

## ARBITRAJE DE DERECHO

Seguido entre:

**CONSORCIO LR+VM CONSULTORES ASOCIADOS**  
Demandante

y

**PLAN COPESCO NACIONAL — MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y  
TURISMO**  
Demandado

Materia:

**Declaración de Cumplimiento de Obligación y otros.**

**LAUDO**

Árbitro Único:  
**ABOG. ROBERTO MARIO DURAND GALINDO**

Secretario Arbitral  
**MIGUEL SANTA CRUZ VITAL**

1 

## ÍNDICE

- I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL
- II. DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO ÚNICO
- III. INSTALACIÓN DE ÁRBITRO ÚNICO
- IV. SEDE ARBITRAL
- V. DEMANDA ARBITRAL
- VI. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
- VII. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD
- VIII. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS
- IX. AUDIENCIA DE PRUEBAS
- X. DE LA AUDIENCIA ESPECIAL DE SUSTENTACIÓN SOBRE EL CUESTIONAMIENTO DE COMPETENCIA
- XI. DE LA AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN DE HECHOS Y ASPECTOS TÉCNICOS SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.
- XII. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES
- XIII. PLAZO PARA LAUDAR:
- IVX. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DECISIÓN:
  - A. CUESTIONES PRELIMINARES
  - B. ANÁLISIS SOBRE LA MATERIA CONTROVERTIDA
  - C. NORMATIVIDAD APLICABLE
  - D. COSTAS Y COSTOS PROCESALES
- XV. LAUDO

**Resolución N° 40.**

Lima, quince de diciembre de dos mil quince.

En la ciudad de Lima, a los quince días del mes de diciembre del año dos mil quince, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales conforme a la ley y las reglas establecidas por las partes, después de haber escuchado los argumentos esgrimidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y en la contestación a la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin a la presente controversia.

**VISTOS:**

**I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL:**

El Consorcio LR+VM Constructores Asociados (en adelante, DEMANDANTE) y Plan Copesco Nacional — Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (en adelante, DEMANDADO) realizaron el Contrato de Servicio de consultoría de Obra para la elaboración del Expediente Técnico “Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa Máncora”, (en adelante, Contrato), por el monto de S/. 55,015.24 (Cincuenta y cinco mil quince y 24/100 Nuevos Soles).

En la cláusula décimo cuarta del Contrato, las partes decidieron que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, será resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido, en la normativa de contrataciones del Estado.

**II. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:**

Mediante OFICIO 3520-2013-OSCE/DDA en fecha 20 de Junio de 2013, el ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO (en adelante, OSCE) notifica la Resolución N° 2010-2013 OSCE / PRE de fecha 18 de Junio del 2013, mediante la cual se designa al Abog. Roberto Mario Durand Galindo como Arbitro Único, en la controversia surgida entre el Consorcio LR + VM Consultores Asociados y el Plan COPESCO Nacional y en fecha 01 de Julio de 2013 se acepta dicha designación.

Se deja constancia que ninguna de las partes con posterioridad a la designación del Árbitro Único ha planteado recusación o cuestionamiento alguno.

**III. INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:**

El 6 de agosto de 2013, se llevó a cabo la Instalación del Árbitro Único Ad Hoc. Declarando así el árbitro haber sido debidamente designado conforme al convenio arbitral y lo dispuesto en el Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje

aprobado Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje). Ratificó además, su aceptación al cargo y señaló no tener incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes.

En el mismo acto, se establecieron las reglas aplicables al presente arbitraje, así como los costos del mismo.

#### **IV. SEDE ARBITRAL:**

Conforme a lo establecido en la regla 3 del Acta de Instalación, el lugar del arbitraje es la ciudad Lima y la sede del arbitraje las oficinas ubicadas en calle Ramón Ribeyro 672, Oficina 101, Urbanización San Antonio, distrito de Miraflores, provincia y departamento de Lima, lugar donde se desarrollaron las actuaciones arbitrales.

#### **V. DEMANDA ARBITRAL:**

Mediante Resolución N° 1, de fecha 14 de noviembre de 2013, se admitió a trámite la demanda planteada por el DEMANDANTE. En la misma, a través de su escrito "Demandra Arbitral", de fecha 26 de agosto de 2013 se presentaron las siguientes pretensiones:

##### **Pretensión Principal (1):**

Se declare que el Consorcio LR+VM Consultores Asociados conformado por los arquitectos Lincoln Rodriguez Cabellos y José Vigo Moromisato no han incurrido en "cumplimiento defectuoso ni en "accionar negligente" en la elaboración del Expediente Técnico "Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa de Máncora", al haberse elaborado el expediente técnico conforme a los términos de referencia previstos en las bases integradas, perfil de inversión, incorporando en el diseño, arquitectónico y estructural, elementos suficientes para dotar al proyecto de una adecuada protección contra oleajes.

