 Nuevos Soles) o la suma que se determine mas IGV, como consecuencia de los reajustes correspondientes al Contrato de Obra

Principal previstos su pago en la Cláusula Octava del Contrato de Supervisión.

Sustentamos nuestro pedido en lo establecido en la cláusula octava de nuestro contrato que contempla claramente la fórmula de reajuste que se debe utilizar.

El cálculo efectuado se detalla en nuestro medio probatorio N° 39.

(e) S/. 211,552.45 (Doscientos once mil, quinientos cincuenta y dos y 45/100 Nuevos Soles) mas IGV como consecuencia de los reajustes correspondientes a los Presupuestos Adicionales 02,03,04,05 y 06 previsto su pago en la Cláusula Octava del Contrato de Supervisión

Sustentamos igualmente nuestro pedido en lo establecido en la cláusula octava de nuestro contrato.

El cálculo de dichos reajustes se detalla en nuestro medio probatorio N° 40.

(ii) S/. 4'418 529.70 (Cuatro millones cuatrocientos dieciocho mil quinientos veintinueve con 70 /100 Nuevos Soles), más los impuestos de Ley (Impuesto General a las Ventas) o el importe que se determine, conforme al siguiente detalle:

(a) S/. 706 961.58 (Setecientos seis mil novecientos sesenta y uno con 58/100 Nuevos Soles), más el impuesto general a las Ventas (IGV), por mayores servicios de supervisión en la etapa de recepción y liquidación de obra;

Sustentamos nuestro pedido, en el mayor plazo de servicios de supervisión que brindamos en la Tercera Etapa de la Supervisión correspondiente a la Recepción y Liquidación de la Obra.

Siendo que la obra concluyó físicamente el 12 de noviembre del 2010, y que de acuerdo con el contrato la etapa de recepción y liquidación se extendía a un periodo de 30 días, es claro que la retribución originariamente pactada cubría nuestros servicios por 30 días, esto es hasta el 12 de diciembre del 2010. Sin embargo la etapa de recepción demoró hasta el 25 de marzo del 2011 (véase informe del Coordinador de la Obra N° 021-2012-MTC/14.08-EACL), lapso durante el cual estuvimos en permanente actividad y coordinación con la Entidad desarrollando nuestros servicios de supervisión, y con posterioridad a ello continuamos desarrollando nuestros servicios de supervisión, para la etapa de liquidación

elaborando informes para la Entidad, hasta que dimos por concluidos nuestros servicios.

En tal sentido, el cálculo de dichos servicios esta detallado y se explica en el medio probatorio N° 41 y fue materia de reclamos al Ministerio mediante Cartas N° 017-2011/CFVC-FHH-OBRA del 10 de octubre del 2011, 018-2011/CFVC-FHH-OBRA del 10 de octubre del 2011, y 019-2011/CFVC-FHH-OBRA del 10 de octubre del 2011; sin haber obtenido respuesta alguna por parte de éste.

(b) S/. 101,085.37 (Ciento un mil ochenta y cinco con 37/100 Nuevos Soles), más el impuesto general a las Ventas (IGV), por interés por demora en el pago de adicionales;

Este pedido se sustenta en el hecho que no cabe duda que en su oportunidad el Ministerio debió cancelarnos las valorizaciones que presentamos por los mayores periodos de supervisión que fueron brindados (esto lo ha señalado incluso el Coordinador General del Proyecto en su Informe N° 21 - 2012-MTC/14.08-EACL), lo que pese a haber sido presentado y reclamado en su oportunidad no fue materia de cancelación oportuna; por lo que el retraso en el pago de dichas valorizaciones ha generado la obligación del Ministerio de reconocernos el pago de los intereses legales correspondientes conforme al artículo 238° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aplicable al presente proceso.

El detalle del cálculo está considerado en la liquidación practicada por nuestra parte que se presenta como medio probatorio 42.

(c) S/. 3'610 482.75 (Tres millones seiscientos diez mil cuatrocientos ochenta y dos con 75/100 Nuevos Soles), más el impuesto General a las Ventas (IGV), o aquella suma que el Tribunal estime de manera valorativa conforme al artículo 1332° del Código Civil, por concepto de Resarcimiento por daños y perjuicios.

Sustentamos nuestro pedido en los hechos siguientes:

- Está acreditado con lo expuesto hasta ahora que nuestra parte brindó servicios de supervisión durante un plazo mucho mayor a los 540 días materia del contrato.*
- De hecho está perfectamente acreditado que sólo en la Etapa 2 de la Supervisión, brindamos servicios por 892 días adicionales a los 430 que correspondían a esa etapa, sin considerar el mayor tiempo de servicios que brindamos en la etapa de recepción y liquidación.*

- Está acreditado que desde noviembre del año 2008 hasta diciembre del 2011 en que financieramente nuestro Consorcio ya no pudo soportar continuar con el costo de mantener una supervisión por poco más de 36 meses, vinimos reclamando que el Ministerio nos pague por los servicios de supervisión que les brindábamos.

- Está probado (con el Informe N° 21-2012-MTC/14.08-EACL, del 10 de abril de 2012) que Ministerio era perfectamente consciente de nuestro derecho a este pago que debió efectuarlo en la oportunidad en que presentábamos nuestras valorizaciones. En este sentido el propio Coordinador del Proyecto ha expresado que "pese a la que la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles ha tramitado en su oportunidad y de manera reiterada, los requerimientos de ampliación de plazo a favor del Supervisor y el pago correspondiente, sin embargo el Ministerio no ha reconocido ni las ampliaciones ni los pagos requeridos".

- Está probado por tanto que el Ministerio conocía que en su oportunidad debía efectuarnos dichos pagos, simplemente no sólo no lo hizo, sino que además obvio siquiera pronunciarse en el sentido de nuestro derecho al mismo; y por el contrario nos conminó a que continuemos con la supervisión durante más de 36 meses sin pago alguno.

- En consecuencia está probado, que de esta manera el Ministerio incumplió su elemental deber de buena fe en la ejecución del contrato y por ende retrasó indebida e injustificadamente los pagos a nuestra parte, poniéndonos en la situación que el Consorcio (y las empresas que la integran) hayan tenido que buscar recursos financieros a efecto de poder hacer frente a la labor de supervisión que se desarrolló durante todo ese periodo.

- Es absolutamente claro, pues es un hecho evidente que si no recibimos pago alguno durante todo este periodo (noviembre del 2008 a diciembre del 2011) por parte del Ministerio, pero éste nos exigió a continuar con la supervisión, tuvimos que agenciar los recursos para atender esta actividad. No debe olvidarse que el contrato que suscribimos con el Ministerio es uno con financiamiento de la Entidad y no con financiamiento del contratista (esto significa que era el Ministerio quien debía financiar mediante los pagos oportunos la prestación adecuada del servicio y no así nuestra parte).

- En tal sentido, es absolutamente claro que la conducta del Ministerio, resultaba no sólo arbitraria, sino antijurídica y nos ha ocasionado un perjuicio económico dado por el costo financiero que hemos tenido que asumir. Este mayor costo financiero para poder brindar nuestros servicios, tiene la relación de causalidad e imputabilidad en la conducta antijurídica del Ministerio.

- El monto del perjuicio que esta conducta nos ha ocasionado esta detallado en su cálculo en el medio probatorio N° 43, y que reclamamos como daño emergente, ya que se trata de un daño realmente producido.

- En todo caso, si el Tribunal por alguna razón no coincide con el monto del daño calculado pese a que el mismo ha sido determinado de manera absolutamente objetiva sobre la base de tasas reales del mercado financiero nacional (4.17% de Interés Efectivo); estamos seguros que no le cabrá mayor duda sobre la producción del daño, por lo que en aplicación del artículo 1332° del Código Civil solicitamos que valore equitativamente el monto de dicha indemnización por daños y perjuicios.

b. Asimismo declare que al haberse señalado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que no encuentra observación alguna al pedido de conformidad de servicio de Consorcio Ferrovial Centro, y que los servicios de nuestro Consorcio se han cumplido a cabalidad y a conformidad, se declare que corresponde que se nos devuelva las Cartas Fianza, que nuestro Consorcio presentó como Garantí de Fiel Cumplimiento, según el siguiente detalle:

✓ Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° E1152-20-2006, con fecha de emisión del 20 de agosto de 2012, vigente desde las 00:00 m del 27 de agosto de 2012, hasta las 24:00 m del 24 de noviembre de 2012, emitida por SECREX SEGUROS DE CREDITO Y GARANTIAS GRUPO CESCE, por un valor ascendente a S/. 114 224.40 (Ciento catorce mil doscientos veinticuatro con 40/100 Nuevos Soles).

✓ Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0347-9800086153-28, con fecha de emisión del 14 de septiembre de 2012, vigente hasta el 28 de noviembre de 2012, emitida por BBVA CONTINENTAL, por un valor ascendente a S/. 114 224.40 (Ciento catorce mil doscientos veinticuatro con 40/100 Nuevos Soles).

Sustentamos nuestra solicitud en el hecho que, tal como se expresa en el Informe N° 21-2012-MTC/14.08-EACL, del 10 de abril de 2012, que se nos ha alcanzado mediante el Oficio N° 118-2012-MTC/10.02 del 17 de abril del 2012, el Ministerio expresamente ha dado conformidad a nuestro servicio de supervisión y además indica que se nos tiene montos importantes pendientes de cancelación (que suman más de dos millones de Nuevos Soles), sin que nuestra parte adeude suma alguna.

En tal sentido, siendo absolutamente claro que ya carece de todo sentido la exigencia de una carta fianza de fiel cumplimiento que garantice las obligaciones a nuestro cargo, las mismas que según el propio Ministerio se han cumplido a cabalidad, y además es el Ministerio quien reconoce que nos adeuda dinero (al margen de considerar nuestra parte que ese monto es mayor); corresponde que se nos devuelva la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de Contrato por haber perdido su objeto, ya que su exigencia por parte de la Entidad en estas circunstancias sería contraria a la buena fe y constituiría un abuso de derecho, situación que resulta prohibida en el ordenamiento legal peruano, según lo establece el artículo II del Título Preliminar del Código Civil.

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL: Que, el Tribunal declare que corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones asumir el pago de las costas y costos del presente proceso.

Sustentamos nuestra pretensión en el hecho que de declararse fundado alguno de los extremos de la demanda, conforme a la Ley de Arbitraje corresponde que el Ministerio asuma el pago de las costas y costos de este proceso arbitral.”

- 1.2. Es de precisar que a través de la *Resolución N° 1 de fecha 28 de setiembre del 2012*, este Colegiado tuvo por admitida la demanda arbitral del CONSORCIO y se corrió traslado de la misma a su contraria, EL MINISTERIO. Asimismo, conviene indicar que mediante la indicada resolución se tuvo por cancelado extemporáneamente el primer anticipo de los honorarios arbitrales que le corresponde al CONSORCIO.
- 1.3. Luego, mediante el escrito de fecha 12 de octubre del 2012, EL DEMANDANTE presentó un escrito complementario respecto a la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de su demanda arbitral, en lo referido al pago dejado de percibir en la primera etapa de la Revisión del Expediente Técnico. Su tenor es como sigue:

“En la Demanda arbitral se presentó como quinta pretensión la siguiente:

5. PRETENSION SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL- Que en caso que el Tribunal Arbitral considere que aún no corresponde aprobar la Liquidación

Final de nuestro contrato supervisión, declare nuestro derecho a que:

4.1 Se nos reconozcan las sumas siguientes:

S/. 15,300.23 (Quince mil trescientos con 23/100 Nuevos soles) mas IGV o la suma que se determine, como consecuencia del pago dejado de percibir de la Primera Etapa de Revisión del Expediente Técnico.

Como bien se explicó en su oportunidad, a consecuencia de la convocatoria del Concurso Público N° 0001-2006-FHH, se nos otorgó la buena pro con la finalidad que nuestro Consorcio brinde el servicio de supervisión de obra que se encargaría de la supervisión y control de la Obra "Rehabilitación Integral del FFHH-Componente I: Rehabilitación de la Infraestructura Ferroviaria: a realizarse a lo largo de la vía férrea entre los departamentos de Junín y Huancavelica.

Al suscribirse el contrato de Supervisión de la ejecución de la Obra, se acordó que dentro de un plazo de 540 días calendario nuestro Consorcio brinde los servicios de supervisión según el siguiente detalle:

- Etapa de Revisión de Expediente Técnico: Para esta etapa, el contrato previo un plazo de 30 días calendario, previos al inicio de obra, y por un monto ascendente a S/. 81,003.83 (Ochenta y un mil tres con 83/100 Nuevos Soles).*
- Etapa de Supervisión integral y control de la obra: Para esta etapa el contrato previo un plazo de 480 días calendario, contados a partir del inicio de la obra, o del día siguiente de la notificación oficial por parte del funcionario competente, y por un monto ascendente a S/. 1' 757,393.60 (Un millón setecientos cincuenta y siete mil trescientos noventa y tres con 60/100 Nuevos Soles).*
- Etapa de Informe Final y liquidación de contrato: Para esta etapa el contrato previo un plazo de 30 días calendario a partir de la recepción de la Obra, y por un monto ascendente a S/. 81,340.41 (Ochenta y un mil trescientos cuarenta con 41/100 Nuevos Soles).*

Los montos antes mencionados no incluyen el Impuesto General a las Ventas.

En cuanto a la Etapa de Revisión del Expediente Técnico, el servicio de supervisión consistía en revisar los documentos relacionados al Expediente Técnico el mismo que entre otros

documentos, constaba de la memoria descriptiva, especificaciones técnicas, presupuesto, análisis de precios unitarios y Planos, entre otros, y, al término del cual se tenía que presentar un Informe.

Según nuestra propuesta económica, el monto ofertado para esta Etapa ascendía a S/. 81,003.83 (sin incluir el Impuesto General a las Ventas), cuya estructura se desagregaba en: Sueldos del personal profesional, Sueldos del personal auxiliar y de servicio, Alquiler de oficina equipada, Alquiler de vehículos, Alquiler de equipos de cómputo, Pasajes para el personal, Viáticos para el personal. Movilización (Equipos, muebles y otros) y materiales de oficina.

La supervisión cumplió con el servicio tal como estaba descrito en los términos de referencia, presentando oportunamente el informe de revisión del expediente técnico, posteriormente cuando presentamos nuestra valorización para el pago del servicio de revisión del expediente técnico por la suma de S/.81,003.83, la Entidad nos efectuó el descuento de los rubros siguientes:

Oficina equipada:	S/. 2,500.00
Movilización	S/. <u>12,550.23</u>
Costo Directo	S/. 15,050.23
Utilidad	S/. 250.00

Sub Total sin IGV S/. 15,300.23

En la comunicación que la Entidad nos remitió referida al descuento de nuestra valorización, aducía que la supervisión había efectuado la revisión del Expediente técnico en la ciudad de Lima y la ejecución de la obra se iba a desarrollar en la Ciudad de Huancayo, por lo que no habríamos hecho uso de alquiler de oficina, por lo tanto tampoco habíamos efectuado la partida de movilización (para muebles de oficina, equipos de cómputo, entre otros).

Al respecto la supervisión le remitió una comunicación en la cual se efectuaba los descargos correspondientes, indicándoles que si bien la revisión del Expediente Técnico se había efectuado en la ciudad de Lima, no significaba que no hayamos hecho uso de oficinas y muebles, para llevar a cabo dicho servicio, y cuyo uso correspondía a la oficina que se había ofertado, y en cuanto a la movilización, de todas maneras se tendría que efectuar, en vista que se tenía que movilizar desde Lima a la ciudad de Huancayo los muebles de oficina, los equipos de laboratorio, los equipos de topografía y los equipos de cómputo. En dicha comunicación dejamos constancia que no estábamos de acuerdo con el descuento efectuado en forma

unilateral y que en la Liquidación de nuestro contrato estaríamos reclamando el pago de S/. 15,300.23 (sin IGV), dejado de pagar.”

- 1.4. Es de precisar que el mencionado escrito complementario fue atendido a través de la *Resolución N° 2 de fecha 15 de octubre del 2012* corriéndose traslado del mismo al MINISTERIO. Asimismo, en la resolución anterior, se observó que el MINISTERIO no cumplió oportunamente con pagar el primer anticipo de honorarios arbitrales que le corresponde, requiriéndose en dicha resolución para que cumpla con abonar el primer anticipo de honorarios arbitrales en un plazo adicional de diez (10) días hábiles.

2. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA ARBITRAL Y DE LA ABSOLUCIÓN AL ESCRITO COMPLEMENTARIO

- 2.1. Con fecha 26 de octubre del 2012 EL DEMANDADO presentó dentro del plazo concedido en el Principal un escrito en donde contestó la demanda, mientras que en su primer Otrosí Digo delegó su Procuraduría Pública su representación en los abogados que ahí se señalan, reservándose el derecho de ampliar, complementar y/o modificar los fundamentos de su contestación. Es preciso indicar que EL DEMANDADO amparó su contestación de demanda arbitral en relación a las pretensiones planteadas por EL CONSORCIO, en base a las siguientes consideraciones que a continuación pasamos a detallar:

“

***RESPECTO LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL:** “Que en caso el demandante solicite que el Tribunal declare aprobada y consentida, para todos los efectos legales, la liquidación final por los servicios de supervisión prestados como consecuencia del Contrato de Supervisión N° 001-2006-FHH de fecha 09 de diciembre de 2011, en razón a que el MTC no ha observado la misma dentro de los plazos estipulados para tal fin en la Directiva N° 007-2005/CONSUCODE/PRE.”.*

14. Según el Numeral 3.2 de la Cláusula Tercera del Contrato de Supervisión, en la última etapa de dicho servicio, el Supervisor está obligado a presentar el informe final de la obra y la liquidación de los contratos (obra y supervisión). Asimismo, en el Numeral 5.8 de la Cláusula Quinta establece que al término de la obra el Supervisor revisará y efectuará las correcciones que estime pertinente a la liquidación del contrato de obra que presente el contratista, así como, revisará y aprobará los planos de post construcción y memoria descriptiva valorizada.

15. Asimismo, según la Directiva 007-2005/CONSUCODE/PRE Numeral 6.1.1, el Consultor debe presentar a la Entidad la Liquidación del contrato de consultoría de obra dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación, y que la Entidad deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días siguientes de recibida.
16. De acuerdo a lo previsto en el Contrato y en la Directiva, para que proceda la presentación de la liquidación del contrato de supervisión, el Supervisor debía haber culminado, previamente, con la revisión y pronunciamiento sobre la liquidación del contrato de obra que presente el contratista, así como, haber revisado y aprobado los planos de post construcción y memoria descriptiva valorizada.
17. Cabe resaltar, que la memoria descriptiva valorizada comprende la descripción de todas las partidas con el monto final asignado a cada una de ellas, la cual forma parte de la Liquidación de Obra. Por lo tanto, al no haber sido aprobada tal memoria; los servicios del Consultor no pueden darse por concluidos.
18. Por lo tanto, debido a que la liquidación del contrato de obra fue observada por el Supervisor y el Ministerio, el Contratista la sometió a un proceso arbitral de fecha 10 de febrero de 2012.
19. En virtud a ello, la obligación del Supervisor para emitir pronunciamiento sobre la liquidación de la obra, quedó concluida en fecha 10 de febrero de 2012 y, por tanto, a partir de esa fecha, el Consorcio Ferroviario Centro recién podría solicitar la conformidad de su última prestación y presentar, posteriormente, la liquidación del contrato de supervisión.
20. Sin embargo, el Supervisor presentó su liquidación de manera prematura, en fecha 09 de Diciembre de 2011, y la reiteró la solicitud el 03 de febrero de 2012. Por lo tanto, en ambos casos, presentó su liquidación fuera de la fecha correspondiente.
21. Esta posición se sustenta en el hecho que al Supervisor aún le faltaba culminar sus servicios para poder presentar su liquidación. Cabe precisar que con Carta N° 001-2012/CFVC de fecha 05 de enero de 2012, alcanzó a la Dirección General de

Caminos y Ferrocarriles, las observaciones que había formulado a la liquidación del Contrato de Obra.