##### **Pretensión principal (2):**

Se declare que el "Componente Protección del Malecón Turístico de la Zona Central de la Playa Máncora" no forma parte de las intervenciones materia del contrato de consultoría para la elaboración del expediente técnico, de fecha 06 de marzo de 2009, suscrito entre el Plan COPESCO Nacional y el consorcio conformado por los Arquitectos Lincoln Rodriguez Cabellos y José Vigo Moromisato, consecuentemente, no forma parte de las prestaciones a cargo del consorcio.

##### **Pretensión principal (3):**

Se declare que el Consorcio LR+VM Consultores Asociados, no se encuentran obligados a pagar ni en forma individual ni solidaria a favor del Plan COPESCO Nacional – MINCETUR, la suma de S/. 723,969.21 (Setecientos veintitrés mil novecientos sesenta y nueve y 21/100 Nuevos Soles) por concepto de daños y

perjuicios provenientes de los daños producidos por los oleajes anómalos ocurridos en septiembre del 2011.

## **FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA:**

### **Respecto de la Primera Pretensión Principal:**

1. El DEMANDANTE manifiesta que, conforme a los plazos previstos en el Contrato, cumplió con presentar los entregables correspondientes a cada etapa; debidamente acreditados.
  - El primer entregable, correspondiente a la primera etapa, respecto a estudios preliminares y anteproyecto, se entregó dentro del plazo contractual el 22 de junio de 2009, mediante Carta Nº 012-2009-LRC-Máncora.
  - El segundo entregable, correspondiente a la segunda etapa, respecto al estudio de suelos, análisis del impacto ambiental y planos preliminares, se entregó dentro del plazo contractual el 14 de agosto de 2009, mediante Carta S/N-2009-LRC-Máncora.
  - El tercer entregable, correspondiente a la tercera etapa, respecto al informe final, se entregó dentro del plazo contractual el 18 de septiembre de 2009, mediante Carta Nº 018-2009-LRC-Máncora.
2. A lo que, indica el DEMANDANTE, el DEMANDADO emitió la Resolución Directoral Nº 114-2009-MINCETUR-COPESCO-DE, aprobándose el expediente técnico del proyecto y dando por cumplida la prestación del Consorcio.
3. Es así como el DEMANDANTE señala que, el 9 de noviembre 2009 el DEMANDADO licitó la ejecución de la obra "Acondicionamiento Turístico De La Playa De Máncora", por el monto de S/. 3'401,283.76 (Tres millones cuatrocientos y un mil doscientos ochenta y tres y 76/100 Nuevos Soles), resultando ganador de la buena pro el Consorcio Unión VPM, conformado por las empresas Montes Hermanos SRL y V.P. Group Investment & Construcción SAC, suscribiéndose el contrato de ejecución de obra el 22 de diciembre del 2009. Dándose, el 22 de enero del 2010, inicio a la ejecución de la obra y concluyéndose la misma según acta de recepción, de fecha 17 de mayo de 2011, siendo transferida de inmediato a la Municipalidad de Máncora.
4. Ahora, el DEMANDANTE refiere que, con fecha de septiembre de 2011, tres meses después de que la obra se concluyera y pusiera al servicio del usuario, ocurrieron oleajes anómalos de carácter extraordinario, afectando toda la costa norte del país, muy superiores a los ocurridos en años anteriores, afectándose la obra.

**Sobre las imputaciones del Plan COPESCO en la solicitud de conciliación, que generaron una incertidumbre jurídica y justifican la interposición de la demanda del CONSORCIO:**

5. El DEMANDANTE expresa que en la solicitud de conciliación, el DEMANDADO le imputa responsabilidad por los daños ocurridos en setiembre de 2011 en el malecón turístico de la playa Mancora, a consecuencia de los oleajes anómalos, al no haber considerado el DEMANDANTE, en la ejecución del servicio de elaboración del expediente técnico, elemento o estructura alguna que neutralizara la vulnerabilidad de la zona por el comportamiento dinámico de las aguas del mar, junto a factores estacionales climatológicos y meteorológicos.
6. El DEMANDANTE sostiene que el DEMANDADO señala, en su solicitud de conciliación, que la deficiencia del expediente técnico ocasionó un grave perjuicio económico al Estado y, por consiguiente, la pretensión de solicitar el resarcimiento por daños y perjuicios el DEMANDADO lo sustenta en:
  - a. La ubicación.- El DEMANDADO refiere que el problema se inicia con la ubicación de la obra, zona vulnerable y, en la fecha del inicio de la construcción ya se conocía los antecedentes sobre el comportamiento anómalo del mar.
  - b. El diseño arquitectónico.- El DEMANDADO asevera que la edificación se hizo sobre un terreno a treinta metros de la línea de alta marea; que se trataba de una zona vulnerable, y en la fecha del inicio de la construcción ya se conocía los eventos anómalos. Evidenciándose así que no se contempló el avance de las aguas, habiendo restado continuidad a los muros de contención, y viéndose disminuido el efecto barrera y facilitando por lo tanto el ingreso del agua.
  - c. La estructuración.- el DEMANDADO afirma que, en el caso del malecón, el agua socavó el suelo donde se apoya la infraestructura, provocando que éste se deslizara fuera de su eje, colapsando las estructuras de los pisos de la plazuela; y, probándose que no se cumplió con los parámetros de resistencia y estabilidad de la obra, lo cual explica lo sucedido con los muros de contención de las plazuelas 1 y 2.
  - d. La vulnerabilidad.- Para el DEMANDADO, el DEMANDANTE no tomó en cuenta el comportamiento de las aguas del mar junto a los factores climatológicos y meteorológicos, dejando antecedentes sobre ocurrencia de eventos destructivos ocurridos antes de formularse el expediente técnico.
7. Es en tal sentido, que el DEMANDANTE alega que en el presente proceso busca demostrar haber elaborado el expediente técnico a su

cargo, de conformidad con los términos de referencia establecidos en las bases integradas, de las que no se aprecia la exigencia de diseñar un componente de protección del malecón contra oleajes anómalos, y que las consecuencias de los oleajes anómalos ocurridos en septiembre de 2011, por su naturaleza extraordinaria, no eran pasibles de una previsión razonable. Por lo que, en consecuencia, el DEMANDANTE no es responsable por los daños ocurridos.

### **De la ejecución del CONTRATO**

8. El DEMANDANTE afirma que, conforme al expediente técnico aprobado mediante Resolución Directoral N° 114-2009-MINCETUR-COPESCO-DE, la elaboración del mismo se realizó en estricto cumplimiento con el Contrato, tomando en cuenta lo expresamente previsto en las bases integradas y en los términos de referencia.
9. Así, el DEMANDANTE manifiesta que, en las bases y términos de referencia del Contrato, se puede apreciar que el componente protección del malecón turístico de la playa de Máncora no formó parte de los términos de referencia y, consecuentemente, no fue parte de las prestaciones a cargo del DEMANDANTE, previstas en el Contrato.
10. En ese aspecto, a fin de una exposición más específica, el DEMANDANTE cita los términos del Contrato relacionados a los alcances e implicancias del proyecto, que establecen la obligación de adecuar la elaboración del expediente técnico a los parámetros del estudio de pre inversión:
  - a. La declaración de viabilidad del precitado estudio de pre inversión ha sido otorgada por la oficina de programación e inversiones del ministerio de comercio exterior y turismo con fecha 10 de julio del 2008, según consta en el correspondiente formato SNIP-02 sustentado en el informe técnico N° 173-2008-MINCETUR/SG/OGPPD, de fecha 10 de julio de 2008.
  - b. La elaboración del expediente técnico detallado debe ceñirse a los parámetros bajo los cuales fue otorgada la declaración de viabilidad y observar el cronograma de ejecución del estudio de pre inversión con el que se declaró la viabilidad.
  - c. En cualquier etapa en la que se encuentre el servicio, la entidad rechazará el expediente técnico si éste no se ha desarrollado respetando los alcances establecidos en el estudio de pre inversión aprobado; reservándose el derecho de resolver el contrato por incumplimiento del consultor. El estricto cumplimiento de los alcances establecidos en el estudio de pre inversión, es de exclusiva responsabilidad del consultor.