22. *Por otro lado, mediante Oficio N° 56-2012-MTC/10.02 de fecha 02.03.2012, la Oficina General de Administración del MTC le comunicó al Supervisor que, de acuerdo con la Directiva N° 007-2005-CONSUCODE/PRE, debía presentar a la Entidad la Liquidación del Contrato de Consultoría dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación.*
23. *Respecto de tal requerimiento, el Supervisor no ha requerido tal conformidad y tampoco ha presentado su liquidación de manera oportuna; sin embargo, pese a ello ha recurrido a un proceso arbitral.*
24. *En virtud de lo expuesto, la liquidación del contrato de supervisión nunca ha sido presentada de acuerdo al procedimiento establecido por la Directiva y el Contrato; razón por la cual no ha quedado, en ningún momento, consentida o aprobada en ningún extremo.*

RESPECTO LA PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: "Que la Entidad ha señalado que los servicios prestados han sido cumplidos de conformidad con el informe N° 21-2012-MTC/14.08.EACL, y en tal sentido, que el Tribunal considere que la Liquidación no ha quedado consentida; debe aprobar el importe de la liquidación en S/. 7'922,433.51, para lo cual deberá hacer suya la misma liquidación que presentó el Supervisor con fecha 09 de diciembre de 2011, o en su defecto, apruebe el importe de la liquidación que corresponda".

25. *En principio, y de acuerdo a lo señalado en el ítem anterior la liquidación del Consorcio Ferrovial Centro, no se encuentra consentida.*
26. *Ahora bien, mediante el Informe N° 021-2012-MTC/14.08, solamente se ha señalado que los servicios del Supervisor han sido cumplidos a conformidad. Sin embargo, no se ha dado conformidad, en ningún extremo, al monto solicitado por el Supervisor (S/. 7'922.433.51).*
27. *En el mencionado Informe se ha señalado que, según las etapas del contrato de supervisión, se tiene lo siguiente:*

i) La primera etapa: Ha sido cancelada en su integridad.

ii) La segunda etapa: El Ministerio le adeuda al Supervisor, el monto de S/. 2'314,707.67 (incluido el IGV). Este monto está desagregado en el siguiente cuadro:

Descripción	Causal y N° de días de la ampliación de plazo	Monto que se debe reconocer al supervisor (S/.)	% de incidencia (Ai/MC)
Monto Contrato = MC		2'284,488.03	
Prestaciones adicionales N° 01 (Ppto A1) (previsto en el Presupuesto Reestructurado)	Prestaciones adicionales por variación del plazo de obra por causal distinta a la ejecución de un adicional de obra (demoras en la elaboración del DTP) - 129 días calendario	428,005.36 Presupuesto cancelado y previsto e inmerso en el Presupuesto Reestructurado	0.00%
Prestaciones adicionales N° 02 (Ppto A2)	Prestaciones adicionales por variación del plazo de obra por causal distinta a la ejecución de un adicional de obra (demoras en definir el sistema de fijación riel - durmiente) - 147 días calendario	144,513.89 Ppto. Cancelado Correspondiente a los 35 días y previsto e inmerso dentro del Presupuesto Reestructurado	0.00%
		339,340.87 Correspondiente a los 108 días pendientes de pago.	14.85%
Prestaciones Adicionales N° 03 (Ppto A3)	Mayores prestaciones por variación del plazo por ejecución del adicional de obra N° 03 - 177 días calendario	589,372.44 Pendientes de pago.	25.79%
Prestaciones adicionales N° 04 (Ppto A4)	Mayores prestaciones por variación del plazo de obra por causas distintas a la ejecución de un adicional de obra (ejecución de la partida de balasto) - 244 días calendario	803,984.36 Pendientes de pago.	35.19%
Prestaciones adicionales N° 05 (Ppto A5)	Mayores prestaciones por variación del plazo de obra por causas distintas a la ejecución de un adicional de obra (demoras por lluvias del año 2010) - 115 días calendario	344,231.57 Pendientes de pago.	15.07%
Prestaciones adicionales N° 06 (Ppto A6)	Mayores prestaciones por variación del plazo de obra por causas distintas a la ejecución de un adicional de obra (ejecución de	237,778.44 Pendientes de pago.	10.41%

	la partida mayor metrado de balasto) - 80 días calendario		
TOTAL PRESTACIONES ADICIONALES		2'314,707.67	101.31%

La tercera etapa

iii) La tercera etapa: iii) La tercera etapa: el Ministerio le adeuda al Supervisor, el monto de S/. 96,795.09 (incluido el IGV del 19%), por lo que, actualmente, solo le correspondería el monto de S/. 95,981.68 (incluido el IGV del 18%).

28. *De acuerdo con ello, en el mencionado Informe se ha señalado que los servicios del supervisor que han sido prestados a conformidad, ascienden a los montos de S/. 2'314,707.67 y S/. 95,981.68, que suman un total de S/. 2, 410,689.35 Nuevos Soles respectivamente, y no al monto de S/. 7'922.433.51 Nuevos Soles como pretende el Consultor.*
29. *En ese sentido, el monto total adeudado que el MTC reconoce al Consorcio Ferroviario Central asciende al monto de S/. 2'410,689.35, siendo que será a partir de que se apruebe la última prestación que corresponderá se proceda a la liquidación, es decir, el supervisor deberá solicitar se emita documento de conformidad a efectos de que una vez emitido se proceda a la presentación de la liquidación.*

RESPECTO LA PRIMERA PRETENSION ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL O LA PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA: "Que el demandante ha cumplido con su ultima prestación, el Tribunal ordene al MTC que proceda a la devolución de las Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento".

30. *El Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM en su artículo 215, lo siguiente:*

"(...) Respecto de los contratos de consultoría de obras la garantía de fiel cumplimiento debe tener vigencia hasta el consentimiento de la liquidación final".

31. No encontrándose consentida la liquidación del Supervisor, y siendo inclusive materia de definición en el presente proceso arbitraje, tal pretensión no resulta viable por no ajustarse a ley.

RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSION ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL O LA PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA: "Que el demandante solicita que el Tribunal ordene al MTC expida la correspondiente constancia de prestación que contenga la identificación del objeto del contrato y el monto correspondiente".

32. Teniendo en consideración que el monto final del contrato será determinado dentro del presente proceso arbitral, no resulta viable, en este momento, la expedición de la constancia, tal como lo solicita el Consultor.

RESPECTO A LA PRETENSION SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: "Que el demandante solicita al tribunal que, en caso considere que aún no corresponda aprobar la liquidación final del contrato de supervisión, se declare su derecho a que: 1) el MTC le reconozca la suma de S/. 2'299,428.87 más IGV; 2) El MTC le reconozca la suma de S/. 4'418,529.70 más IGV; 3) El MTC le devuelva las cartas fianza de garantías de fiel cumplimiento".

33. Al respecto nos pronunciaremos respecto a cada monto que el Supervisor considera debe serle reconocido:

"El MTC le reconozca la suma S/. 2'299,428.87 más IGV, conforme al siguiente detalle":

- a) S/. 15,300.23 más IGV, como consecuencia del pago dejado de pagar de la primera etapa de la supervisión (revisión del expediente técnico).

Al respecto, debemos señalar que el Contrato de Supervisión es un contrato que fue celebrado a precios unitarios; es decir, en estos casos se paga los metrados realmente ejecutados.

En ese sentido, el descuento de S/. 15,300.23 más IGV fue realizado en atención a que el Consultor no cumplió con tener la totalidad del personal técnico ofertado. En ese sentido, solamente se le valorizó de acuerdo al personal que realmente prestó el servicio.

- b) S/. 1'961,616.65 más IGV, o la suma que se determine, como consecuencia del mayor tiempo de supervisión en la segunda etapa (supervisión de la ejecución de la obra).

De acuerdo con el cuadro antes incluido, el monto por mayor tiempo de supervisión de la segunda etapa, que son una consecuencia de las 6 ampliaciones de plazo otorgadas al Contratista de Obra, concuerda con el monto solicitado por el Consultor. En ese sentido, el Ministerio reconoce al Supervisor el monto total de S/. 2'314,707.67 (incluye el IGV).

c) S/. 81,340.41 más IGV, como consecuencia del servicio prestado en la tercera etapa (informe final y liquidación de contratos).

De acuerdo a lo señalado previamente, el monto por servicio prestado en la tercera etapa es de S/. 95,981.68 (incluye el IGV del 18%) y concuerda con lo requerido por el Supervisor.

d) S/. 29,619.13 más IGV, como consecuencia de los reajustes correspondientes al contrato de obra principal.

El Supervisor plantea que este monto corresponde a los reajustes de las valorizaciones del contrato principal de supervisión (segunda etapa); sin embargo, tales reajustes ya fueron reconocidos por el Ministerio en cada valorización. Es decir, el Supervisor estaría reclamando un monto que ya fue reconocido y pagado en su momento, el mismo que se puede acreditar con las valorizaciones tramitadas y pagadas (desde la valorización N° 01 hasta la N° 22).

En consecuencia, el monto reclamado por el Supervisor carece de sustento técnico legal, por lo que no corresponde su reconocimiento.

e) S/. 211,552.45 más IGV, como consecuencia de los reajustes correspondientes a los presupuestos adicionales 2, 3, 4, 5 y 6, previstos en la cláusula octava del contrato de supervisión.

El Supervisor plantea que este monto corresponde a los reajustes de las valorizaciones de los presupuestos adicionales de supervisión (segunda etapa). Tales reajustes, sin embargo, ya se encuentran reconocidos e incorporados por el Ministerio en cada valorización de los presupuestos adicionales, tramitados para su pago ante la OGA.

En consecuencia, el monto reclamado por el Supervisor carece de sustento técnico legal, por lo que no corresponde se le sea reconocido.

"El MTC le reconozca la suma S/. 4'418,529.70 más IGV, conforme al siguiente detalle":

a) S/. ~~706,961~~58 más IGV, por mayores servicios de supervisión en la etapa de recepción y liquidación de la obra.

Los mayores servicios de supervisión que señala haber realizado el Supervisor, nunca han sido autorizados por el Ministerio, ya que no se ajustan a lo estipulado en el Contrato de Supervisión. Para reclamar el pago de tales servicios el supervisor tendría que adjuntar alguna autorización escrita de este Ministerio.

En atención a ello, el Ministerio solo reconoce como único monto correspondiente a los servicios de la tercera etapa, el previsto en el cuadro antes insertado y en el Contrato suscrito (S/. 95,981.68 que incluye el IGV del 18%).

b) S/. 101,085.37 más IGV, por intereses por demora en el pago de adicionales.

Al respecto, solicitamos que sea el Tribunal Arbitral quien determine el monto de los intereses por los adicionales dejados de pagar.

c) S/. 3'610,872.75 más IGV, o aquella suma que el Tribunal estime, por concepto de resarcimiento por daños y perjuicios, de acuerdo con el artículo 1332° del Código Civil.

Al respecto, de acuerdo con el artículo 41° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, el Contratista le asistía el derecho de resolver el contrato.

A pesar que el Ministerio no cumplió con su obligación de pago de sus valorizaciones, el Supervisor no solicitó en ningún momento, la resolución de contrato como correspondía de acuerdo a la norma de contrataciones y adquisiciones y, siguió prestando sus servicios, sin mayores reclamos.

En el marco de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el Consultor tenía dos alternativas: i) solicitar la resolución de contrato o ii) seguir laborando, en base al requerimiento que le hizo el Ministerio a través del Oficio N° 858-2008-MTC/10.02 del 14.07.2008. Esto último, bajo el compromiso de que el Ministerio le pagaría, en cualquier momento, lo adeudado, más los intereses que pudiera generarse.

El hecho de que el consultor siga prestando servicios con cargo a un futuro pago, fue como consecuencia de un compromiso de buena fe de ambas partes.

El Supervisor, por tanto, no puede plantear de que siguió laborando bajo la premisa de que, en el futuro, el Ministerio le pague: i) el monto de sus servicios prestados, ii) el pago de los intereses por la demora en el pago de tales valorizaciones, y iii) una indemnización por daños y perjuicios.

En ese sentido, el MTC solo debe reconocer el pago de los servicios realmente prestados y los intereses legales que se originen por el saldo pendiente de pago.

Tal como se ha señalado previamente, tal pretensión no resulta viable en tanto no quede consentida la liquidación final. Ello de conformidad a lo estipulado en el artículo 215° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

Finalmente, es conveniente tener en cuenta que cualquier pretensión destinada a reclamar una indemnización por daños y perjuicios requiere que se demuestre: (i) antijuricidad o ilicitud del acto que da lugar a la reclamación; (ii) daños efectivamente causados y probados como consecuencia de dicho acto; (iii) la relación o nexo de causalidad entre el acto ilícito que provoca el daño y los daños efectivamente probados; y (iv) la imputabilidad o el factor de atribución que responsabiliza a quien los ha causado y le obliga a indemnizarlos, factor que se define por medio del dolo o la culpa con el que actúa el causante.

Conforme se desprende de la demanda, la demandante no ha cumplido con demostrar ninguno de estos elementos que son requisitos necesarios para que se configure responsabilidad alguna de la Entidad frente al demandante e inclusive no ha probado los daños supuestamente sufridos.

RESPECTO LA SEGUNDA PRETENCION PRINCIPAL: "Que el demandante solicita que el Tribunal declare que corresponde ordene al MTC asumir el pago de costas y costos del presente proceso".

No corresponde este pago, puesto que las controversias que se plantean en el presente arbitraje se han generado por el incorrecto proceder del demandante quien ha presentado una liquidación de manera inoportuna e incluyendo conceptos que no le corresponden, por lo que nuestro Colegiado deberá condenar a CONSORCIO FERROVIAL CENTRO al pago de los gastos que se incurra en el presente proceso arbitral."

- 2.2. Por medio de la *Resolución N° 3 de fecha 29 de octubre del 2012* por medio de la cual se dispuso – entre otras cosas – tener por contestada la demanda arbitral por parte del MTC.

- 2.3. Por otro lado, a través de la *Resolución N° 4 de fecha 29 de octubre del 2012* este Colegiado requirió al CONSORCIO – a pedido del MTC - para que cumpla con remitir el cuadro que hace mención en el último párrafo de su escrito complementario de fecha 12 de octubre del 2012.
- 2.4. Es así que absuelto este requerimiento por el DEMANDANTE mediante su escrito de fecha 12 de noviembre del 2012 (tal como así puede observarse de la *del primer extremo resolutivo de la Resolución N° 7 de fecha 13 de noviembre del 2012*), EL DEMANDADO contestó la modificación de la demanda en base a los siguientes argumentos:

“I. Respecto de la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal:

1. El demandante solicitó al Tribunal que, en caso considere que aún no corresponda aprobar la liquidación final del contrato de supervisión, se declare su derecho a que el MTC le reconozca la suma de S/. 2'299,428.87 más IGV, el cual comprende, entre otros, el monto de S/. 15,300.23 más IGV, como consecuencia del pago dejado de pagar de la primera etapa de la supervisión (revisión del expediente técnico).

2. Por el escrito complementario, el demandante reitera su requerimiento respecto de este ítem, señalado que, según su propuesta económica, el monto ofertado para esta etapa ascendía a S/. 81,003.83 (sin IGV) y que el MTC le ha realizado el descuento de S/. 15,300.23 (sin IGV), en los rubros siguientes:

Oficina equipada : S/. 2,500.00
Movilización: S/. 12,550.23

En tal sentido, reiteramos lo señalado en nuestro escrito de contestación de demanda, en el sentido que no resulta viable que el MTC reconozca al Consorcio Ferrovial Centro el monto de S/. 15,300.23 más IGV por tal pretensión.

Para tal fin debemos señalar que:

Sobre el monto correspondiente a la oficina equipada

- El ítem correspondiente a la oficina equipada comprende los gastos relacionados con muebles para oficina, equipo de cómputo, plotter de imprimir planos archivadores, papel, entre otros.*

- Para la primera etapa (revisión del expediente técnico), el demandante no abrió ninguna oficina ni instaló ningún equipo en la ciudad de Huancayo, para realizar la labor de revisión del expediente técnico. Este hecho ha sido reconocido por el mismo demandante en su escrito complementario, al señalar que tal labor la ejecutó en la ciudad de Lima.
- Teniendo en consideración que el demandante no realizó, en esta etapa, ningún gasto por este rubro en la ciudad de Huancayo ni en la ciudad Lima (en esta última solo hizo uso de su capacidad instalada); no corresponde reconocerle el monto solicitado (S/.2,500.00).

Sobre el monto correspondiente a la movilización

- El Contrato de Supervisión N° 001-2006-FHH se celebró bajo el Sistema de Contrataciones de Precios Unitarios, por lo que en base a este sistema, el postor formuló su propuesta ofertando precios unitarios, tarifas o porcentajes en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases y que se han valorizado en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.
- De acuerdo con ello, el contratista estaba obligado a cumplir con su oferta técnica y económica en cada etapa del Contrato de Supervisión.
- El ítem correspondiente a la movilización de la Primera Etapa comprende los gastos relacionados a: movilizar desde la ciudad de Lima a la ciudad de Huancayo, los muebles de oficina, los equipos de laboratorio, los equipos de topografía y los equipos de cómputo.
- Según las inspecciones realizadas por el personal de la Unidad Coordinadora del Proyecto a la Oficina del Consultor de Huancayo, en la segunda etapa del Contrato de Supervisión; se constató que hasta el 09.03.2007, el demandante no había cumplido con movilizar los equipos antes mencionados; siendo que recién, a partir del 16.03.2007, el demandante inició el equipamiento de su oficina en la ciudad de Huancayo.
- Lo señalado se acredita con las Actas de Inspección levantadas por la Unidad Coordinadora en fechas 09.03.2007, 16.03.2007, y 30.03.2007; cuyas copias se adjuntan al presente.
- De todo ello, se establece que el Supervisor no cumplió con la movilización de los equipos en la primera etapa y, por tanto, no le corresponde se le reconozca el monto solicitado debido a que no ejecutó el metrado en la etapa correspondiente."

- 2.5. Es de precisar que por medio de la *Resolución N° 8 de fecha 19 de noviembre del 2012*, este Tribunal tuvo por contestada oportunamente la demanda arbitral modificada por parte del MTC.
- 2.6. De igual modo, es de destacar que por medio de la *Resolución N° 11 de fecha 11 de diciembre del 2012*, este Colegiado dispuso tener por cumplido el mandato a que se refiere la Resolución N° 09 de fecha 27 de noviembre del 2012, y por lo tanto por efectuado oportunamente el pago (primer anticipo) de los honorarios arbitrales que le corresponde al MTC.
- 2.7. Este Colegiado igualmente destaca que estando a los términos de la totalidad de pretensiones arbitrales reclamadas por EL CONSORCIO, se reajustó los honorarios arbitrales y de la Secretaría por medio de la *Resolución N° 12 de fecha 11 de diciembre del 2012*, fijándose en ese sentido un segundo anticipo en las sumas netas de S/. 95,000.00 Nuevos Soles para cada uno de los tres (03) árbitros y S/. 47,500.00 Nuevos Soles para la Secretaría.
- 2.8. No conformes con este 2° anticipo de honorarios, EL CONSORCIO interpuso el 14 de diciembre del 2012 Recurso de Reconsideración contra la referida Resolución N° 12, la misma fue admitida a través de la *Resolución N° 13 de fecha 26 de diciembre del 2012*, corriéndose traslado de la misma al MTC, quien por medio del escrito de fecha 28 de diciembre de dicho año, la absolvió adhiriéndose a los términos de la misma.
- 2.9. Por ese motivo, Tribunal mediante la *Resolución N° 14 de fecha 28 de diciembre del 2012* resolvió el medio impugnatorio declarándolo FUNDADA y por ende, REDUJO el 2° anticipo de honorarios arbitrales, a las sumas netas de S/. 50,000.00 Nuevos Soles para cada uno de los tres (03) árbitros y S/. 25,000.00 Nuevos Soles para la Secretaría.
- 2.10. Debe destacarse que ambas partes cumplieron con el pago del 2° anticipo reajustado, tal como así puede verse de las *Resoluciones N° 17 de fecha 18 de febrero del 2013 y N° 19 de fecha 25 de marzo del 2013 (primer extremo resolutivo)*.
- 2.11. Finalmente, por medio del cuarto extremo resolutivo de la ya mencionada *Resolución N° 19*, se citó a las partes a la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, a llevarse a cabo el día miércoles 10 de abril del 2013 a horas diez (10) de la mañana, en la sede del Tribunal Arbitral.

3. DE LA AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.

- 3.1. En la fecha reprogramada por medio de la *Resolución N° 20 de fecha 10 de abril del 2013 (29 de abril del 2013)*, y con la asistencia de ambas partes se llevó a cabo la *Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios*, este Tribunal declaró SANEADO EL PROCESO, y dejando constancia que las partes por el momento no han arribado a ningún acuerdo conciliatorio, se procedió seguidamente a establecer los puntos controvertidos, de la manera siguiente:

“
1. EN RELACIÓN A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare consentida y aprobada para todos los efectos legales la Liquidación Final por los Servicios de Supervisión y Control de la Obra: “Rehabilitación Integral del FFHH-Componente I: Rehabilitación de la Infraestructura ferroviaria”, presentada por el CONSORCIO mediante la Carta N° 006-2011/CFV-FHH, del 09 de diciembre de 2011 (reiterada posteriormente, mediante Carta N° 002-2012/CFVC-FHH, del 02 de febrero del 2012), y se disponga la obligación del MTC de cancelar al CONSORCIO el saldo a favor consignado en su Liquidación ascendente a S/. 7'922,433.51 (Siete millones novecientos veintidós mil cuatrocientos treinta y tres con 51/ 100 Nuevos Soles), más los intereses legales que deberán ser calculados desde la fecha en que la referida liquidación quedó consentida o aquella que determine el Tribunal Arbitral.*

2. EN RELACIÓN A PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que la Liquidación del CONSORCIO no ha quedado consentida y se apruebe el importe de la liquidación ascendente a la suma de S/. 7'922,433.51 (Siete millones novecientos veintidós mil cuatrocientos treinta y tres con 51/ 100 Nuevos Soles), presentada por el coordinador del Proyecto mediante Informe N° 21-2012-MTC/14.08-EACL del 10 de abril del 2012, y comunicada a la parte demandante mediante el Oficio N° 118-2012-MTC/10.02 del 17 de abril del 2012. Asimismo, que se ordene el pago de dicha liquidación, así como el de los intereses legales correspondientes.*

3. EN RELACIÓN A LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL O A LA PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA: *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MTC para*

que proceda con la devolución de las siguientes Cartas Fianzas presentadas por el CONSORCIO como garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato, según el siguiente detalle:

- Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° E1152-20-2006, con fecha de emisión del 20 de agosto de 2012, vigente desde las 00:00 m del 27 de agosto de 2012, hasta las 24:00 m del 24 de noviembre de 2012, emitida por SECREX SEGUROS DE CREDITO Y GARANTIAS GRUPO CESCE, por un valor ascendente a S/. 114 224.40 (Ciento catorce mil doscientos veinticuatro con 40/100 Nuevos Soles).
- Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0347-9800086153-28, con fecha de emisión del 14 de septiembre de 2012, vigente hasta el 28 de noviembre de 2012, emitida por BBVA CONTINENTAL, por un valor ascendente a S/. 114 224.40 (Ciento catorce mil doscientos veinticuatro con 40/100 Nuevos Soles).

4. EN RELACIÓN A LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL O A LA PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MTC para que expida la correspondiente Constancia de prestación que contenga la identificación del objeto del contrato y el monto correspondiente.

5. EN RELACIÓN A LA PRETENSION SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral, en caso considere que aún no corresponde aprobar la Liquidación Final del contrato de supervisión a favor del CONSORCIO; declare su derecho a que:

5.1 Se les reconozcan las sumas siguientes:

(i) S/. 2'299,428.87 (Dos millones doscientos noventa nueve mil cuatrocientos veintiocho y 87/100 Nuevos Soles) mas IGV o la suma que determine en este proceso arbitral, conforme al siguiente detalle:

(a) S/. 15,300.23 (Quince mil trescientos y 23/100 Nuevos soles) mas IGV o la suma que se determine, como consecuencia del monto dejado de pagar de la Primera Etapa de Revisión del Expediente técnico.

(b) S/. 1'961,616.65 (Un millón novecientos sesenta y un mil seiscientos dieciséis y 65/100 Nuevos Soles) más IGV o la suma que se determine, como consecuencia del mayor tiempo de supervisión efectuado por el CONSORCIO de la Segunda Etapa (Supervisión de la Ejecución de la Obra) correspondiente a los 892 días adicionales que demandó esta Etapa de la Supervisión; ordenando igualmente que se proceda al pago inmediato de éste importe de probarse que haya sido reconocido por el MTC.

(c) S/. 81,340.41 (Ochenta un mil, trescientos cuarenta y 41/100 Nuevos Soles) mas IGV, como consecuencia del servicio prestado por el CONSORCIO en Etapa de Informe Final y Liquidación de Obra.

(d) S/. 29,619.13 (veintinueve mil, doscientos sesenta y nueve y 13/100 Nuevos Soles) o la suma que se determine mas IGV, como consecuencia de los reajustes correspondientes al Contrato de Obra Principal, cuyo pago figura previsto en la Cláusula Octava del Contrato de Supervisión.

(e) S/. 211,552.45 (Doscientos once mil, quinientos cincuenta y dos y 45/100 Nuevos Soles) mas IGV como consecuencia de los reajustes correspondientes a los Presupuestos Adicionales 02, 03, 04, 05 y 06, previsto su pago en la Cláusula Octava del Contrato de Supervisión.

(ii) S/. 4'418 529.70 (Cuatro millones cuatrocientos dieciocho mil quinientos veintinueve con 70 /100 Nuevos Soles) o la suma que se determine, más los impuestos de Ley (Impuesto General a las Ventas), conforme al siguiente detalle:

(a) S/. 706,961.58 (Setecientos seis mil novecientos sesenta y uno con 58/100 Nuevos Soles), más el impuesto general a las Ventas (IGV), por mayores servicios de supervisión en la etapa de recepción y liquidación de obra.

(b) S/. 101,085.37 (Ciento un mil ochenta y cinco con 37/100 Nuevos Soles), más el impuesto general a las Ventas (IGV), por interés por demora en el pago de adicionales; y

(c) S/. 3'610,482.75 (Tres millones seiscientos diez mil cuatrocientos ochenta y dos con 75/100 Nuevos Soles), más el impuesto General a las Ventas (IGV), o aquella suma que el Tribunal estime de manera valorativa conforme al artículo 1332° del Código Civil, por concepto de Resarcimiento por daños y perjuicios.

5.2 Asimismo de probarse que el MTC no encuentra observación alguna al pedido de conformidad al servicio del CONSORCIO y que sus servicios se han cumplido a cabalidad y a conformidad, se declare que corresponde que se les devuelva las siguientes Cartas Fianza como garantías de Fiel Cumplimiento presentadas por el Consorcio, que vienen siendo renovadas hasta la fecha, según el siguiente detalle:

✓ Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° E1152-20-2006, con fecha de emisión del 20 de agosto de 2012, vigente desde las 00:00 m del 27 de agosto de 2012, hasta las 24:00 m del 24 de noviembre de 2012, emitida por SECREX SEGUROS DE CREDITO Y GARANTIAS GRUPO CESCE, por un valor ascendente a S/. 114,224.40 (Ciento catorce mil doscientos veinticuatro con 40/100 Nuevos Soles).

✓ Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0347-9800086153-28, con fecha de emisión del 14 de septiembre de 2012, vigente hasta el 28 de noviembre de 2012, emitida por BBVA CONTINENTAL, por un valor ascendente a S/. 114,224.40 (Ciento catorce mil doscientos veinticuatro con 40/100 Nuevos Soles).

6. EN RELACIÓN A LA SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL: *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare quien debe pagar las costas y costos del presente proceso."*

- 3.2. Además, el Tribunal Arbitral decidió admitir todos los medios probatorios documentales ofrecidos por ambas partes tanto en la demanda arbitral como en su contestación.
- 3.3. Finalmente, en relación a la Pericia de Parte ofrecida bajo el numeral 44 de su escrito de demanda arbitral, este Colegiado requiere al CONSORCIO para que en el plazo de cinco (05) días hábiles de llevada a cabo la presente Audiencia, cumpla con precisar la materia o materias sobre las versará la presente pericia; bajo apercibimiento de prescindirse de dicho medio probatorio.
- 3.4. Es así que atendiendo el requerimiento efectuado por el Colegiado, mediante el escrito de fecha 07 de mayo del 2013, EL CONSORCIO, formula el desistimiento de la pericia de parte, pedido que fue atendido a través de la *Resolución N° 21 de fecha 08 de mayo del 2013.*
- 3.5. Sin embargo, mediante la *Resolución N° 22 de fecha 30 de mayo del 2013*, este Colegiado consideró necesario llevar a cabo una Pericia de Oficio,

designándose al efecto al Ing. Héctor García Briones, con CIP N° 26507, poniéndose en conocimiento de las partes dicha designación, así como su Currículo Vitae, por un plazo de tres (03) días hábiles, para los fines que éstas estimen conveniente.

- 3.6. Seguidamente, por medio de la *Resolución N° 23 de fecha 22 de noviembre del 2013*, este Tribunal solicitó al Perito de Oficio para que formalice su designación y alcance su propuesta de honorarios por los servicios solicitados.
- 3.7. Es así que el Perito de Oficio absuelve el traslado aceptando el encargo, señalando sus honorarios profesionales y fijando las condiciones para la elaboración de la pericia solicitada.
- 3.8. A consecuencia de lo anterior, este Colegiado dictó la *Resolución N° 24 de fecha 26 de junio del 2013*, resolviendo entre otras cosas, tener por aceptado el encargo, presente el monto de los honorarios profesionales que se solicitan y requerir a las partes que cumplan con la remisión documentaria exigida por el perito de oficio.
- 3.9. Luego, por medio de los escritos de fechas 11 y 18 de julio del 2013, ambas partes cumplen con atender la remisión de documentos peticionados por el Perito de Oficio, hecho que así se desprende de la *Resolución N° 26 de fecha 19 de julio del 2013*.
- 3.10. Estando a la información proporcionada con fecha 02 de octubre del 2013 por el Perito de Oficio de que sólo EL CONSORCIO cumplió con abonar la primera parte de sus honorarios profesionales, este Colegiado dictó la *Resolución N° 27 de fecha 04 de octubre del 2013*, facultando al CONSORCIO a que en vía de SUBROGACIÓN cumpla con dicho pago, el mismo que por cierto fue cumplido oportunamente por éste, tal como así fluye de la *Resolución N° 29 de fecha 18 de octubre del 2013*.
- 3.11. Con fecha 13 de enero del 2014, el Perito de Oficio cumplió dentro del plazo extraordinario con presentar el Informe Pericial requerido por este Colegiado, hecho que así se desprende de la *Resolución N° 31 de fecha 14 de enero del 2014*, disponiéndose además correr traslado de este informe a las partes en controversia y autorizándose al indicado Perito a cobrar en forma directa el 50% restante de sus honorarios profesionales.
- 3.12. Es el caso que pese a que EL CONSORCIO manifestó por escrito de fecha 23 de enero del 2014 que estaba de acuerdo con el Informe Pericial, el MTC formuló observaciones en su contra por medio de su escrito de fecha 30 de enero del 2014, lo que motivó a que el Tribunal dictara la *Resolución N° 33*

de fecha 31 de enero del 2014, corriendo traslado de la misma al Perito de Oficio por el plazo de diez (10) días hábiles para que las absuelva.

- 3.13. Es de precisar que la segunda y última armada de los honorarios profesionales fueron canceladas oportunamente por las partes, tal como así se desprende de las *Resoluciones N° 35 (segundo extremo resolutivo) de fecha 21 de febrero del 2014 y N° 36 (primer extremo resolutivo) de fecha 28 de febrero del presente año.*
- 3.14. Por otro lado, sobre la base de un mayor desarrollo de las actuaciones arbitrales por la actuación de la prueba de oficio (Pericia de Oficio), lo que sumado a la complejidad del asunto en disputa que se percibe, así como el tiempo de duración del presente arbitraje, este Tribunal dispuso reajustar nuevamente los honorarios arbitrales y de la Secretaría por medio de la *Resolución N° 34 de fecha 17 de febrero del 2014*, fijándose en ese sentido un tercer anticipo, en las sumas netas de S/. 30,000.00 Nuevos Soles para cada uno de los tres (03) árbitros y S/. 15,000.00 Nuevos Soles para la Secretaría.
- 3.15. Que declarado improcedente por extemporáneo el pedido de reajuste del 3° anticipo por parte del MTC (escrito de fecha 10 de marzo del 2014), mediante la *Resolución N° 37 de fecha 11 de marzo del 2014*, así como su posterior pedido de exhortación para reajustarlo (escrito de fecha 17 de marzo del 2014) *Resolución N° 38 de fecha 20 de marzo del 2014*, este Colegiado dio posteriormente cuenta de los pagos que efectuó EL CONSORCIO respecto a la parte que le corresponde (*Resolución N° 42 de fecha 24 de abril del 2014*), así como de aquella que ha cumplido con hacer éste en vía de SUBROGACIÓN (*Resolución N° 44 de fecha 11 de marzo del 2014 - primer extremo resolutivo*).
- 3.16. Finalmente, por medio de la *Resolución N° 39 de fecha 20 de marzo del 2014*, este Colegiado tuvo por cumplida la absolución de las observaciones formuladas por las partes, efectuada por el Perito de Oficio y seguidamente se citó a éstas a una *Audiencia de Pruebas para la sustentación del Informe Pericial a llevarse a cabo el día lunes 07 de abril del presente año a horas diez (10) de la mañana*, en la sede del Tribunal Arbitral.

4. DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS.

- 4.1. El lunes 07 de abril del 2014 y con la asistencia de ambas partes, se llevó a cabo la **Audiencia de Pruebas**, en la que primeramente el Perito de Oficio sustentó su Informe Pericial, absolviendo posteriormente las interrogantes formuladas por las partes y los miembros de este Tribunal Arbitral.

- 4.2. Finalmente, en esta Audiencia el Colegiado concedió a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y finalmente las citó a una Audiencia de Informes Orales para el día **jueves 24 de abril del presente año a horas diez (10) de la mañana**, en la sede del Tribunal Arbitral.

5. DE LOS ALEGATOS, DE LA AUDIENCIA DE INFORMES ORALES Y DEL PLAZO PARA LAUDAR.

- 5.1. Por medio de la *Resolución N° 40 de fecha 15 de abril del 2014* este Tribunal tuvo por presentados oportunamente los alegatos escritos de las partes.
- 5.2. Luego, con fecha jueves 24 de abril del 2014 y con la asistencia de ambas partes, se llevó a cabo la **Audiencia de Informes Orales**, en las que ellas expusieron los fundamentos en que sustentan su posición respecto de la demanda arbitral y de su respectiva contestación. Además, luego de las respectivas réplicas y dúplicas, ambas partes absolvieron las interrogantes formuladas por los miembros de este Tribunal Arbitral.
- 5.3. Asimismo, a través del *segundo extremo resolutivo de la Resolución N° 44 de fecha 07 de mayo del 2014*, se fijó el plazo para laudar por treinta (30) días hábiles, computándose este último a partir del último día en que se notifique dicha resolución a las partes.
- 5.4. Conviene acotar que con posterioridad a haberse fijado el plazo para laudar, el MTC cumplió con devolver los recibos de honorarios arbitrales remitidos para el pago del 3° anticipo, ello en atención al requerimiento efectuado por el Colegiado mediante la Resolución N° 44; hecho que ha determinado tener presente la indicada devolución por medio de la *Resolución N° 45 de fecha 23 de mayo del 2014*.
- 5.5. Finalmente, por medio de la *Resolución N° 46 de fecha 16 de junio del 2014*, el Tribunal dispuso PRORROGAR el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, el mismo que se computará a partir del día siguiente de vencido el primer plazo para laudar.

II. PARTE CONSIDERATIVA:

1. CUESTIONES PRELIMINARES.

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo pactado por las partes; (ii) que, no se ha recusado a ninguno de los colegiados o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que, EL CONSORCIO presentó su demanda (y posterior escrito complementario) dentro del plazo dispuesto; (iv) que, EL DEMANDADO fue debidamente emplazado con la demanda, cumpliendo con contestar la misma (y el escrito complementario) en el plazo acordado; (v) que, las partes han tenido la oportunidad para ofrecer y actuar todas sus pruebas, así como han ejercido la facultad de presentar sus alegatos escritos y presentar sus correspondientes informes orales; y, (vi) que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo prorrogado en la Resolución N° 46.

Asimismo, este Tribunal Arbitral deja expresa constancia de que, para resolver los puntos controvertidos, está facultado para modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. Finalmente, el Tribunal declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio asignado.

2. MATERIA CONTROVERTIDA.

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar si corresponde o no atender las pretensiones promovidas por EL CONSORCIO, y que son aquellas que aparecen recogidas literalmente en la Sección III de la AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS. (Punto 3.1 de los Antecedentes de este LAUDO).

3. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER EL FONDO DE LA CONTROVERSIA.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que en el segundo párrafo del numeral 7) del Acta de Instalación, dispone que el arbitraje se regirá por las reglas establecida en la presente Acta, a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante, LA LEY) y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante, EL REGLAMENTO) y por el Decreto legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje (en adelante, el DL N° 1071), todo ello en consideración a lo dispuesto en

la Segunda Disposición Complementaria y Transitoria de la indicada LEY y en concordancia con el Comunicado N° 003-2009-OSCE/PRE de marzo del 2009.

De igual modo, también debe observarse que EL CONTRATO indica en su CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: RÉGIMEN LEGAL, lo siguiente: *"El presente contrato está sujeto a las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento"*.

4. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS OFRECIDAS, ADMITIDAS Y ACTUADAS DENTRO DEL PRESENTE ARBITRAJE.

Estando a lo señalado en el rubro "Cuestiones Preliminares" de esta sección considerativa, y en aras de una mayor claridad en la expedición del presente Laudo, este Colegiado procederá a modificar el orden de las pretensiones y puntos controvertidos que en esta controversia se discuten, en este caso, del *tercer, cuarto y quinto punto controvertido*.

- 4.1. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL): *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare consentida y aprobada para todos los efectos legales la Liquidación Final por los Servicios de Supervisión y Control de la Obra: "Rehabilitación Integral del FFHH-Componente I: Rehabilitación de la Infraestructura ferroviaria", presentada por el CONSORCIO mediante la Carta N° 006-2011/CFV-FHH, del 09 de diciembre de 2011 (reiterada posteriormente, mediante Carta N° 002-2012/CFVC-FHH, del 02 de febrero del 2012), y se disponga la obligación del MTC de cancelar al CONSORCIO el saldo a favor consignado en su Liquidación ascendente a S/. 7'922,433.51 (Siete millones novecientos veintidós mil cuatrocientos treinta y tres con 51/100 Nuevos Soles), más los intereses legales que deberán ser calculados desde la fecha en que la referida liquidación quedó consentida o aquella que determine el Tribunal Arbitral.*

4.1.1. Posición del CONSORCIO:

- La liquidación del CONTRATO que fue presentada el 09 de diciembre del 2011 (y ratificada con fecha 02 de febrero del 2012), no mereció pronunciamiento alguno por parte del MTC dentro de los 15 días siguientes, motivo por el cual – en atención a lo dispuesto en la Directiva

L

Nº 007-2005-CONSUCODE/PRE (en adelante, LA DIRECTIVA)—, su Liquidación debe tenerse por aprobada.

- Se afirma que la aprobación de su Liquidación de fecha 09 de diciembre del 2011 se debe tener por aprobada, pues el MTC no cumplió dentro del plazo correspondiente con manifestar su posición en el plazo previsto.
- Niega que la presentación de su Liquidación de fecha 09 de diciembre del 2011 y ratificada el 02 de febrero del 2012, fuera prematura, tal como así lo afirma por contrario EL DEMANDADO.

4.1.2. Posición del MTC:

- Según EL CONTRATO y LA DIRECTIVA, para que proceda la presentación de la liquidación del contrato de supervisión, el Supervisor debía haber culminado, previamente, con la revisión y pronunciamiento sobre la liquidación del contrato de obra que presente el contratista, así como, haber revisado y aprobado los planos de post construcción y memoria descriptiva valorizada.
- La liquidación del contrato de obra fue observada por el SUPERVISOR como por el hoy DEMANDADO, pues el Contratista de la Obra la sometió a un proceso arbitral el 10 de febrero de 2012, la obligación del Supervisor para emitir pronunciamiento sobre la liquidación de la obra, quedó concluida en fecha 10 de febrero de 2012 y, por tanto, a partir de esa fecha, el CONSORCIO recién podría solicitar la conformidad de su última prestación y presentar, posteriormente, la liquidación del contrato de supervisión; resultando en ese sentido prematura no sólo su primer pedido de aprobación de liquidación de fecha 09 de diciembre del 2011, sino también la que posteriormente realizó en forma de reiteración el 02 de febrero del 2012.
- Prueba de que al 10 de febrero del 2012 aún el SUPERVISOR no había efectuado todas sus obligaciones, es la Carta Nº 001-2012/CFVC del 05 de enero del 2012, pues por medio de esta misiva que dirigió al MTC (Dirección General de Caminos y Ferrocarriles), se alcanzó las observaciones formuladas a la liquidación del Contrato de Obra realizada por el Ferrocarril Central Andino S.A. (EL CONTRATISTA).