11. El DEMANDANTE indica que es en dicho contexto que, en la elaboración del expediente técnico, sí tomo en cuenta los objetivos específicos y generales indicados en los términos de referencia del proceso de selección, pues tales obligaban a realizar los estudios básicos necesarios para conocer el entorno en el que se ejecutaría el proyecto. En tal sentido, destaca el DEMANDANTE, el desarrollo del expediente técnico se ciñó a lo establecido en el estudio de pre inversión aprobado.
12. Señala así el DEMANDANTE que los estudios básicos fueron desarrollados de acuerdo a los términos de referencia y del CONTRATO, los cuales fueron presentados, revisados y aprobados en su oportunidad por los funcionarios acreditados del DEMANDADO para tal fin, mediante el informe N° 119-2009-MINCETUR-COPESCO/MVP, de fecha 7 de julio 2009 (primer informe); informe N° 129-2009-MINCETUR-COPESCO/MVP, de fecha 17 de agosto 2009 (segundo informe); informe N° 151-2009-MINCETUR-COPESCO/MVP, de fecha 2 de noviembre 2009 (tercer informe), en las sucesivas etapas de la consultoría.
13. Detalla el DEMANDANTE que los estudios básicos consistieron en:
  - (1) levantamiento topográfico,
  - (2) evaluación ambiental preliminar,
  - (3) informe de levantamiento de servicios básicos,
  - (4) informe de vulnerabilidad
  - (5) informe de mecánica de suelos.
14. Con respecto al incumplimiento del deber de informar oportunamente al DEMANDADO sobre cualquier modificación inconcurrencia o factor que pudiera generar alteración de los alcances establecidos en el estudio de pre inversión, el DEMANDANTE expresa que durante los trabajos de campo no se presentaron los supuestos de hecho para efectuar la información.
15. En lo referido a la protección y a la seguridad del proyecto, el DEMANDANTE refiere que sí fueron incorporados en el diseño del mismo, encontrándose acreditados con el cálculo del diseño del muro de contención desarrollado por el especialista estructural del DEMANDANTE, el ingeniero Jorge Romero Sotelo, al considerar la magnitud de los oleajes propios de la zona, hasta por un rango de 27 veces superior al empuje de las olas sobre el muro.
16. Por lo que, el DEMANDANTE refiere que los oleajes que generaron el daño fueron por su magnitud extraordinarios e imprevisibles, resultando eventos anómalos ocurridos por caso fortuito o de fuerza mayor.
17. En dicho sentido, el DEMANDANTE sostiene, como fundamento principal de su pretensión que en ninguna parte de los términos de referencia se señala con claridad y precisión la obligación del DEMANDANTE de diseñar un sistema de protección contra oleajes anómalos, lo cual

involucraría otras obras de diferente especialidad y envergadura, como son espigones, rompe muelles o alimentación artificial de playa. Agrega que ello no era parte de su prestación ni especialidad contratada, ni estaba previsto ni presupuestado en el perfil entregado por el DEMANDADO.

**Respecto de la Segunda Pretensión Principal:**

**De la inexistencia de obligación de incluir un componente de protección contra oleajes**

1. El DEMANDANTE menciona que el proyecto "Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa de Máncora - Componente Protección del Malecón Turístico" no constituyó obligación a su cargo, sino por el contrario formó parte de otro proyecto distinto viabilizado por el mismo DEMANDADO.
2. El DEMANDANTE expone que, conforme se puede advertir de la Resolución Directoral Nº 159-2011-MINCETUR/COPESCO-DE, de fecha 03 de agosto de 2011 en su tercer considerando, se refiere expresamente a la elaboración del expediente técnico del proyecto "Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa de Máncora - Componente Protección Del Malecón Turístico", el mismo que fue elaborado por el Ingeniero Civil Ricardo Blanco Cassana en merito a la orden de servicio Nº 2010-00374 del año 2010. De lo que, alega el DEMANDANTE, se aprecia que "dicha orden de servicio es muy anterior a la fecha en la que se presentaron los fenómenos anómalos de fuertes oleajes, que ocasionaron la afectación del malecón".
3. De tal modo, al DEMANDANTE le resulta válido aseverar que el DEMANDADO estaba absolutamente advertido de la necesidad de incorporar, en la infraestructura turística de la zona central de la playa Máncora, el componente de protección del malecón turístico, tanto es así que desde el año 2010 ya se habían iniciado los actos destinados a su ejecución, como es la designación del consultor a cargo de dicho componente, designándose al Ingeniero Civil Ricardo Blanco Cassana.
4. Es por eso que el DEMANDANTE indica que mal se haría que se le impute un supuesto incumplimiento contractual por no diseñar un componente de protección contra oleajes anómalos, cuando dicho componente fue encargado a otro consultor, el mismo que elaboró el componente de protección. Hechos ocurridos con anterioridad a la presencia de los oleajes anómalos.
5. Al respecto, el DEMANDANTE resalta que el expediente técnico contratado no consideró entre las metas del perfil la construcción de un sistema de protección contra oleajes, por tanto no contaban con presupuesto aprobado en el referido perfil. Por esta razón, el

DEMANDANTE señala que el DEMANDADO aprobó el expediente técnico sin exigir esta meta, por cuanto no podía exigir una meta que no había contratado como parte del expediente técnico. Añade que si durante la etapa de ejecución de obra el DEMANDADO no consideró la construcción del aludido sistema de protección contra oleajes, es una responsabilidad ajena a su parte y de exclusiva responsabilidad del DEMANDADO.