4.1.3. Posición del Tribunal:



- a) Expuestas las posiciones de las partes, este Colegiado estima que para tomar una decisión sobre este primer punto en controversia, resultará de necesidad determinar si la primera liquidación del CONTRATO alcanzada al DEMANDADO con fecha 09 de diciembre del 2011, se ajusta a los términos de la mencionada DIRECTIVA y a los términos del CONTRATO. Para ello, resulta de importancia destacar en primer lugar que la referida DIRECTIVA señala con exactitud, lo siguiente:

“6.1. Liquidación del contrato de consultoría de obras.

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

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

En el caso que el contratista no acoja las observaciones formuladas por la Entidad, deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los cinco (5) días siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, según corresponda, en la forma establecida en los Artículos 272° y/o 273° del Reglamento. (...)”

- b) Por su parte, las Cláusulas Tercera (numeral 3.2), Quinta (numerales 5.1 y 5.8) y Décimo Sexta (numeral 16.1-parte pertinente) del Contrato, nos dicen lo siguiente:

“TERCERA: DE LA VIGENCIA DEL CONTRATO Y PLAZO DE SUPERVISIÓN.

(...)”

3.2. El plazo para cumplir con la prestación de los servicios materia de este contrato es de 540 días calendario, contados a partir del inicio del servicio y comprende:

(...)

- *Presentación del informe final y liquidación de contratos, que será de 30 días calendarios a partir de la recepción de la obra.*

El plazo de ejecución de los servicios de supervisión podrá ampliarse o reducirse de acuerdo con lo señalado en el artículo 231° y 232° del Reglamento”

“QUINTA: OBLIGACIONES GENERALES DE EL SUPERVISOR.

5.1. *EL SUPERVISOR prestará sus servicios de conformidad con lo dispuesto en el presente contrato, las Bases, términos de referencia y absolución de consultas, Propuesta Técnica - Económica y los dispositivos legales vigentes sobre la materia.*

5.8. *Al término de la OBRA, EL SUPERVISOR revisará y efectuará las correcciones que estime pertinente a la Liquidación del Contrato de Obra que presente EL CONTRATISTA, asimismo revisará y aprobará los planos de post construcción y memoria descriptiva valorizada que elaborará EL CONTRATISTA de acuerdo a lo indicado en las Bases integradas y los términos de referencia.*

(...)”

“DÉCIMO SEXTA: LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

16.1. *Terminados los servicios se efectuará la Liquidación del contrato de conformidad con el Texto Único Ordenado de la ley 26850 y su Reglamento (...)*”

- c) De lo glosado anteriormente se advierte que mientras en la DIRECTIVA se exige la presentación de la liquidación del CONTRATO deberá efectuarse a partir del otorgamiento de la conformidad de la última prestación, en la Cláusula Tercera de éste último se precisa que la presentación del informe final y la “liquidación de contratos”, será de

treinta (30) días calendarios computados a partir de la recepción de la obra.

Empero, la disyuntiva anotada queda zanjada a favor de la DIRECTIVA, pues ella es una extensión de la LEY y su REGLAMENTO, es decir una norma de orden público. Dicho de otro modo, entendemos que la presentación de la liquidación del CONTRATO por el SUPERVISOR, deberá sujetarse a lo indicado en dicha DIRECTIVA.

- d) Ahora bien, del propio tenor de la DIRECTIVA se desprende con claridad que: i) el plazo de quince (15) días para la presentación de la Liquidación del CONTRATO, empezará a correr a partir del otorgamiento de la conformidad que brinde el MTC a la última prestación del SUPERVISOR; y; ii) que la Entidad deberá pronunciarse respecto de dicha liquidación y notificar su pronunciamiento dentro de los quince (15) días siguientes de recibida; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación presentada por el contratista.
- e) En lo relacionado al otorgamiento de la conformidad a la última prestación, debe tenerse presente lo señalado en la parte pertinente del Art. 233° del REGLAMENTO: *"La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. (...)"*
- f) Asimismo, es de precisar que en lo relativo a la última prestación del SUPERVISOR, ésta guarda directa relación con lo señalado en el numeral 5.8 de la Cláusula Quinta del CONTRATO antes transcrita, pues ahí se recoge como una de las Obligaciones Generales del CONSORCIO, está en realizar las correcciones que estime pertinente a la Liquidación del Contrato de Obra que presentará EL CONTRATISTA, así como la revisión y aprobación de los planos de post construcción y memoria descriptiva valorizada que elaborará éste último, de acuerdo a lo indicado en las Bases integradas y los términos de referencia.
- g) Por lo tanto, sobre la base de lo señalado anteriormente, resulta ahora necesario determinar cuándo se cumple en este caso concreto el supuesto normativo que recoge la comentada DIRECTIVA para que el SUPERVISOR pueda presentar su Liquidación de CONTRATO y sí el

MTC se pronunció oportunamente respecto de ella dentro del plazo anotado (quince días).

h) En ese sentido, merituados los medios probatorios ofrecidos y actuados por las partes se tiene que:

- Por medio de la *Carta N° 006-2011/CFV-FHH de fecha 09 de diciembre del 2011 cursada por el SUPERVISOR y recibida en igual fecha por el MTC* (Anexo 1-AF del escrito de demanda), aquél presentó la Liquidación de su CONTRATO, afirmando en uno de sus extremos que "(...) *ha cumplido con todas sus obligaciones contractuales desde la orden de inicio el 10.12.2006 hasta la culminación y recepción de la obra con la conformidad del MTC y nuestro posterior pronunciamiento respecto a la liquidación del contrato de obra del ejecutor "Ferrocarril Central Andino"*;
- Luego, mediante la *Carta N° 40-2011-MTC/14.08.PRIFHH.UC de fecha 21 de diciembre del 2011, cursada por el MTC y recibida por el SUPERVISOR el día 26 de diciembre del 2011* (Anexo 1-AB del escrito de demanda), aquél le solicita que revise y efectúe las correcciones u observaciones si fuera el caso y estime pertinente realizar sobre la Liquidación del Contrato de Obra elaborado por el CONTRATISTA;
- A través de la *Carta N° 001-2012/CFVC de fecha 05 de enero del 2012, cursada por el SUPERVISOR y recibida por el MTC el día 06 de enero del 2012* (Anexo 1-AC del escrito de demanda), aquél realiza su última prestación consistente en revisar, corregir y presentar observaciones respecto de la Liquidación del Contrato de Obra elaborado por el CONTRATISTA;
- Mediante la *Carta N° 002-2012/CFVC de fecha 02 de febrero del 2012, cursada por el SUPERVISOR y recibida por el MTC el día 03 de febrero del 2012* (Anexo 1-AE del escrito de demanda), aquél realiza le remite su Liquidación Final por los servicios de supervisión, ratificándose en todos sus extremos, la misma que fue presentada con fecha 09 de diciembre del 2011; y,
- Por medio del *Oficio N° 118-2012-MTC/10.02 del 17 de abril del 2012 de la Oficina de Abastecimiento - OGA del MTC* (Anexo 1-AI del escrito de demanda) que EL DEMANDADO le otorgó al

SUPERVISOR el día 19 de abril del 2012, la conformidad de su última prestación, dentro de los términos señalado en el numeral 5.8 del CONTRATO.

i) En tal sentido, de los documentos antes citados se concluye que:

○ El 19 de abril del 2012 el MTC le otorgó al SUPERVISOR, la conformidad de su última prestación, dentro de los términos señalado en el numeral 5.8 del CONTRATO.

○ El Recién a partir del 19 de abril del 2012 el CONSORCIO se encontraba habilitado para presentar la liquidación de su CONTRATO; no antes.

○ Tanto la presentación de la liquidación del CONTRATO efectuada por el DEMANDANTE el día 09 de diciembre de 2011 por medio de la Carta N° 006-2011/CFV-FHH, así como su posterior ratificatoria ocurrida el día 02 de febrero del 2012, a través de la Carta N° 002-2012/CFVC-FHH); resultaron prematuras;

○ Finalmente, debe precisarse que no habiendo presentado el SUPERVISOR ninguna liquidación de su CONTRATO dentro de los quince (15) calendarios siguientes al 19 de abril del 2012, se infiere también que no puede correr el plazo siguiente que tiene el MTC (de quince días calendarios) para pronunciarse sobre los alcances de la liquidación del SUPERVISOR ni menos que opere la aprobación automática a que se refiere la parte final del primer párrafo del numeral 6.1.1. de la DIRECTIVA.

j) En suma, verificándose que no cumple las solicitudes liquidatoria del CONTRATO con todo los supuestos normativos que exige el numeral 6.1.1. de la DIRECTIVA, este Colegiado llega a la plena convicción que NO puede declararse consentida y aprobada la liquidación del CONTRATO presentada por el DEMANDANTE con fecha 09 de diciembre del 2011, así como tampoco la presentada posteriormente con fecha 02 de febrero del 2012; deviniendo en ese sentido, INFUNDADO este primer punto controvertido que comprende la Primera Pretensión Principal demandada.

4.2. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN A LA PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL): *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que si la Liquidación del CONSORCIO no ha quedado consentida, se apruebe el importe de la liquidación ascendente a la suma de S/. 7'922,433.51 (Siete millones novecientos veintidós mil cuatrocientos treinta y tres con 51/ 100 Nuevos Soles), sustentado en el Informe N° 21-2012-MTC/14.08-EACL del 10 de abril del 2012 presentado por el coordinador del Proyecto del MTC y comunicado a la parte demandante mediante el Oficio N° 118-2012-MTC/10.02 del 17 de abril del 2012. Asimismo, que se ordene el pago de dicha liquidación, así como el de los intereses legales correspondientes.*

4.2.1. Importando este segundo punto en controversia, la discusión de una pretensión de carácter subordinado, esto es que únicamente deberá ser materia de análisis y decisión en tanto el punto controvertido anterior no haya sido amparado, este Colegiado estima necesario entrar a dilucidar la presente pretensión.

4.2.2. Un primer punto a tener en consideración y partiendo de lo resuelto en el primer punto en controversia, es que ninguna de las dos (02) liquidaciones del CONTRATO presentadas por el SUPERVISOR quedaron consentidas.

4.2.3. Pues bien, la pretensión subordinada tiene por propósito que este Colegiado apruebe el importe total de la liquidación presentada por el DEMANDANTE, y que asciende a la suma de S/. 7'922,433.51 (Siete millones novecientos veintidós mil cuatrocientos treinta y tres con 51/ 100 Nuevos Soles), partiendo según se afirma de la conformidad brindada a sus servicios por el Coordinador del Proyecto por parte del MTC, materializado en el *Informe N° 21-2012-MTC/14.08-EACL del 10 de abril del 2012, que corre como Anexo I-AH del escrito de demanda.*

4.2.4. Sin embargo, tal como lo ha señalado el DEMANDADO y se verifica del indicado informe N° 21-2012MTC/14.08-EACL, éste no arriba al monto reclamado por el SUPERVISOR, es decir, de S/. 7'922,433.51, sino únicamente a la suma total de S/. 2'314,707.67 (por servicios en la segunda etapa que incluye una parte de la prestación adicional N° 2 y las siguientes prestaciones adicionales que van de la N° 3 a la N° 6) y S/. 95,981.68 (monto que incluye además el IGV, por servicios en la tercera etapa), es decir, de S/. 2'410,689.35 Nuevos Soles.

4.2.5. De manera que la aprobación del importe de la Liquidación del CONTRATO que solicita ahora el CONSORCIO, no puede ser atendida por este Colegiado, toda vez que si bien el MTC reconoce la existencia de un adeudo a favor de aquél, el monto que arroja los cálculos efectuados por éste no resultan ser los mismos.

4.2.6. *Por lo tanto, a juicio de este Colegiado no puede ampararse esta segunda pretensión arbitral, debiendo declararse INFUNDADA la misma en todos sus extremos.*

4.3. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: (EN RELACIÓN A LA PRETENSION SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL): *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral, en caso considere que aún no corresponde aprobar la Liquidación Final del contrato de supervisión a favor del CONSORCIO; declare su derecho a que:*

A. *Se les reconozcan las sumas siguientes:*

(ii) *S/. 2'299,428.87 (Dos millones doscientos noventa nueve mil cuatrocientos veintiocho y 87/100 Nuevos Soles) mas IGV o la suma que determine en este proceso arbitral, conforme al siguiente detalle:*

a) *S/. 15,300.23 (Quince mil trescientos y 23/100 Nuevos soles) mas IGV o la suma que se determine, como consecuencia del monto dejado de pagar de la Primera Etapa de Revisión del Expediente técnico.*

b) *S/. 1'961,616.65 (Un millón novecientos sesenta y un mil seiscientos dieciséis y 65/100 Nuevos Soles) más IGV o la suma que se determine, como consecuencia del mayor tiempo de supervisión efectuado por el CONSORCIO de la Segunda Etapa (Supervisión de la Ejecución de la Obra) correspondiente a los 892 días adicionales que demandó esta Etapa de la Supervisión; ordenando igualmente que se proceda al pago inmediato de éste importe de probarse que haya sido reconocido por el MTC.*

c) *S/. 81,340.41 (Ochenta un mil, trescientos cuarenta y 41/100 Nuevos Soles) mas IGV, como consecuencia del servicio prestado por el CONSORCIO en Etapa de Informe Final y Liquidación de Obra.*

- d) S/. 29,619.13 (veintinueve mil, doscientos sesenta y nueve y 13/100 Nuevos Soles) o la suma que se determine mas IGV, como consecuencia de los reajustes correspondientes al Contrato de Obra Principal, cuyo pago figura previsto en la Cláusula Octava del Contrato de Supervisión.
- e) S/. 211,552.45 (Doscientos once mil, quinientos cincuenta y dos y 45/100 Nuevos Soles) mas IGV como consecuencia de los reajustes correspondientes a los Presupuestos Adicionales 02, 03, 04, 05 y 06, previsto su pago en la Cláusula Octava del Contrato de Supervisión.
- (iii) S/. 4'418 529.70 (Cuatro millones cuatrocientos dieciocho mil quinientos veintinueve con 70 /100 Nuevos Soles) o la suma que se determine, más los impuestos de Ley (Impuesto General a las Ventas), conforme al siguiente detalle:
- a) S/. 706,961.58 (Setecientos seis mil novecientos sesenta y uno con 58/100 Nuevos Soles), más el impuesto general a las Ventas (IGV), por mayores servicios de supervisión en la etapa de recepción y liquidación de obra.
- b) S/. 101,085.37 (Ciento un mil ochenta y cinco con 37/100 Nuevos Soles), más el impuesto general a las Ventas (IGV), por interés por demora en el pago de adicionales; y,
- c) S/. 3'610,482.75 (Tres millones seiscientos diez mil cuatrocientos ochenta y dos con 75/100 Nuevos Soles), más el impuesto General a las Ventas (IGV), o aquella suma que el Tribunal estime de manera valorativa conforme al artículo 1332° del Código Civil, por concepto de Resarcimiento por daños y perjuicios.

B. Asimismo de probarse que el MTC no encuentra observación alguna al pedido de conformidad al servicio del CONSORCIO y que sus servicios se han cumplido a cabalidad y a conformidad, se declare que corresponde que se les devuelva las siguientes Cartas Fianza como garantías de Fiel Cumplimiento presentadas por el Consorcio, que vienen siendo renovadas hasta la fecha, según el siguiente detalle:

- ✓ Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° E1152-20-2006, con fecha de emisión del 20 de agosto de 2012, vigente desde las 00:00 m del 27 de agosto de 2012, hasta las 24:00 m del 24 de noviembre de 2012, emitida por SECUREX SEGUROS DE CREDITO Y GARANTIAS GRUPO CESCE, por un valor ascendente a S/. 114,224.40 (Ciento catorce mil doscientos veinticuatro con 40/100 Nuevos Soles).

✓ *Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0347-9800086153-28, con fecha de emisión del 14 de septiembre de 2012, vigente hasta el 28 de noviembre de 2012, emitida por BBVA CONTINENTAL, por un valor ascendente a S/. 114,224.40 (Ciento catorce mil doscientos veinticuatro con 40/100 Nuevos Soles).*

4.3.1. A efectos de analizar con detalle la procedencia de cada uno de los puntos respecto de los cuales el SUPERVISOR solicita se le reconozca su derecho de cobro y/o devolución, nos remitieron además de lo expuesto por cada una de las partes en este punto, al *Informe Pericial presentado con fecha 13 de enero del 2014 (en adelante el INFORME 1), como al levantamiento y absolución de observaciones de fecha 20 de marzo del 2014 (en adelante, EL INFORME 2)*, ambas evacuadas por el Ing. Héctor García Briones en calidad de PERITO DE OFICIO, por así haberlo determinado este Colegiado a través de la *Resolución N° 22 de fecha 30 de mayo del 2013.*

4.3.2. En cuanto al literal a) del primer bloque, en donde se solicita el reconocimiento de la suma de S/. 15,300.23 (*Quince mil trescientos y 23/100 Nuevos soles*) mas IGV o la suma que se determine, como consecuencia del monto dejado de pagar de la Primera Etapa de Revisión del Expediente técnico.

o Sobre este punto, el SUPERVISOR señala en su escrito complementario de demanda que no está de acuerdo con el descuento unilateral efectuado por el MTC y que asciende a la suma que ahora se reclama, toda vez que los argumentos esgrimidos para justificar los conceptos que fueron materia del descuento (oficina equipada, movilización, costo directo y utilidad), no son tales, pues se asevera que a través de una comunicación cursada por ellos, por un lado, se manifestó que si bien la revisión del Expediente Técnico lo realizaron en la ciudad de Lima, ello no significaba que no se haya hecho uso de oficinas y muebles para llevar a cabo dicho servicio, y cuyo uso correspondía a la oficina que se había ofertado, y por otro, en cuanto a la movilización, que de todas maneras se tendría que efectuar, en vista que se tenían que movilizar desde Lima a la ciudad de Huancayo los muebles de oficina, los equipos de laboratorio, los equipos de topografía y los equipos de cómputo.

o Por su parte, el DEMANDADO ha señalado en su escrito de contestación de demanda, absolución de la ampliación de la

demanda, como en sus correspondientes alegatos, que al ser el CONTRATO uno a precios unitarios, el descuento de S/. 15,300.23 más el IGV fue realizado en atención a que el consultor no cumplió con tener la totalidad del personal técnico ofertado. En ese sentido sólo se valorizó de acuerdo al personal que realmente prestó el servicio. Adicionalmente, conviene acotar que el MTC, en la parte final de su escrito de absolución de ampliación de demanda, señaló lo siguiente:

“- El ítem correspondiente a la movilización de la Primera Etapa comprende los gastos relacionados a: movilizar desde la ciudad de Lima a la ciudad de Huancayo, los muebles de oficina, los equipos de laboratorio, los equipos de topografía y los equipos de cómputo.

- *Según las inspecciones realizadas por el personal de la Unidad Coordinadora del Proyecto a la Oficina del Consultor de Huancayo, en la segunda etapa del Contrato de Supervisión; se constató que hasta el 09.03.2007, el demandante no había cumplido con movilizar los equipos antes mencionados; siendo que recién, a partir del 16.03.2007, el demandante inició el equipamiento de su oficina en la ciudad de Huancayo.*

- *Lo señalado se acredita con las Actas de Inspección levantadas por la Unidad Coordinadora en fechas 09.03.2007, 16.03.2007, y 30.03.2007; cuyas copias se adjuntan al presente.”*

- A su turno, el Perito en su INFORME 1 expone lo siguiente en el numeral 01 de la sección A – punto 31. *“Etapa de Revisión del Expediente Técnico por un monto de S/. 81,003.83 con dos valorizaciones a febrero del 2007. Esta segunda valorización, antes de reajustes por un valor de S/. 15,300.23 es materia de controversia, dentro de la Pretensión subordinada a la Primera Pretensión Principal, pues conforme al escrito complementario presentado por la Supervisión el 10 de octubre 2012 justifica el pago de la misma, pero bajo conceptos de medios probatorios que son materia de pronunciamiento del tribunal arbitral y escapa a los alcances de la pericia.”*

- Pues bien, partiendo de lo antes señalado este Colegiado advierte que el SUPERVISOR no ha presentado ninguna prueba que permita demostrar si efectivamente cumplió con haber utilizado los diferentes conceptos que fueron materia del descuento aplicado por el MTC, ni menos aún ha cumplido con ofrecer el mérito de la comunicación que afirma haber cursado al DEMANDADO, en la que se sostiene su malestar por el descuento incurrido. Finalmente, no ha observado ninguna de las tres Actas de Inspección levantadas en su momento por la Unidad Coordinadora del proyecto y que fueron adjuntadas por el DEMANDADO como sustento de su absolución de ampliación de demanda.
- *Siendo ello así, este Tribunal expresa que el pedido de reconocimiento que pretende hacer valer el SUPERVISOR respecto de este primer punto, no puede ser atendido, en virtud de que lo peticionado no le genera convicción ni ha sido probada tener derecho a su reembolso.*

4.3.3. En cuanto al literal b) del primer bloque, en donde se solicita el reconocimiento de S/. 1'961,616.65 (Un millón novecientos sesenta y un mil seiscientos dieciséis y 65/100 Nuevos Soles) más IGV o la suma que se determine, como consecuencia del mayor tiempo de supervisión efectuado por el CONSORCIO de la Segunda Etapa (Supervisión de la Ejecución de la Obra) correspondiente a los 892 días adicionales que demandó esta Etapa de la Supervisión; ordenando igualmente que se proceda al pago inmediato de éste importe de probarse que haya sido reconocido por el MTC.

- Sobre este segundo punto, tanto el MTC como los INFORMES 1 (numeral 02 de la sección A – punto 31) y 2 (punto 02 de la sección II), coinciden en reconocer el adeudo a favor del SUPERVISOR, por el monto demandado, el mismo que al incluirle el IGV, asciende a la suma total de S/. 2'314,707.67 Nuevos Soles.
- *Por lo tanto, este Colegiado sí estima necesario reconocer este concepto demandado por el SUPERVISOR, y por lo tanto que el MTC cumpla con pagar dicho monto.*

4.3.4. En lo que se refiere al literal c) del primer bloque, en donde se peticiona el reconocimiento de S/. 81,340.41 (Ochenta un mil, trescientos cuarenta y 41/100 Nuevos Soles) mas IGV, como consecuencia del servicio prestado por el CONSORCIO en Etapa de Informe Final y Liquidación de Obra.

- Sobre este tercer punto, si bien el MTC en su escrito de contestación de demanda y alegatos señalan que el monto reclamado sin el IGV es el reclama el SUPERVISOR, su *Informe N° 020-2014-MTC/14.08 de fecha 27 de enero del 2014* que sirvió de sustento para observar el INFORME 1, del PERITO DE OFICIO, se precisó lo siguiente en la sección *“Sobre los aspectos previstos en la liquidación tratados en el dictamen pericial”*: *“(…) En ese sentido el monto contractual del Contrato de Supervisión se previó en la suma total de S/. 2'284,488.03 (incluido IGV), el mismo que está desagregado de la siguiente manera:*

ETAPA	EJECUCION	PLAZO CONTRACTUAL	MONTO con IGV (19%)
Etapas I	Revisión del Exp. Técnico	30 días	S/. 96,394.56
Etapas II	Supervisión y Control Obra	480 días	S/. 2'091,298.36
Etapas III	Liquidación de Obra	30 días	S/. 96,795.09
Monto Total			S/. 2'284,488.03

- Del cuadro anterior (cuyos resaltados son nuestros) se advierte que el MTC reconoce que el IGV a tomar en consideración es del 19% y no del 18%, por estar aquél vigente en el año 2006, fecha en que se celebró el CONTRATO (16 de noviembre del 2006).
- Conviene acotar que sobre este punto, en el INFORME 1 el PERITO DE OFICIO únicamente mencionó el monto anotado en el numeral 03 del literal A) punto 31, de la siguiente forma *“Etapas de Recepción y Liquidación, por un monto de S/. 81,340.41 antes de reajustes, con una valorización del mes de julio del 2011.”*. De igual modo en el INFORME 2 (párrafo final del numeral 1 de la sección II), el PERITO DE OFICIO dijo lo siguiente: *“En consecuencia no existe alguna observación sobre el particular, no qué mayor justificación se presente que el perito emita, si sobre este rubro ambas*

partes están de acuerdo y el propio Ministerio reconoce que adeuda la suma de S/. 96,640.64 más IGV.”

- Por lo tanto, compulsados todos los medios probatorios relacionados al punto en cuestión, este Colegiado concluye por en correcta la afirmación y cálculo efectuado por el propio MTC en su *Informe N° 020-2014-MTC/14.08 de fecha 27 de enero del 2014*, debiendo ser el monto que debe reconocer a favor del SUPERVISOR, el reclamado más el IGV que estuvo vigente al 2006, es decir, el ascendente a la suma de S/. 96,795.09.

4.3.5. Respecto al literal d) del primer bloque, en donde se peticiona el reconocimiento de S/. 29,619.13 (veintinueve mil, doscientos sesenta y nueve y 13/100 Nuevos Soles) o la suma que se determine más IGV, como consecuencia de los reajustes correspondientes al Contrato de Obra Principal, cuyo pago figura previsto en la *Cláusula Octava del Contrato de Supervisión*.

- Sobre este cuarto punto, el SUPERVISOR afirma que su cálculo se sustenta en estricto en la *Cláusula Octava del CONTRATO*, encontrándose el mismo cuantificado a través de su *medio probatorio N° 39 (Cálculo de los reajustes y deducciones contractuales que corre como anexo A-L de su escrito de demanda)*:

- 000026

FORMA DE PRESENTACIÓN DEL REAJUSTE DE VALORES CONTRACTUALES
COMPONENTES: REAJUSTACIÓN DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL
CÓDIGO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL
CÓDIGO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL

CÁLCULO DE REAJUSTES Y DEDUCCIONES

R = V x (I₂ / I₁ - 1)

D = A x (I₁ / I₂)

R = Resultado de la Valorización Reajustada
V = Suma de la Valorización Mensual

Se = Índice de Precios Promedio mensual al 1 de mayo de 1990 (Base 100) a la fecha Base Year 2006 = 172.870008
Se = Índice de Precios Promedio mensual al 1 de mayo de 1990 (Base 100) a la fecha Base Year 2006 = 172.870008
Se = Índice de Precios Promedio mensual al 1 de mayo de 1990 (Base 100) a la fecha Base Year 2006 = 172.870008

D = Deducción de Resultado
A = Antecesor del Resultado

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN** **VALOR** **REAJUSTE** **AMORTIZACIONES** **DEDUCCION**

MESES **MESES** **MESES** **MESES** **MESES** **MESES**

SE **VALORIZACIÓN**

dicho que el CONSORCIO está reclamando un monto que ya fue reconocido y pagado en su momento, monto que pueden corroborarse de las valorizaciones tramitadas y pagadas (desde la N° 01 a la N° 22).

- Conviene acotar del cuadro anterior que mientras que el mismo arroja la suma de S/. 23,055.60 en la demanda el SUPERVISOR pretende una suma mucho mayor (S/. 29,619.13).
- Sin embargo, esta disyuntiva en su cuantificación fue advertida por el PERITO DE OFICIO en su INFORME 1, pues ahí se dijo lo siguiente:

*"D) S/. 23,055.60, es el monto consignado en la liquidación correspondiente a las deducciones según la aplicación de la fórmula establecida en la cláusula octava, y producto del adelanto otorgado (A) correspondiente al componente $D = A * (I_r - I_o) / I_a$. El índice I_r es el índice General de Precios al Por Mayor a nivel nacional (INEI) a la fecha de pago de cada una de las valorizaciones de las tres etapas del contrato principal; y el índice I_a es el valor del índice a la fecha de pago del adelanto, con un valor fijo este último."*

Asimismo, en el INFORME 2, el PERITO DE OFICIO aclarando la observación que sobre este extremo formuló el MTC al amparo del Informe N° 020-2014-MTC/14.08 de fecha 27 de enero del 2014¹, dijo lo siguiente:

"4. Por las deducciones por aplicación de fórmula establecida en la cláusula octava del contrato y producto del adelanto otorgado, en el monto de S/. 23,055.60"

El MTC señala que el perito no ha adjuntado la metodología de cálculo ni los índices con los cuales ha realizado dicho cálculo, por lo que éste aspecto debe ser subsanado.

Al respecto hay que apreciar que en la página 13 literal D) del Informe Pericial; se señaló expresamente:

"D) S/. 23,055.600, es el monto consignado en la liquidación correspondientes a las deducciones según la aplicación de la fórmula establecida en la cláusula

¹ "Por las deducciones por aplicación de la fórmula establecida en la cláusula octava del contrato del contrato y producto del adelanto otorgado, en el monto de S/. 23,055.60.

- El Perito no ha adjuntado la metodología de cálculo y los índices con los cuales se ha realizado dicho cálculo, por lo que éste aspecto debe ser subsanado."

octava, y producto del adelanto otorgado (a) correspondiente al componente $D = A * (I_r - I_o) / I_a$. El Índice I_r es el índice General de Precios al Por mayor a nivel nacional (INEI) a la fecha de pago de cada una de las valorizaciones de las tres etapas del contrato principal; y el índice I_a es el valor del índice a la fecha de pago del adelanto, con un valor fijo este último"

En consecuencia sí se ha explicado en la pericia, en qué parte del contrato se regula este rubro.

Se ha revisado el cálculo efectuado por el supervisor, contenido en la página 21 de su liquidación, encontrándolo conforme.

Sin perjuicio de lo anterior, causa extrañeza que precisamente la aplicación del monto anteriormente indicado conlleva a que en la liquidación se contemple en este rubro un monto mayor a cargo del Supervisor que el previsto por el MTC. Así pues, mientras que el Ministerio señala que debe deducírsele la suma de S/. 19,023.73, el Consorcio señala que debe deducírsele la suma de S/. 23,055.60.

En lo que respecta a la verificación del monto, debe indicarse que este se ha efectuado de la manera siguiente:

De la página 000012, se puede advertir en el rubro de deducciones, en la Etapa I "Revisión del Expediente Técnico" en la Valorización N° 01 (febrero del 2007) se ha efectuado una deducción de SA 33.69; en la Etapa II "De Supervisan y Control de Obras" desde la Valorización N° 01 (del 10 al 28 febrero del 2007) hasta la Valorización N° 22 (del 01 al 15 de noviembre del 2008) se ha efectuado una deducción de SA 18,990.04, sumados los descuentos de las dos etapas arrojan un valor total de S/. 19,023.73. Sin embargo estas deducciones se refieren a los pagos ya efectuados al supervisor, pero si se tienen en cuenta los servicios realmente prestados y que deben ser pagados, la deducción debe ser de S/. 23,055.60 (página 14 de la liquidación del supervisor)."

- A efectos de dilucidar la procedencia o no de este punto reclamado, es preciso que nos remitamos a lo que nos dice la parte pertinente de la Cláusula Octava del citado CONTRATO:

"(...)

Los pagos mensuales serán reajustados con la fórmula siguiente:

$$Pr = (Po * (Ir/Io)) - \{(A/C) * Po * (Ir-Ia)/(Ia)\} - ((A/C) * Po)$$

Dónde:

Pr = Monto de la valorización Reajustada

Po = Monto de la valorización correspondiente al mes de servicio, a precios del valor referencial.

Io = Índice General de precios al por mayor a nivel nacional (INEI) a la fecha del valor referencial

Ir = Índice General de precios al por mayor a nivel nacional (INEI) a la fecha de pago de la valorización

Ia = Índice General de precios al por mayor a nivel nacional (INEI) a la fecha de pago del adelanto

A = Adelanto en efectivo entregado

C = Monto del contrato principal.

(...)"

- Por lo tanto, compulsados todos los medios probatorios relacionados al cuarto punto en cuestión, este Colegiado encuentra conforme la explicación brindada por el PERITO DE OFICIO, toda vez que la liquidación de las deducción de acuerdo a la fórmula recogida en el CONTRATO, debe ser efectuada tomando en cuenta el Índice General de precios al por mayor a nivel nacional, a la fecha del pago de la valorización y a la fecha del pago del adelanto, respectivamente; motivo por el cual se le debe reconocer a favor del SUPERVISOR la suma de S/. 23,055.60 más el IGV.

4.3.6. Respecto al literal e) del primer bloque, en donde se peticona el reconocimiento de S/. 211,552.45 (Doscientos once mil, quinientos cincuenta y dos y 45/100 Nuevos Soles) mas IGV como consecuencia de los reajustes correspondientes a los Presupuestos Adicionales 02, 03, 04, 05 y 06, previsto su pago en la Cláusula Octava del Contrato de Supervisión.

- Sobre este quinto punto, el SUPERVISOR afirma igualmente que éste cálculo se sustenta en estricto en la Cláusula Octava del CONTRATO, encontrándose el mismo cuantificado a través de su medio probatorio N° 40 (Cálculo de las Valorizaciones Adicionales que corre como anexo A-LL de su escrito de demanda).
- Por su parte, el MTC en su escrito de contestación de demanda y alegatos asevera al igual que en el punto anterior, que tales ajustes de las valorizaciones de los presupuestos adicionales de supervisión, (segunda etapa) ya fueron igualmente reconocidos

por el MINISTERIO en cada valorización de los presupuestos adicionales, tramitados para su pago ante la OGA.

- Sobre este particular, el PERITO DE OFICIO ha señalado su INFORME 1, lo siguiente:

"C) S/. 164,970.88 y S/. 211,552.45, corresponden a los reajustes, tanto del contrato principal como de los adicionales han sido calculado por el Consorcio con arreglo a lo estipulado en la Cláusula Octava del contrato, según la fórmula, pero únicamente aplicando el componente $Po(Ir/Io)-1$, conforme al cálculo detallado. El índice Ir es el índice General de Precios al Por Mayor a nivel nacional (INEI) a la fecha de pago de cada una de las valorizaciones de las tres etapas del contrato principal y de los adicionales."*

Luego, por medio del INFORME 2, el PERITO DE OFICIO, aclarando la observación que sobre este extremo le formulara el MTC al amparo del Informe N° 020-2014-MTC/14.08 de fecha 27 de enero del 2014², dijo lo siguiente:

"3. Por los reajustes tanto del contrato principal como de los adicionales en los montos de S/. 164,970.88 y S/. 211,552.45, respectivamente."

En relación a este extremo se tiene que en la liquidación se han considerado el Ítem 2.00 los conceptos antes referidos como pendientes de ser cancelados, El MTC sostiene en su informe que las sumas contenidas en el rubro 1.00 de la liquidación contienen los ajustes respectivos, y por ende no correspondería considerarlos de manera adicional.

En la página 13 del informe pericial, se señala sobre este extremo, lo siguiente:

"C; "S/. 164,970.88 y S/. 211,552.45, corresponden a los reajustes, tanto del contrato principal como de los adicionales han sido calculado por el Consorcio con arreglo a lo estipulado en la Cláusula Octava del contrato, según la fórmula, pero

² "Por los reajuste tanto del contrato principal, como de los adicionales, en los montos de S/. 164,970.88 y S/. 211,552.45, respectivamente.

(...)

Respecto del monto de S/. 211,552.45, es de señalar que las prestaciones adicionales por el monto de S/. 1'961,616.65 (sin IGV), referidas en el ítem anterior, ya contienen los reajustes correspondientes. En ese sentido, no corresponde reconocer dicho monto al Supervisor porque se estaría duplicando el reconocimiento de reajustes."

únicamente aplicando el componente $Po^ (Ir/Io)-1$, conforme al cálculo detallado. El índice Ir es el Índice general de Precios al por Mayor a nivel nacional (INEI) a la fecha de pago de cada una de las valorizaciones de las tres etapas del contrato principal y de los adicionales."*

En consecuencia, de lo expuesto se puede concluir lo siguiente:

Sí se ha explicado con detalle en que parte del contrato se contempla la cláusula de reajuste.

El reajuste se hace a la fecha de pago de cada una de las valorizaciones. En consecuencia, si el propio Ministerio está aceptando que incluso hay valorizaciones pendientes de cancelación tanto del contrato principal como de los adicionales, no se comprende cómo puede indicar que el reajuste está considerado en el monto contemplado en el ítem 1.00 de la liquidación. Pero aún si no hubiesen pendientes dichas valorizaciones, basta con leer la formula prevista en la cláusula octava del contrato para darse cuenta que corresponde aplicar el reajuste, puesto que ello significa tener en cuenta el "Ir" a la fecha de pago de cada valorización, lo que supone que las valorizaciones presentadas no podían en su momento contener dicho "Ir", ya que esto se hace con posterioridad.

En tal sentido, revisados los cálculos efectuados en los anexos de la liquidación (página 26 y siguientes), encuentro que los mismos resultan correctos."

- De este modo, compulsados todos los medios probatorios relacionados al quinto punto en cuestión, este Colegiado –siguiendo el razonamiento esgrimido en el cuarto punto anterior del primer bloque –, encuentra también conforme la explicación brindada por el PERITO DE OFICIO, toda vez que la liquidación de las valorizaciones de acuerdo a la fórmula recogida en el CONTRATO, debe ser efectuada tomando en cuenta el Índice General de precios al por mayor a nivel nacional, a la fecha del pago de la valorización y a la fecha del pago del adelanto, respectivamente; motivo por el cual se le debe reconocer a favor del SUPERVISOR la suma de S/. 211,552.45 más el IGV.

4.3.7. En cuanto al literal a) del segundo bloque, en donde se peticiona el reconocimiento de S/. 106,961.58 (Setecientos seis mil novecientos sesenta y uno con

58/100 Nuevos Soles), más el impuesto general a las Ventas (IGV), por mayores servicios de supervisión en la etapa de recepción y liquidación de obra.

- Sobre este primer punto del 2° bloque, el SUPERVISOR afirma que al extenderse el plazo de recepción y liquidación de 30 días que debía operar hasta el 12 de diciembre del 2010, al 25 de marzo del 2011 (fecha en la que entregó la Obra el CONTRATISTA, lo cierto es con posterioridad a este último plazo sus servicios se vino prestando con permanente actividad y coordinación con el MINISTERIO, desarrollando labores incluso en la etapa de liquidación elaborando informes. Afirma que el cálculo por medio del cual se arriba al monto demandado, aparece explicado en el *medio probatorio N° 41 (Cálculo de las Valorizaciones Adicionales que corre como anexo A-M de su escrito de demanda)*.
- Por su parte, el MTC en su escrito de contestación de demanda y alegatos contradice este monto, toda vez que se sostiene que los servicios reclamados nunca fueron autorizados por su MINISTERIO, ya que no se ajusta a lo estipulado en el CONTRATO. De ahí que el único monto que se reconoce es la suma de S/. 95,981.68 que incluye el IGV del 18%.
- Pues bien, en referencia a este punto, PERITO DE OFICIO ha dicho expresamente en su INFORME 1 que:

(F) S/. 706,961.58 por los mayores servicios de Supervisión, por un plazo luego de concluido el plazo ampliado, y luego de concluirse físicamente la obra el 12 de noviembre 2010, por haberse pactado 30 días, es decir al 12 de diciembre 2010, sin embargo esto se desfasó al 25 de marzo del 2011 con la recepción de obra, y además teniendo que esperar hasta el 31 de octubre 2011 en tanto se resolvieran las controversias en sede arbitral según se ha expuesto precedentemente, según acta que obra en el expediente alcanzado.

Estos mayores servicios han sido considerados en dos períodos:

- S/.276,557.39, Del 14 diciembre 2010 al 25 de marzo 2011, incluyendo además los reajustes por S/. 56,695.65

- SI. 310,130.28, Del 26 de marzo 2011 al 31 de octubre 2011, incluyendo además los reajustes por S/. 63,578.26.

Tanto las valorizaciones como los reajustes siguen el mismo procedimiento de cálculo que para las valorizaciones del contrato principal como de los adicionales por lo que considero procedente el método de cálculo, que se ha realizado según lo estipulado en el contrato, por los períodos indicados según las razones expuestas por el Consorcio."

- Posteriormente, el Informe N° 020-2014-MTC/14.08 del MTC, se observó lo siguiente:

"6) Por los mayores servicios de supervisión, en el monto de S/. 706.961.58.

a) Este monto corresponde a la tercera etapa (presentación del informe final y liquidación de contratos).

- De acuerdo con ello, por esta etapa al Supervisor solo le corresponde el monto de S/. 81,340.41 (sin IGV) y su respectivo reajuste.

b) El Numeral 3.2 de la Cláusula Tercera (de la vigencia y plazo) del Contrato de Supervisión establece que:

"El plazo para cumplir con la prestación de servicios materia de este contrato es de 540 días calendario, contados a partir del inicio del servicio y comprende:

Etapa de revisión del Expediente Técnico que no será mayor a 30 días calendarios, previo al inicio de la obra.

Supervisión integral y control de la obra que será de 480 días calendario, a partir del inicio de la obra (es la etapa en que se han producido las ampliaciones de plazo N° 1, 2, 3, 4, 5 y 6)

Presentación del Informe final y liquidación de contratos, que será de 30 días calendarios a partir de la recepción de la obra".

De acuerdo con ello, cada etapa del contrato es independiente la una de la otra.

La recepción de la obra se produjo el 25.03.2011, sin embargo, no se podía practicar la liquidación del contrato de obra debido a la existencia de una controversia arbitral motivada por la ampliación de plazo N° 06. En ese sentido, el plazo de 30 días calendario se activó desde la fecha en que quedó consentido el laudo arbitral de tal proceso.

El plazo comprendido entre la recepción de la obra y la fecha de consentimiento del laudo arbitral (ampliación de

plazo N° 06 del contrato de obra); no implicaba, de ningún modo, que el Supervisor debía mantener toda su capacidad instalada durante todo ese plazo, ya que no tenía que realizar ninguna labor. Por ello, el Supervisor no ha podido acreditar ante el Ministerio que, durante todo ese lapso de tiempo (sic), éste mantuvo toda su capacidad instalada.

Es de reiterar que el plazo de 30 días calendario, en un plazo adecuado y racional para realizar la labor de opinar sobre la liquidación de obra y formular la liquidación de la supervisión. Por tanto, el plazo que prevén las valorizaciones N° 01, 02 y 03 del supervisor, constituye un exceso ya que excede largamente el plazo de 30 días calendario.

De acuerdo con ello, las valorizaciones N° 01, 02 y 03 presentadas por el supervisor como sobre costos (en el monto total de S/. 737,139.87), no pueden ni deben ser reconocidas por el Ministerio.

Finalmente, el único monto que debe ser reconocido por la Entidad es el previsto en el Contrato de supervisión, es decir, el monto de S/ 96,795.09 (incluye IGV del 19%) por todo concepto, siendo de precisar que éste no se llegó a cancelar debido a que el Supervisor solicitó un pago mayor.”

- Finalmente, mediante el INFORME 2, el PERITO DE OFICIO, aclara esta observación manifestando lo siguiente:

“6) Por los mayores servicios de supervisión en el monto de S/.706,961.58.

Se ha verificado en primer lugar de donde proviene el concepto y luego el monto considerado en la liquidación. Sobre ello, el perito ha apreciado que esto obedece a la servicios de supervisión por un plazo, luego de concluido el plazo ampliado, y luego de concluirse la obra el 12 de noviembre de 2010.

Así, al haberse establecido que el período de liquidación involucraba 30 días, esto conlleva un pago por servicios de supervisión de la liquidación hasta el 12 de diciembre de 2010. Sin embargo, recién el día 25 de marzo de 2011 se produjo la recepción de la obras, y luego de ello se tuvo que continuar esperando hasta que se resolvieran las controversias en sede arbitral con el contratista ejecutor de la obra, según acta que obra en el expediente que se alcanzó al perito.

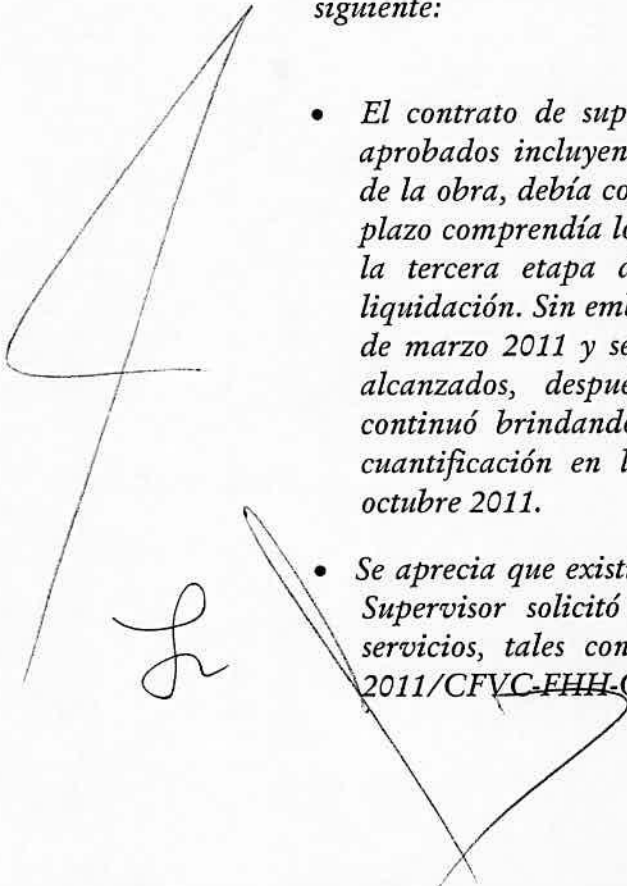
En el Dictamen se ha verificado que estos mayores servicios han sido considerados en dos períodos:

- *S/. 276,557.39 del 14 de diciembre 2010 al 25 de marzo 2011, incluyendo además los reajustes por S/. 56,695.65.*
- *S/ 310,130.28 del 26 de marzo 2011 al 31 de octubre 2011, incluyendo los reajustes por tos S/. 63,578.2*

El perito sostiene que tanto las valorizaciones como los reajustes siguen el mismo procedimiento de cálculo que para las valorizaciones del contrato principal como de los adicionales por lo que estima procedente el método de cálculo, que se ha realizado según lo establecido en el contrato, por los períodos indicados según las razones expuestas por el Consorcio.

Según el MTC, la recepción de la obra se produjo el 25 de marzo 2011, sin embargo no se podía practicar la liquidación del contrato de obra debido a la existencia de una controversia arbitral motivada en la ampliación de plazo N° 06 del contratista ejecutor. En ese sentido señala el MTC que el plazo de 30 días para practicar la liquidación de la obra no se activó desde el día 25 de marzo 2011 en que se recepcionó la obra, sino recién desde la fecha en que quedó consentido el laudo en tal proceso.

Así las cosas, resulta que respecto de este punto se tiene lo siguiente:

- 
- *El contrato de supervisión con sus plazos ampliados aprobados incluyendo el informe de liquidación final de la obra, debía concluir el 12 de diciembre 2010, este plazo comprendía los 30 días que el supervisor tenía en la tercera etapa de su contrato para practicar su liquidación. Sin embargo la obra recién se entregó el 25 de marzo 2011 y según se advierte de los documentos alcanzados, después de esa fecha la Supervisión continuó brindando servicios que fueron materia de cuantificación en la liquidación hasta el día 31 de octubre 2011.*
 - *Se aprecia que existieron comunicaciones por las que el Supervisor solicitó pago por este mayor tiempo de servicios, tales con las Cartas N° 017, 018 y 019-2011/CFVC-FHH-OBRA.*

El perito ha revisado las valorizaciones por estos mayores servicios de supervisión presentados en la etapa que debió ser de recepción y liquidación (fs. 61 y 63, según los dos períodos) de la liquidación del Supervisor, y considera que los mismos son coherentes.”

- Por lo tanto compulsados todos los medios probatorios relacionados al segundo punto en cuestión del segundo bloque, este Colegiado –apoyado en los INFORMES 1 e INFORMES 2 del PERITO DE OFICIO, arriba a la conclusión de que por los dos (02) períodos que comprende los servicios prestados por el SUPERVISOR, se genera el monto demandado por éste, es decir, la suma de S/.706,961.58, más el IGV.

4.3.8. En cuanto al literal b) del segundo bloque, en donde se peticiona el reconocimiento de S/. 101,085.37 (Ciento un mil ochenta y cinco con 37/100 Nuevos Soles), más el impuesto general a las Ventas (IGV), por interés por demora en el pago de adicionales.

- Sobre este segundo punto del 2° bloque, el SUPERVISOR afirma que el pago de los intereses que aquí reclama tiene como sustento el reconocimiento de no pago efectuado por el propio MTC de sus adicionales, tal como así se desprende del Informe N° 21-2012-MTC/14.08-EACL. En ese sentido el monto reclamado por intereses legales lo demuestra adjuntando como *medio probatorio N° 42, una Hoja que contiene el “Cálculo del Interés Legal”, el mismo que corre como anexo A-N de su escrito de demanda, y que ha sido efectuado al amparo del Art. 238° del REGLAMENTO*³.

³ “Art. 238° Plazo para los pagos.

(...)”

En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá en las Bases o en el contrato, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse. En su defecto, se aplicará el interés legal conforme a las disposiciones del Código Civil.”

OBRA : REHABILITACION INTEGRAL DEL FERROCARRIL HUANCAYO - HUANCABELICA
 COMPONENTE I : REHABILITACION DE LA INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA
 ENTIDAD : MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES
 SUPERVISOR : CONSORCIO FERROVIAL CENTRO

CALCULO DEL INTERES LEGAL

I_a : Inicio computo interes Legal
 I_p : Termino computo interes Legal (a cuenta)

Descripcion	Monto Neto Sin IGV	I_a		I_p		Factor ($I_p/I_a - 1$)	Monto Parcial Interes
		Fecha	Factor	Fecha	Factor		
Adicional N° 02	326,959.39	16-nov-08	5.87369	2-nov-11	6.28512	0.07005	22,903.51
Adicional N° 03	546,670.08	7-mar-09	5.94389	2-nov-11	6.28468	0.05733	31,340.60
Adicional N° 04	746,603.57	31-ago-09	6.03417	2-nov-11	6.28468	0.04152	30,998.98
Adicional N° 05	326,019.49	2-may-10	6.09822	2-nov-11	6.28468	0.03058	9,969.68
Adicional N° 06	226,916.57	25-ago-10	6.12613	2-nov-11	6.28468	0.02588	5,872.60
Sub Total							101,085.37
I.G.V (18%)							18,195.37
TOTAL							119,280.74



○ A su turno, el MTC tanto en su escrito de contestación de demanda como en sus alegatos, dice expresamente que es el Tribunal el llamado a determinar el monto de los intereses por los adicionales dejados de pagar.

○ Por su parte, en el INFORME 1, el PERITO de OFICIO, ha dicho que:

“G) S/. 101,085.37, correspondiente al cálculo por demora en el pago de valorizaciones de los Adicionales N° 02, 03, 04, 05 y 06. El Consorcio ha efectuado el cálculo según la oportunidad de pago de cada una de las valorizaciones, desde el 16 de noviembre 2008 hasta la última el 25 de agosto 2010, llevándolo al 02 de noviembre 2011, haciendo un total de SA 101,035.37 más IGV, con un total de SA 119,280.74.”

○ Sin embargo, cabe acotar que en el Informe N° 020-2014-MTC/14.08 del MTC, se dijo lo siguiente:

“Como ya se ha señalado en los Numerales 2 y 3 las prestaciones adicionales que se adeudan son la N° 02, 03, 04, 05 y 06 y el monto calculado contiene los reajustes. Por tal razón, dicho monto no puede ser reconocido por el Ministerio.”

○ Finalmente, en el INFORME 2, el PERITO de OFICIO, es categórico en señalar que:

"7. Por demora en el pago de valorizaciones de los adicionales N° 02, 03, 04, 05 y 06 el monto de S/. 101,085.37

Sobre este extremo el MTC señala que las prestaciones adicionales que se adeudan son las N° 02, 03, 04, 05 y 06 y el monto calculado ya contiene los reajustes, por tal razón expresa que el Ministerio no puede reconocer este concepto.

Sin embargo, no se advierte en donde existe una observación, puesto que lo que se está reclamando en este rubro son los Intereses legales por el no pago oportuno de las referidas valorizaciones, cuyo pago se vino reclamando desde el 2008."

- No nos olvidemos que el quinto párrafo de la **Cláusula Octava (De los Pagos y Reajustes)** que recoge el **CONTRATO**, dice expresamente: *"En el caso de valorizaciones no fuesen pagadas dentro del plazo previsto, el contratista tendrá derecho a los intereses de acuerdo a las tasas establecidas por el Banco Central de Reserva del Perú."*
- Por lo tanto, sobre la base de lo señalado expresamente en el Art. 238° del REGLAMENTO y apoyado igualmente en lo manifestado por el PERITO DE OFICIO en sus INFORMES 1 y 2, este Colegiado estima prudente reconocer a favor del SUPERVISOR, la suma reclamada por concepto de intereses legales generado por la demora en el pago de las Valorizaciones N° 02 a la N° 06, y que asciende a la suma de S/. 101,085.37, **más el IGV.**

4.3.9. Por último, en cuanto al literal c) del segundo bloque, en donde se peticiona la suma de S/. 3'610,482.75 (*Tres millones seiscientos diez mil cuatrocientos ochenta y dos con 75/100 Nuevos Soles*), **más el impuesto General a las Ventas (IGV)**, o aquella suma que el Tribunal estime de manera valorativa conforme al artículo 1332° del Código Civil, por concepto de Resarcimiento por daños y perjuicios.

- Sobre este tercer y último punto del 2° bloque, el SUPERVISOR sostiene que está probado que el DEMANDADO conocía que en su oportunidad debía efectuarnos diversos pagos por sus servicios de supervisión, los mismos que se extendieron mucho más allá de los 540 días calendarios que fueron fijados en el CONTRATO, pero que simplemente no sólo no lo hizo, sino que además obvió siquiera pronunciarse en el sentido de reconocernos su legítima percepción. Es más se afirma que fueron conminados a

continuar con los referidos servicios durante más de treinta (36) meses, sin recibir pago alguno.

De lo anterior se colige que el MTC incumplió su elemental deber de buena fe en la ejecución del CONTRATO y por ende retrasó indebida e injustificadamente los pagos a su parte, poniéndolo en la situación extrema de que tengan que buscar recursos financieros a efecto de poder haciendo frente a la labor de supervisión que se desarrolló durante todo el periodo acotado.

Se añade que es absolutamente claro que si no recibieron pago alguno durante todo el periodo que va de noviembre del 2008 a diciembre del 2011 por parte del MINISTERIO, empero éste nos exigió continuar con la supervisión, teniendo entonces que agenciarse con recursos de terceros para atender actividad prometida. Adicionalmente, se destaca que el CONTRATO es uno con financiamiento de la ENTIDAD y no con financiamiento del SUPERVISOR.

En tal sentido, el CONSORCIO concluye que la conducta del MTC, resultó no sólo arbitraria, sino además antijurídica, que le ha ocasionado un perjuicio económico dado el costo financiero que han tenido que asumir. Este mayor costo financiero – se agrega - para poder brindar nuestros servicios, tiene entonces la relación de causalidad e imputabilidad en la conducta antijurídica del DEMANDADO. Al respecto se acompaña como medio probatorio N° 43 (anexo 1-AÑ de su demanda), el siguiente cuadro en donde figura el cálculo realizado:

A large, stylized handwritten signature or scribble, possibly reading 'L 7', is drawn over the text of the paragraph. It consists of a large loop on the left and a long, sweeping stroke that extends towards the right, ending in a hook-like shape.

000074

CÁLCULO DEL FINANCIAMIENTO DE LOS MONTO DE LOS ADICIONALES DE SUPERVISIÓN NO PAGADOS POR EL MTC

ADICIONAL Nº 02		MONTO VALORIZADO	REAJUSTES	MONTO NETO (sin I.G.V.)	FECHA DE PAGO CONTRATO	FECHA DE PAGO REAL	Días de intereses	INTERES TEM = 4.17%
No.	Mes							
01	Febr-08 (del 01 al 28)	46,324.01	5,274.82	52,029.83	30-mar-09	15-mar-11	1,020.33	170,539.48
02	Oct-08	88,245.80	12,921.07	99,166.87	30-mar-09	15-mar-11	1,012.01	298,338.63
03	Febr-09	74,838.60	9,313.82	84,752.42	28-abr-09	15-mar-11	990.00	241,595.55
04	Febr-09	72,338.60	8,231.90	80,570.50	10-mar-09	15-mar-11	960.00	216,566.82
05	May-09 (del 01 al 31)	8,123.20	888.77	9,011.97	30-mar-09	15-mar-11	920.00	22,921.85
TOTAL		287,572.01	35,382.38	326,959.39				949,812.34

ADICIONAL Nº 03		MONTO VALORIZADO	REAJUSTES	MONTO NETO (sin I.G.V.)	FECHA DE PAGO CONTRATO	FECHA DE PAGO REAL	Días de intereses	INTERES TEM = 4.17%
No.	Mes							
01	Mar-08 (del 01 al 31)	60,978.71	6,617.74	67,596.45	30-abr-09	15-mar-11	920.00	172,088.22
02	Abr-08	85,225.10	9,557.80	94,782.90	30-may-09	15-mar-11	890.00	225,481.10
03	May-08	85,375.10	9,127.45	94,502.55	30-jun-09	15-mar-11	868.00	213,872.83
04	Jun-08	90,212.80	8,120.93	98,333.73	30-jul-09	15-mar-11	828.00	209,715.51
05	Jul-08	98,555.60	8,927.53	107,483.13	30-ago-09	15-mar-11	807.00	215,282.52
06	Ago-08 (del 01 al 31)	77,306.08	8,564.43	85,870.51	30-sep-09	15-mar-11	778.00	198,834.74
TOTAL		499,468.17	47,201.91	546,670.08				1,195,034.83

ADICIONAL Nº 04		MONTO VALORIZADO	REAJUSTES	MONTO NETO (sin I.G.V.)	FECHA DE PAGO CONTRATO	FECHA DE PAGO REAL	Días de intereses	INTERES TEM = 4.17%
No.	Mes							
01	Ago-08 (del 01 al 31)	2,587.54	323.15	2,910.69	30-sep-09	15-mar-11	778.00	5,294.50
02	Sep-08	74,148.60	6,322.23	80,470.83	30-oct-09	15-mar-11	746.00	141,777.96
03	Oct-08	7,559.35	83,782.29	91,341.64	30-nov-09	15-mar-11	715.00	126,015.79
04	Nov-08	87,822.92	91,178.45	178,991.37	30-dic-09	15-mar-11	685.00	148,738.08
05	Dic-08	8,071.39	96,073.89	104,145.28	30-ene-10	15-mar-11	654.00	138,022.90
06	Ene-09	8,054.88	96,857.48	104,912.36	28-feb-10	15-mar-11	625.00	130,009.83
07	Febr-09	8,658.22	94,048.82	102,707.04	30-mar-10	15-mar-11	595.00	117,421.53
08	Mar-09	8,174.48	97,177.05	105,351.53	30-abr-10	15-mar-11	564.00	112,294.86
09	Abr-09	88,002.60	9,403.47	97,406.07	30-may-10	15-mar-11	534.00	104,154.44
10	May-10 (del 01 al 31)	2,314.85	201.17	2,516.02	30-jun-10	15-mar-11	503.00	2,760.40
TOTAL		881,342.88	65,260.88	946,603.76				1,936,490.32

ADICIONAL Nº 05		MONTO VALORIZADO	REAJUSTES	MONTO NETO (sin I.G.V.)	FECHA DE PAGO CONTRATO	FECHA DE PAGO REAL	Días de intereses	INTERES TEM = 4.17%
No.	Mes							
01	May-10 (del 02 al 31)	75,445.25	8,754.96	84,199.21	30-jun-10	15-mar-11	503.00	80,811.88
02	Jun-10	77,000.10	9,118.81	86,118.91	30-jul-10	15-mar-11	473.00	78,748.25
03	Jul-10	77,550.10	9,129.70	86,679.80	30-ago-10	15-mar-11	442.00	71,902.42
04	Ago-10 (del 01 al 24)	62,356.28	7,314.37	69,670.65	30-sep-10	15-mar-11	411.00	60,762.87
TOTAL		282,351.73	34,297.84	316,649.57				282,225.20

ADICIONAL Nº 06		MONTO VALORIZADO	REAJUSTES	MONTO NETO (sin I.G.V.)	FECHA DE PAGO CONTRATO	FECHA DE PAGO REAL	Días de intereses	INTERES TEM = 4.17%
No.	Mes							
01	Ago-10 (del 25 al 31)	17,803.89	2,133.26	19,937.15	30-sep-10	15-mar-11	411.00	14,806.84
02	Sep-10	77,060.10	9,843.91	86,904.01	30-oct-10	15-mar-11	381.00	59,578.37
03	Oct-10	72,050.10	8,028.20	80,078.30	30-nov-10	15-mar-11	350.00	49,818.15
04	Nov-10 (del 01 al 12)	33,853.04	4,992.97	38,846.01	30-dic-10	15-mar-11	320.00	21,018.81
TOTAL		201,567.13	25,498.34	227,065.47				144,919.98

TEM = Tasa Efectiva Mensual		MONTO TOTAL FINANCIADO: 2,173,169.10		TOTAL INTERES (sin I.G.V.): 3,610,482.75	
-----------------------------	--	--------------------------------------	--	--	--

Finalmente señala el SUPERVISOR que si el Tribunal por alguna razón no coincide con el monto del daño calculado, pese a que el mismo ha sido determinado de manera absolutamente objetiva sobre la base de tasas reales del mercado financiero nacional (4.17% de Interés Efectivo); se pide que el Colegiado aplique el artículo 1332° del Código Civil, a fin de que valore equitativamente el monto de dicha indemnización por daños y perjuicios.

- Por su parte, el propio MTC tanto en su escrito de contestación de demanda como en sus alegatos, ha negado la procedencia del resarcimiento demandado, en base a los siguientes argumentos:

- El artículo 41° del TUO de la LEY, ante el incumplimiento por la ENTIDAD de sus obligaciones esenciales, el contratista le asistía el derecho de resolver el contrato;
- A pesar que el MINISTERIO no cumplió con su obligación de pago de sus valorizaciones, el SUPERVISOR no solicitó en ningún momento, la resolución de contrato como correspondía de acuerdo a

la norma de contrataciones y adquisiciones y, siguió prestando sus servicios, sin mayores reclamos.

- En el marco de la LEY el SUPERVISOR tuvo dos (02) alternativas: i) solicitar la resolución del CONTRATO o ii) seguir laborando, en base al requerimiento que le hizo el Ministerio a través del Oficio N° 858-2008-MTC/10.02 del 14.07.2008. Esto último, bajo el compromiso que el MTC le pagaría, en cualquier momento, lo adeudado, más los intereses que pudiera generarse.
- El hecho de que el consultor siga prestando servicios con cargo a un futuro pago, fue como consecuencia de un compromiso de buena fe de ambas partes.
- El SUPERVISOR, por tanto, no puede plantear de que siguió laborando bajo la premisa de que, en el futuro, el MINISTERIO le pague: i) el monto de sus servicios prestados, ii) el pago de los intereses por la demora en el pago de tales valorizaciones, y iii) una indemnización por daños y perjuicios.
- En ese sentido, el MTC solo debe reconocer el pago de los servicios realmente prestados y los intereses legales que se originen por el saldo pendiente de pago.
- El reclamo que aquí se hace no resulta viable en tanto no quede consentida la liquidación final. Ello de conformidad a lo estipulado en el artículo 215° del REGLAMENTO.

- Por su parte, en el INFORME 1, el PERITO de OFICIO, dijo sobre el particular:

“H) S/. 3'610,482.75, por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios. El consorcio sustenta su pedido en el daño causado por atender un contrato más allá del plazo contractual, así como la excesiva demora en los pagos de valorizaciones, y analiza un período de noviembre 2008 hasta diciembre 2011, al no haber recibido pago alguno por las prestaciones efectuadas.

Para llegar a dicho monto el Consorcio realiza un análisis de valor del dinero correspondiente a los montos que se debieron pagar como consecuencia de las ampliaciones de plazo otorgadas, es decir las prestaciones adicionales N° 02, 03, 04 05 y 06, sus valorizaciones de estas y reajustes

correspondiente, desde la fecha que debieron ser pagadas hasta el 15 de noviembre 2011, asignando una tasa efectiva del 4.17% efectiva del mercado financiero, tasa que se encuentra dentro de los parámetros en el sistema.

Se ha verificado que los cálculos según la metodología empleada por el Consorcio asciende a S/. 3'610,482.75

El contrato en su Cláusula Décimo Tercera del contrato, contiene una estipulación indemnizatoria aplicable al Supervisor, por lo que este concepto está incorporado en el contrato, no obstante escapa a esta pericia la pertinencia o no de su interpretación jurídica y alcances del mismo.”

- Empero, por medio del Informe N° 21-2012-MTC/14.08-EACL., el MTC agregó lo siguiente su punto 8:

“8. Por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios, en el monto de S/. 3'610,482.75.

El concepto de resarcimiento por daños y perjuicios no es un ítem laudable.

Así, el artículo 273° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PM, que previó los aspectos sobre los cuales se puede desarrollar un proceso arbitral en el marco de dicha ley, solo contempla el derecho a iniciar un arbitraje en armonía con lo previsto en los artículos 202, 227, 232, 257, 259, 265, 267, 268 y 269 del mencionado Reglamento. Ninguno de tales artículos prevé el concepto de daños y perjuicios.

En ese sentido, el tribunal arbitral no resulta competente para pronunciarse y resolver un tema de supuestos daños y perjuicios.”

- Por último, en el INFORME 2, el PERITO de OFICIO, ha dicho que:

“

- 8. Por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios en el monto de S/. 3'610,482.75

El MTC observa este extremo de la pericia únicamente bajo el argumento que el concepto de resarcimiento por daños y perjuicios no es un ítem laudable. Señala que el artículo 273°

del Reglamento de la LCE solo contempla el derecho a iniciar arbitraje en los casos de los artículos 202, 227, 232, 257, 259, 265, 267, 268 y 269 del Reglamento, y ninguno de ellos prevé el concepto de daños y perjuicios; por lo que el Tribunal no resulta competente para pronunciarse sobre ello.

Como comentario a la Observación del MTC se infiere que la observación efectuada no está referida a un aspecto técnico (no se cuestiona ni el valor, ni la metodología utilizada), lo que se cuestiona en sólo un aspecto de carácter legal, consistente en la arbitrabilidad o no de un pedido indemnizatorio en el caso del contrato materia de este proceso.

Como perito, y hasta donde llega mi entender, resalto que el convenio arbitral contenido en la cláusula Décimo Quinta del contrato, resulta amplio en sus alcances, en cuanto señala que las partes acuerdan que cualquier controversia o reclamo que surja desde la celebración del contrato será resuelto por cualquiera de los mecanismos alternativos de solución de controversias previstos en el Texto Único Ordenado de la Ley 26850 y de manera definitiva mediante arbitraje de derecho, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley 26572. (...)". Sin embargo, corresponderá al Tribunal Arbitral determinar a la luz del contrato y del marco legal que lo regula, si resulta o no arbitrable un pedido de indemnización."

- Expuesto de esta forma la posición de las partes y lo manifestado por el PERITO DE OFICIO sobre la procedencia o no del resarcimiento por daños y perjuicios solicitado por el SUPERVISOR, este Colegiado advierte en primer lugar que el MTC no ha interpuesto formalmente en el transcurso de este proceso arbitral ningún medio de defensa (excepción) dirigido a cuestionar nuestra competencia para conocer la pretensión indemnizatoria.
- Asimismo, en segundo término, este Tribunal estima prudente analizar los alcances del CONTRATO en relación o no de un reclamo indemnizatorio. Pues bien, para ello debemos remitirnos a lo que nos dice la Cláusula Décimo Quinta, cuyo tenor es como sigue:

L
"DECIMA QUINTA: DE LOS RECLAMOS, CONTROVERSIAS, LITIGIOS Y ARBITRAJE

15.1. Las partes acuerdan que cualquier controversia o reclamo que surja desde la celebración del contrato, será resuelto por cualquiera de los mecanismos alternativos de solución de controversias previstos en el Texto Unido Ordenado de la Ley No 26850 y de manera definitiva mediante arbitraje de derecho, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley 26572.

15.2 El arbitraje será resuelto, según lo dispuesto en el Art. 278 del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley 26850.

15.3 El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva siendo el laudo inapelable ante el Poder Judicial o cualquiera instancia administrativa.

15.4 En todo lo no previsto en la presente cláusula se estará a lo dispuesto en el Reglamento arbitral de la institución administrativa del arbitraje y las disposiciones de la Ley General De Arbitraje (Ley N° 26572)

15.5 Procedimiento para caso de Arbitraje

a) Solo podrán someterse al arbitraje las siguientes Controversias:

a.1 Las referidas a las obligaciones de EL FERROCARRIL, previstas en la cláusula octava del contrato.

a.2 Las referidas a las obligaciones de EL SUPERVISOR, previstas en la cláusula novena del contrato.

b) No podrán llevarse a arbitraje las siguientes controversias:

b.1 Las derivadas directa o indirectamente, de las facultades que ejerce la Contraloría General de la República, incluidas las correspondientes a las autorizaciones previas a la ejecución y pago de presupuestos adicionales.

b.2 Aquellas que hubieran quedado consentidas.

b.3 Las referidas directa o indirectamente a los procedimientos establecidos en el contrato, las Bases o las Normas Legales.

b.4 Las que la Ley no contempla como arbitrales.

c). En caso que una de las partes decida someter a arbitraje alguna controversia prevista en el convenio Arbitral de este contrato, este solo podrá proponerse dentro del plazo de 15 días de producida la controversia, de acuerdo al siguiente procedimiento:

c.1 Previamente solicitará a la otra parte que se inicie una etapa de negociación directa, cuyo plazo será no mayor de 30 días."

o Como puede apreciarse de la cláusula glosada en su totalidad, se advierte que, por un lado, las partes acuerdan resolver

CUALQUIER CONTROVERSLA por cualquiera de los mecanismos alternativos de solución de controversias previsto en LA LEY y de manera definitiva en arbitraje, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley General de Arbitraje N° 26572 (vigente al momento de la celebración del CONTRATO); mientras que por otro, en la Cláusula comentada se establece limitaciones (literales a y b del numeral 15.5) respecto a qué tipo de controversias pueden someterse a arbitraje.

- Para dilucidar ésta situación, es preciso recordar lo que nos dice los Artículos 273° y 275° del citado REGLAMENTO:

“Artículo 273.- Arbitraje

Cualquiera de las partes tiene el derecho de dar inicio al arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en el Artículo 53° de la Ley, en armonía con lo previsto en los 202°, 227°, 232°, 257°, 259°, 265°, 267°, 268° y 269° de este Reglamento. Para iniciar el arbitraje, las partes deben recurrir a una institución arbitral, en el caso de arbitraje institucional, o remitir la solicitud de arbitraje a que se refiere este Reglamento, en el caso de arbitraje ad hoc.

Las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final de los contratos de consultoría y ejecución de obras o respecto a la conformidad de la recepción en el caso de bienes y servicios, así como al incumplimiento de los pagos que resulten de las mismas, también serán resueltas mediante arbitraje.

El arbitraje se desarrollará de conformidad con la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.”

*“Artículo 275.- Estipulaciones adicionales al convenio arbitral
Las partes podrán establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral, en la medida que no contravengan las disposiciones de la normativa de contrataciones y adquisiciones, las disposiciones de la Ley General de Arbitraje, ni las normas complementarias dictadas por el CONSUCODE.”*

- Ciertamente, del tenor de ambas normas transcritas se colige muy rápidamente que el Convenio Arbitral (que en este caso es justamente la Cláusula Décimo Quinta del CONTRATO) recoge estipulaciones adicionales que limitan la procedencia del sometimiento al arbitraje, las mismas que contravienen en ese sentido el propio tenor del Art. 238° del REGLAMENTO.

- En ese orden de ideas, estando a las limitaciones que recoge el Convenio Arbitral, este Colegiado concluye de lo expuesto anteriormente que éstas NO resultan aplicables al caso concreto, siendo por el contrario de plena observancia lo que se ha dispuesto más bien en el numeral 15.1 de la Cláusula Décimo Quinta, pacto que tiene por el contrario vocación extensiva, pues permite que por medio del arbitraje se ventilen CUALQUIER CONTROVERSIA O RECLAMO QUE SURJA DESDE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO de supervisión; siendo en ese sentido uno de esos reclamos, el relacionado con el resarcimiento por daños y perjuicios que se demanda su reconocimiento en el tercer punto del segundo Bloque.
- *En consecuencia, este Tribunal Arbitral tiene la convicción de que el reclamo indemnizatorio del SUPERVISOR sí es de su competencia, por lo que seguidamente se evaluará si resulta fundado o no reconocer a su favor el monto indemnizatorio demandado.*
- Pues bien, en primer lugar debemos establecer qué tipo de responsabilidad es la que habría incurrido el MTC. Así - en lo que a este caso concierne - resultará claro establecer de lo antes indicado que el origen de la obligación incumplida (la demora injustificada en el pago de las valorizaciones que corresponde a la mayor prestación de los servicios de supervisión y que se cuantifican en ochocientos noventa y dos (892) días calendarios) es a no dudarlo una de índole contractual.
- Siguiendo entonces esta vertiente y más precisamente en el ámbito de la acción indemnizatoria por inexecución de obligaciones, se tiene que el Artículo 1321º del Código Civil vigente (en adelante CC) impone responsabilidad a quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, obligándolo al resarcimiento del daño en cuanto éste sea consecuencia inmediata y directa de tal inexecución. De esta forma la ley exige como elemento de esta acción el nexo de causalidad que vincula la obligación no ejecutada con el daño que ésta inexecución haya producido. Así, el referido artículo establece lo siguiente:

“Artículo 1321: Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

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.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podría preverse al tiempo en que ella fue contraída.”

- Para una mayor claridad sobre los alcances de la norma comentada, PAZOS HAYASHIDA, nos dice que:

“Conforme a lo establecido en el artículo bajo comentario, la regla es que el resarcimiento por la inejecución de la obligación comprende el daño emergente, así como el lucro cesante (además del daño moral), en tanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución (independientemente de que sean previsibles o no). Así, la inejecución de la obligación puede generar una multiplicidad de daños, pero no todos serán resarcibles (y de éstos muchos menos serán resarcidos). Se excluye de esta forma la indemnización de los daños que sean consecuencia mediata (o en todo caso indirecta) de la inejecución, salvo que su indemnización haya sido pactada (...).

La regla anterior se aplica a los casos en que la inejecución sea generada mediando dolo o culpa inexcusable. Se distinguen así estos supuestos (de mala fe y negligencia gravísima que linda con lo primero) del supuesto de culpa leve.

Por su parte, si el sujeto actúa con culpa leve (en donde se considera que es más clara una actuación de buena fe), el legislador ha considerado que éste sólo responderá por los daños que sean también consecuencia inmediata y directa de la inejecución, pero sólo en la medida en que los mismos sean previstos o previsibles (...).”

- Además, en lo concerniente a la materia probatoria, nuestro derecho sustantivo exige además que para ejercer una acción indemnizatoria, el

PAZOS HAYASHIDA, JAVIER. EN “CÓDIGO CIVIL COMENTADO” por los 100 mejores especialistas. GACETA JURÍDICA. TOMO VI. Páginas 921 y 922.

demandante debe probar el dolo o la culpa inexcusable con la que los demandados habrían actuado en la inejecución de la obligación, debiendo también probar los daños y perjuicios causados así como la cuantía de los daños de conformidad con los artículos 1330° y 1331° del CC aplicables por tratarse en este caso de obligaciones establecidas contractualmente. Dichos artículos estipulan:

“Artículo 1330: La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Artículo 1331: La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

- Por lo tanto, de lo expuesto previamente se desprende que es requisito para el resarcimiento por daños y perjuicios de origen contractual, el que haya un nexo causal entre la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso y el daño que se alega. Lo que quiere decir entonces que en el caso particular que estamos demandando, deberemos probar qué obligación no ha ejecutado el MTC, o cumplido en forma total o parcial, tardía o defectuosamente y, asimismo, deberemos probar que éste fue el hecho generador del daño que señalamos habría sufrido el SUPERVISOR, así como el quantum que deberá ser indemnizado a su favor.

- En ese sentido, para los efectos de determinar lo anterior, del caso de autos se advertirá los siguientes elementos exigidos expresamente por nuestras normas sustantivas: *i) El hecho generador del daño que alega el SUPERVISOR haber sufrido por parte del MTC; (ii) El dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve con la que habría actuado el MTC en los hechos que se le imputa el CONSORCIO; (iii) Los daños y perjuicios sufridos; y (iv) Si existió un nexo causal entre el hecho generador y el daño sufrido, así como la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios acreditados (daño emergente, lucro cesante y daño subjetivo).*

- Por ende evaluaremos seguidamente, uno a uno, estos elementos:

- (i) *El hecho generador del daño que alega EL DEMANDANTE padecer de parte del MINISTERIO:*

De los antecedentes de la demanda arbitral y de las actuaciones probatorias desarrolladas a lo largo de este proceso, se puede determinar con nitidez que el hecho generador del daño serían *la injustificada demora incurrida por el MTC en atender los pagos de las valorizaciones, las cuales se originaron en el mayor tiempo de servicios incurridos por el SUPERVISOR para cumplir con sus obligaciones contractuales.*

- (ii) *El dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve con la que habrían actuado el MTC en los hechos que se le imputa:*

Antes de indicar cuál de los supuestos indicados (*dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve*), es el que le imputa EL CONSORCIO al MTC, es preciso recordar que los Artículos 1318° al 1320° del CC los definen, respectivamente, de la siguiente manera:

“Artículo 1318.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.”

Ahora bien, si nos remitimos a las conclusiones arribadas en los diversos puntos evaluados en el presente Punto Controvertido, se tendrá que éstas encajan cuando menos dentro del supuesto de *culpa inexcusable*, pues la conducta de omisión desplegada por el MTC, resulta a todas luces negligente, en la medida que era claro y notorio la mayor prestación de servicios que vino desplegando EL SUPERVISOR desde que culminó el plazo inicial del CONTRATO, hecho que así ha quedado debidamente evidenciado – por ejemplo – con el expreso reconocimiento del MINISTERIO sobre montos adeudados en la segunda etapa y tercera etapa del CONTRATO, los mismos que incluso son

mucho más a raíz de aquellos montos que este Colegiado ha reconocido a favor del CONSORCIO.

(iii) Los daños y perjuicios sufridos por el SUPERVISOR:

En cuanto a este punto, este Colegiado advierte que el daño causado al CONSORCIO por la mayor prestación de sus servicios y que generaron las valorizaciones N° 02 a la N° 06, es a no dudarlo el calificado como DAÑO EMERGENTE, consistente en la afectación real y actual que importó no percibir la compensación por los gastos incurridos en la prestación de sus obligaciones contractuales.

Que, lo señalado precedentemente es sin lugar a dudas una falta al cumplimiento de sus obligaciones por parte del MTC, lo que se encuentra enmarcado dentro del concepto de un incumplimiento contractual, además teniendo en cuenta lo señalado por el MTC en el sentido que el SUPERVISOR tenía la opción de pedir la Resolución del CONTRATO implica que el MTC sabía perfectamente que estaba en situación de incumplimiento y que ello ameritaba la resolución del CONTRATO, sin embargo no hizo nada para poner remedio a su actuar durante el lapso de los treinta seis (36) meses que alega el SUPERVISOR, lo que no ha sido además materia de discusión por parte del MTC en este proceso, que ha preferido efectuar una defensa técnica atacando la arbitrabilidad de la pretensión indemnizatoria y no el fondo de la misma, lo que ya ha sido descartado por este colegiado.

Que, en el entendido que el incumplimiento contractual esté probado y que el mismo ha producido un menoscabo en el patrimonio del SUPERVISOR, quien no solo ejecutó prestaciones durante un período prolongado, sino que además no ha visto cumplido el pago de las prestaciones efectuadas, ello constituye un actuar indecoroso por parte de la ENTIDAD lo que evidentemente ha causado un perjuicio en el SUPERVISOR, lo que por ende debe ser materia de indemnización.

En tal sentido es criterio de este Tribunal que el daño ocasionado al SUPERVISOR por la demora en el pago de las prestaciones efectuadas, está probado por la conducta del MTC no solo durante la ejecución del CONTRATO, sino inclusive por la conducta por él desplegada a lo largo de este proceso a través de las

declaraciones prestadas en sus escritos en las que acepta la demora en el pago de las prestaciones lo que evidentemente acredita la situación de incumplimiento del CONTRATO.

Adicionalmente a lo anterior, debe tener presente que el artículo 1331° del Código Civil señala también que la carga de la prueba del daño recae en quien se ha visto perjudicado por el incumplimiento; regla que no es rígida y admite, como en el presente caso, excepciones; la culpa no debe ser probada pues ella se presume en el caso del incumplimiento de obligaciones, por lo menos la culpa leve (cuando no existen casos de excepción como la fuerza mayor o el caso fortuito), como en el presente caso, dado que el Ministerio debió pagar oportunamente.

Es más, si nos preguntamos ¿Es necesario que el daño se pruebe, tratándose de una obligación pecuniaria?, este Colegiado entiende que no, pues el incumplimiento es objetivo: no se pagó de manera oportuna, por lo tanto, quien alegue lo contrario deberá probarlo, en este caso el MTC es quien no ha probado el pago oportuno, siendo que además ha aceptado que pagó mucho tiempo después.

Igualmente, a la pregunta, ¿Debe acreditarse que la demora en el pago me ha producido como consecuencia de un daño?, en este sentido resulta importante traer a colación la opinión acertada del *Dr. León Barandiarán* cuando comente el artículo 1323° del Código Civil de 1936, antecedente del 1331° del Código Civil del 1984, quién señala lo siguiente: *"El deudor debe probar el daño y el perjuicio sufridos, y el cómputo respectivo en cuanto a su valorización. En algunos casos no es necesaria la prueba, pues funciona la presunción jure et de jure, como ocurre en las obligaciones en dinero, o si se halla predeterminado el monto de la reparación, como sucede con la cláusula penal,"*⁵. Del mismo modo lo hace *Ricardo Lorenzetti*, quien comenta: *"la víctima debe probar el daño cuya reparación pretende. Tradicionalmente se aceptó que operan presunciones de daño en las obligaciones de dar sumas de dinero, en la cláusula penal y en las arras penitenciales. No obstante también hay reglas de experiencia que se incorporaron legislativamente como la del art. 1084 respecto de los herederos forzosos, o bien*

⁵ LEON BARANDIARAN, José: Tratado de Derecho Civil. Tomo III Volumen II. WG Editores. Lima 1992. 630pp.

*la que se subsume en la tesis del valor de la vida humana que eximiría de la prueba concreta de los perjuicios.”**

De modo tal que, la regla que obliga al acreedor de la obligación de la prueba del perjuicio por el incumplimiento, no es monolítica, pues en función a la propia presunción de culpa que contiene el artículo 1329° del Código Civil, la culpa no debe ser probada y por extensión el daño tampoco, pues solamente frente al caso de dolo o culpa inexcusable estaríamos frente al supuesto de la carga de la prueba que debe ejercer el perjudicado, supuesto que no es el presente, ya que no se está pidiendo al Tribunal que se pronuncie en tal sentido y que la indemnización que solicitan esté amparada en el dolo o la culpa inexcusable del MTC.

Es sólo en su incumplimiento o su cumplimiento tardío, en tal sentido este Tribunal estima que la carga de la prueba se relativiza y basta con el solo hecho de la existencia del incumplimiento para que se genere el daño.

(iv) Nexo causal entre el hecho generador y el daño sufrido, así como la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios acreditados (daño emergente, lucro cesante y daño moral):

En relación a este cuarto y último ítem, debemos señalar que la causalidad, visto como un fenómeno jurídico, tiene una doble función: en primer lugar, vincular el daño con el actuar humano al efectuarse la reconstrucción de los hechos, determinando de este modo la autoría al imputarse responsabilidad; y, en segundo lugar, determina las consecuencias del hecho, esto es, el daño total ocasionado a partir del cual se puede apreciar en qué medida o hasta dónde el responsable deberá resarcir.

Para la *primera de las funciones descritas que está íntimamente ligada al nexo causal*, ésta tiene su correlato en la ya señalada omisión incurrida por el MTC en atender prontamente el pago de las Valorizaciones N° 02 a la N° 06.

⁶ LORENZETTI Ricardo L. Revista Jurídica Argentina LA LEY. Tomo I. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Buenos Aires, Argentina 2009. Página 225.

A su turno, en lo referente a la *segunda de las funciones descritas que fluyen del nexo causalidad*, es preciso que se tome en cuenta que existiría cuando menos un hecho generador de los daños denunciados, pues como ya se describió en el ítem i), esto es, conducta omisiva del MTC consistente NO haber atendido prontamente el pago por la mayor prestación de servicios de la supervisión.

Otro tanto cabe indicar en cuanto a la determinación de la cuantía indemnizatoria.

Así, recordemos que El SUPERVISOR ha demandado en la presente pretensión el pago de los intereses como indemnización por el incumplimiento del CONTRATO los mismos que se ajustan a una tasa efectiva Mensual del 4.17%, la misma que se encuentra dentro de los “parámetros del sistema” conforme lo ha señalado el perito de oficio.

Pues bien, a efectos de esclarecer este punto, es conveniente tener en cuenta los alcances del artículo 1332° de nuestro Código Civil⁷, pues éste tiene un efecto remediador de situaciones de injusticia, de tipo residual que integra el razonamiento de los jueces o de los árbitros en ausencia de elementos objetivos que le permitan determinar una indemnización, esto es, que acreditado el incumplimiento generador del daño y no se pueda probar la cuantía del mismo, se deben atender a criterios de equidad para poder restituir el equilibrio quebrantado por el incumplimiento. De no existir este remedio, haría ilusorio el derecho y generaría un incentivo negativo al cumplimiento de las obligaciones, lo que evidentemente se desdice en un estado constitucional de derecho.

Ahora bien, debemos ser enfáticos en que la aplicación de este artículo es de tipo residual, cuando se carecen de elementos objetivos, suponiendo por parte del Juzgador – sea este un juez estatal o un árbitro – el ejercicio de una atribución exorbitante, la misma que además es de carácter subjetivo, sin que ello signifique arbitrariedad, es decir que se encuentre ajustada a lo actuado en el proceso y que tenga además una referencia en los conocimientos del juez o árbitro y en su propia conciencia,⁸ lo cual no significa de

⁷ “Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.”

⁸ “La respuesta afirmativa se impone, pero ese criterio subjetivo de valoración de los daños,

modo alguno el apartamiento del derecho, sino por el contrario, es sin lugar a dudas el apego a la equidad lo que reviste a esta atribución de su carácter jurídico, siendo su manifestación normativa el referido artículo 1332° del Código Civil.

En relación a lo argumentado por el demandante respecto a que tuvo que recurrir a financiamiento de terceros, este Colegiado no encuentra tal exacta afirmación en la demanda, pues en ella se señala que tuvieron que agenciarse recursos para atender esta actividad. El hecho de que pudieron ser recursos propios que estaban destinados a otras operaciones o finalmente de los propios accionistas del CONSORCIO, lo cierto es que prestaron un servicio al MTC que tuvo un costo y que el mismo no fue pagado y eso necesariamente tiene un costo que sino fue cubierto por El DEMANDADO (quien es quien debía pagarlo), fue atendido por otros medios financieros, por lo cual no necesariamente se trataba de financiamiento de terceros (ver página 25 de la demanda).

Llegado a este punto tenemos que probado el daño en los términos señalados, sólo queda fijar el monto de la indemnización, el mismo que no requiere conforme a la regla del artículo 1332° ya citada, el despliegue de una rigurosa carga probatoria, dejando al juez o al árbitro una herramienta legal de equidad (cuya aplicación no le resta obviamente carácter de arbitraje de derecho al presente proceso) a efectos de fijar el quantum de la indemnización, de manera subjetiva, atendiendo a criterios extralegales inclusive (dado insistimos su carácter subjetivo).

En tal sentido, este Colegiado valora como orientador el Cuadro adjuntado por el SUPERVISOR en donde figura el cálculo del financiamiento de los montos de los Adicionales de Supervisión no pagados por el MTC, el cual corre bajo el anexo 1-AÑ del escrito de demanda; el mismo que evaluado por el perito de oficio lo considera como acorde a la situación del mercado financiero, sin embargo, atendiendo a la disposición contenida en el artículo 1332° del Código Civil, con arreglo a lo expuesto anteriormente, y estando al conjunto de las pruebas analizadas y conclusiones arribadas en torno a los hechos producidos e incumplimiento de

debe ir acompañado necesariamente con una resolución equitativa, entendiendo por tal a aquella que, de acuerdo a los conocimientos y a la conciencia del magistrado, se acerque lo más fidedignamente posible a reflejar ese monto indemnizatorio cuya cuantía exacta la víctima no pudo probar en juicio, pero que constituye deber del juzgador ordenar resarcir." CASTILLO FREYRE, Mario. Arbitraje y Debido Proceso. Biblioteca de Arbitraje Volumen 2. Palestra Editores – estudio Mario Castillo Freyre. Lima 2007. Pág. 326

oportunidad de pago admitido, este Tribunal estima prudente fijar como resarcimiento adecuado del daño producido, la suma de S/. 2'700,000.00 (Dos Millones y 00/100 Nuevos Soles).

Finalmente, en lo relativo a que la pretensión indemnizatoria incluya el Impuesto General a las Ventas (IGV), éste Colegiado estima necesario analizar si en este caso corresponde o no la aplicación de dicho impuesto.

Sobre este particular es preciso recordar que el IGV grava las operaciones de venta de bienes y servicios, sea estos nuevos o usados, no encontrándose dentro del ámbito de aplicación del mismo lo correspondiente a la indemnización producida por el incumplimiento del CONTRATO, más aún si la misma es declarada por un tribunal sea este judicial o arbitral, ya que ello no implica la generación de ninguno de los supuestos establecidos como operaciones gravadas con el IGV. Por lo tanto, la pretensión formulada por la parte demandante en tanto se condene al pago de la indemnización solicitada más el IGV, deviene en *IMPROCEDENTE*. En tal sentido, es criterio de este Tribunal amparar parcialmente la pretensión en base a los alcances formulados.⁹

- *En suma, este Tribunal concluye que debe reconocerse parcialmente el monto demandado por el SUPERVISOR por concepto de resarcimiento por daños y perjuicios, ascendiendo éste en aplicación del Art. 1332° del Código Civil, a la suma de S/. 2'700,000.00 (Dos Millones y 00/100 Nuevos Soles), sin incluir el IGV.*

4.3.10. Para finalizar lo relativo a este Quinto Punto Controvertido, EL SUPERVISOR también peticiona *la devolución de las dos Cartas Fianzas como garantías de Fiel Cumplimiento, las cuales vienen siendo renovadas hasta la fecha, según el siguiente detalle:*

⁹ "En efecto, dicho interés compensatorio no constituye la retribución por un servicio de crédito ni tampoco un cargo adicional a la contraprestación de una operación gravada con el IGV, toda vez que se otorga más bien respecto de la indemnización establecida como resarcimiento de un daño emergente.

(...)

Pues bien, tratándose del supuesto materia de consulta, si en la vía judicial se ha dispuesto el pago de intereses compensatorios a una empresa, en relación con una indemnización por daño emergente, dichos intereses no se encuentran gravados con el IGV." Informe N.° 140 -2009- SUNAT/2B0000 del 23 de julio de 2009 de la Intendencia Nacional Jurídica de la SUNAT. <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2009/oficios/140-2009.htm>.

✓ *Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° E1152-20-2006, con fecha de emisión del 20 de agosto de 2012, vigente desde las 00:00 m del 27 de agosto de 2012, hasta las 24:00 m del 24 de noviembre de 2012, emitida por SECREX SEGUROS DE CREDITO Y GARANTIAS GRUPO CESCE, por un valor ascendente a S/. 114,224.40 (Ciento catorce mil doscientos veinticuatro con 40/100 Nuevos Soles).*

✓ *Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0347-9800086153-28, con fecha de emisión del 14 de septiembre de 2012, vigente hasta el 28 de noviembre de 2012, emitida por BBVA CONTINENTAL, por un valor ascendente a S/. 114,224.40 (Ciento catorce mil doscientos veinticuatro con 40/100 Nuevos Soles).*

- A efectos de determinar la procedencia de lo que aquí peticiona EL CONSORCIO es preciso remitirnos a lo señalado en la parte pertinente del literal 7.4 de la Cláusula Séptima: Aspectos Económicos” del CONTRATO, pues ahí se indica que las referidas cartas fianzas deberán “(...) *mantenerse vigente hasta que quede consentida la Liquidación del Contrato.*”
- Pues bien, si bien es cierto que a través del presente Laudo no se declarado expresamente el consentimiento de la Liquidación del CONTRATO, también lo es a lo largo del análisis desarrollado por este Tribunal respecto del Quinto Punto Controvertido, se ha determinado una serie de reconocimientos, como consecuencia de las observaciones o discrepancias existen entre ambas partes, a los cuales se suma el también el reconocimiento expreso y parcial que el MTC ha efectuado respecto de algunos de dichos extremos reclamados por el SUPERVISOR; motivo por el cual este Colegiado es el que ha determinado el monto total de la Liquidación por expreso pedido de la parte DEMANDANTE.
- Siendo ello así, se colige que carecerá de sentido seguir manteniendo vigente las dos (02) Cartas Fianzas reclamadas por el SUPERVISOR, resultando por ello procedente que este Tribunal disponga que el MTC cumpla con devolverlas.

L

- *En consecuencia éste Colegiado estima que sobre la base de lo antes ~~destacado~~, deberá atenderse el pedido de*

devolución de las dos (02) Cartas Fianzas reclamadas por el SUPERVISOR.

4.4. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: (EN RELACIÓN A LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL O A LA PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA): *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MTC para que proceda con la devolución de las siguientes Cartas Fianzas presentadas por el CONSORCIO como garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato, según el siguiente detalle:*

- *Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° E1152-20-2006, con fecha de emisión del 20 de agosto de 2012, vigente desde las 00:00 m del 27 de agosto de 2012, hasta las 24:00 m del 24 de noviembre de 2012, emitida por SECUREX SEGUROS DE CREDITO Y GARANTIAS GRUPO CESCE, por un valor ascendente a S/. 114 224.40 (Ciento catorce mil doscientos veinticuatro con 40/100 Nuevos Soles).*
- *Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0347-9800086153-28, con fecha de emisión del 14 de septiembre de 2012, vigente hasta el 28 de noviembre de 2012, emitida por BBVA CONTINENTAL, por un valor ascendente a S/. 114 224.40 (Ciento catorce mil doscientos veinticuatro con 40/100 Nuevos Soles).*

4.4.1. Como se desprende del numeral 4.3.10 del Quinto Punto en Controvertido, este Colegiado ha llegado a la conclusión que el MTC debe devolver al SUPERVISOR las dos (02) Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento que dicha parte reclama, por cuanto se ha determinado que ha pedido del DEMANDANTE, el Tribunal ha establecido los montos que corresponden a los diversos ítems que integran la Liquidación del CONTRATO.

4.4.2. *Por consiguiente, siendo que la presente pretensión arbitral tiene igual finalidad que aquella antes descrita, éste Colegiado estima prudente declarar que dicho reclamo deberá estarse a lo resuelto a favor del CONSORCIO en el punto 4.3.10 del quinto punto en controversia.*

4.5. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: EN RELACIÓN A LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL O A LA PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA: *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MTC para que expida la correspondiente Constancia*

de prestación que contenga la identificación del objeto del contrato y el monto correspondiente.

4.5.1. Si se observa con detenimiento, esta es una pretensión accesoria que depende de la primera pretensión principal y de su subordinada.

4.5.2. Sin embargo, teniendo en cuenta el reconocimiento expreso que este Colegiado ha efectuado a los diversos ítems que conforman la liquidación del CONTRATO del SUPERVISOR a través del pronunciamiento emitido previamente en cuanto al Quinto Punto Controvertido, este Colegiado concluye que la exigencia que sobre este particular aparece recogida en el primer párrafo del Art. 235° del REGLAMENTO, cuyo tenor dice lo siguiente: *“Otorgada la conformidad de la prestación, el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad es el único autorizado para otorgar al contratista, de oficio o a pedido de parte, una constancia que contenga la identificación del objeto del contrato y el monto correspondiente.”*; sí puede ser cumplida y atendida por el MTC habida cuenta que todas las condiciones que se indican para la expedición de la referida Constancia de Prestación - entre las que está la relacionada con la *identificación del monto contractual* -, ya ha sido precisamente determinado de manera concreta en el aludido quinto punto controvertido.

4.5.3. *De ahí entonces que éste Colegiado estima que sobre la base de lo antes señalado, deberá declarar FUNDADO este cuarto punto controvertido, - entendido ahora como una segunda pretensión accesoria que se encuentra sujeta a lo resuelto en el quinto punto en controversia -, y por ende que el MTC extienda a favor del CONSORCIO la Constancia de prestación que contenga la identificación del objeto del CONTRATO y el monto determinado a través del presente Laudo.*

4.6. EN RELACIÓN AL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO (COMÚN): *Determinar quién deberá asumir el reembolso de los costos y costas del arbitraje que demande el presente proceso arbitral.*

4.6.1. Para finalizar, respecto de este sexto y último punto controvertido, es preciso recordar que según lo establecido en la normas de la materia, el Tribunal fijará en el laudo los costos del arbitraje, comprendiendo - entre otros-, los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios y gastos del Secretario, y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

4.6.2. Asimismo, debe tener presente que en el Acta de Instalación se dispone que los honorarios definitivos de los árbitros y del secretario arbitral se fijarán en el laudo arbitral mediante la suma de los anticipos determinados durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales, teniendo en cuenta la estimación pecuniaria de las pretensiones efectuadas por las partes, la complejidad de la materia controvertida y el desarrollo de las actuaciones arbitrales.

4.6.3. Por lo tanto, en cuanto a la determinación de los “costos del arbitraje” (entendido este como lo define el Art. 70° de la LA¹⁰), a este Colegiado le corresponde establecer quién debe asumirlas. En tal sentido, este Tribunal considera, a efectos de regular el pago de tales conceptos, revisar el correcto comportamiento procesal de las partes, y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje.

4.6.4. Así, en lo que respecta a la conducta procesal desplegada por las partes en relación a este proceso arbitral, tendremos que ambas se han comportado adecuadamente en el decurso de su tramitación, mientras que respecto a la incertidumbre jurídica que las llevó a seguir el presente proceso arbitral, este Colegiado estima que la misma sí existió.

4.6.5. En consecuencia, en atención a lo anteriormente señalado, este Colegiado se estima que tanto el CONSORCIO como el MTC sí tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar y defender su posición en esta vía arbitral, razón por la que se concluye en condenar a ambas en el pago de la totalidad de las honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Ad – Hoc, al igual que los gastos razonables incurridos por ellas para su defensa en el presente arbitraje.

4.6.6. En cuanto a lo segundo, en atención al primer anticipo de honorarios arbitrales fijado en el numeral 46) del Acta de Instalación, el segundo anticipo

¹⁰ “Artículo 70.- Costos.

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.”*

establecido por medio de la Resolución N° 14 de fecha 28 de diciembre del 2012 y, el tercer y último anticipo fijado en la Resolución N° 34 de 17 de febrero del 2014; este Colegiado fija como honorarios arbitrales definitivos, las sumas de S/. 86,000.00 Nuevos Soles netos para cada árbitro y S/. 43,000.00 Nuevos Soles netos para la Secretaría Arbitral, los mismos que ya han sido cancelados en su totalidad.

- 4.6.7. Conviene acotar de que el tercer y último anticipo de honorarios arbitrales que le correspondía al MTC, fue pagado en vía de SUBROGACION por el CONSORCIO, motivo por el cual la suma de S/. 55,500.00 (*más los impuestos de ley*), deberá ser reembolsada por aquél de acuerdo a la regla recogida en el tercer párrafo del numeral 47) del Acta de Instalación.
- 4.6.8. En conclusión, en relación a este Sexto y último punto controvertido (Común), este Tribunal Arbitral resuelve en condenar a ambas en el pago de la totalidad de las honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Ad – Hoc, debiendo asumirlas de manera proporcional (50% cada una), al igual que los gastos razonables incurridos para su defensa en el presente arbitraje y, ordenando al MTC restituya el el pago del 3° anticipo efectuado vía SUBROGACION en favor del CONSORCIO.

III. PARTE RESOLUTIVA:

Por tanto, los árbitros que suscriben, por UNANIMIDAD, expiden el siguiente Laudo:

PRIMERO.- Con respecto al Primer Punto Controvertido que corresponden a la Primera Pretensión Principal demandada: Se declara INFUNDADO; por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

SEGUNDO.- Con respecto al Segundo Punto Controvertido que corresponde a la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal demandada: Se declara INFUNDADO; por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

TERCERO.- Con respecto al Quinto Punto Controvertido que corresponde a la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: Se declara FUNDADO EN PARTE, y en consecuencia, que el MTC cumpla con pagar a favor del SUPERVISOR los montos señalados en los numerales 4.3.3 al 4.3.9 e igualmente, en relación al numeral 4.3.10, se proceda a la devolución de las dos (02) Cartas Fianzas reclamadas; por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

CUARTO.- Con respecto al Tercer Punto Controvertido que corresponde a la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal o su Subordinada: Se declara que este extremo que se pretende debe estar a lo resuelto en el punto 4.3.10 del quinto punto en controversia; por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

QUINTO.-Con respecto al Cuarto Punto Controvertido que corresponde a la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal o a su Subordinada: Se declara FUNDADO y por ende, que el MTC extienda a favor del CONSORCIO la "Constancia de Prestación" que contenga la identificación del objeto del CONTRATO y el monto determinado a través del presente Laudo; por los fundamentos expuestos en él.

SEXTO.- Con respecto al Sexto y último Punto Controvertido (Común) que corresponde a la Segunda Pretensión Principal: Condenar a ambas partes al pago de la totalidad de las honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Ad - Hoc, debiendo asumirlas de manera proporcional (50% cada una), al igual que los gastos razonables incurridos para su defensa en el arbitraje y, ordenando al el MTC que pague el monto del 3º anticipo efectuado vía SUBROGACION a favor del CONSORCIO, ascendente a la suma de S/. 55.500.00 (más los impuestos de ley).

El presente Laudo es definitivo e inapelable.



HORACIO CANEPE TORRE
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL



DANIEL MARTÍN LINARES PRADO.
ÁRBITRO



RICARDO RODRÍGUEZ ARDILES.
ÁRBITRO



JORGE LUIS HUAMÁN CACHAY
SECRETARIO