6. El DEMANDANTE refiere que el DEMANDADO, apresuradamente y sin contar de modo previo con el expediente técnico y la obra del Componente Protección del Malecón Turístico, efectuó primero la construcción del proyecto "Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa de Máncora", por lo que es de su entera responsabilidad.
7. El DEMANDANTE sostiene no ser responsable de las imputaciones que efectúa el DEMANDADO, por la inexistencia en el proyecto de un componente de protección del malecón, por dos motivos esenciales:

Dicho componente no se encuentra señalado como tal en las intervenciones materia del consultor, establecidas expresa y taxativamente en el numeral 4. De los términos de referencia, bases integradas, que forman parte del Contrato.

Dicho componente estaba considerado como un proyecto independiente, un expediente técnico que contenía sus propios planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto, conforme queda acreditado con la Resolución Directoral N° 159-2011-MINCETUR/COPESCO-DE.

8. Al respecto, el DEMANDANTE sostiene que el expediente técnico contratado no consideró entre las metas contenidas en los términos de referencia, que son de cumplimiento obligatorio (según el numeral 8 de los mismos). La construcción de un sistema de protección contra oleajes se consideró en el perfil aprobado por el DEMANDADO, lo que comprueba que ni en dicho perfil, ni en los términos de referencia, se contaba con presupuesto aprobado alguno para dicha intervención.
9. El DEMANDANTE afirma que por tales razones el DEMANDADO aprobó el expediente técnico sin exigir dicha meta, por cuanto no podía demandar una meta que no había contratado como parte del expediente técnico. Y que, si durante la etapa de ejecución de obra el DEMANDADO no consideró la construcción del aludido sistema de protección contra oleajes, fue una responsabilidad ajena al DEMANDANTE y de exclusiva responsabilidad del DEMANDADO.

#### **Respecto a la imputación de deficiencias señaladas**

10. El DEMANDANTE niega y contradice las imputaciones de deficiencias que el DEMANDADO respecto a la ubicación, diseño arquitectónico, estructuración y vulnerabilidad.

#### De la ubicación

11. El DEMANDANTE menciona que la ubicación fue designada por el DEMANDADO, sobre la cual se erigió el nuevo proyecto de remodelación ubicado a una distancia de treinta metros de la línea de alta marea. Al respecto, el DEMANDANTE asevera que su obligación era desarrollar el "acondicionamiento turístico de la zona centro de la playa de Máncora", derivada del proceso de selección adjudicación directa, conforme a las bases y el perfil de inversión aprobado y entregado por el DEMANDADO.
12. Del expediente técnico presentado por el DEMANDANTE, éste asevera que sí diseñó el proyecto para resistir las masas de agua como consecuencia de oleajes, y se acredita con el informe del ingeniero estructural que forma parte del expediente. Con dicha acción, prosigue, la estructura podía soportar, disipar y estabilizar con seguridad un comportamiento con oleajes del mar hasta lo técnicamente razonable y previsible.

#### Del diseño arquitectónico

13. El DEMANDANTE alega que, habiendo considerado el comportamiento moderado de las aguas del mar, el diseño arquitectónico se basó en la ampliación, y reforzamiento del antiguo malecón, dotándolo de un mirador y servicios higiénicos, manteniendo el ingreso a la playa.
14. Manifiesta también el DEMANDANTE que consideró la construcción de plazas partiendo de un eje de circulación peatonal paralelo a la playa y elevando el nivel del terreno natural con la finalidad de mejorar la perspectiva de visión, encerrados en un muro de contención debidamente arriostrado que circunda todo el perímetro de la estructura haciéndolo monolítico, para protegerlo de una eventual subida del nivel de la marea.
15. Por último, el DEMANDANTE manifiesta que el acceso a la playa, contemplado en el expediente técnico, se hace a través de tres escaleras simétricamente ubicadas que no rompen la continuidad de los muros de contención sino que, por el contrario, ayudan a disipar los efectos del oleaje. Éste último efecto no se ha dado por el inadecuado procedimiento constructivo utilizado, lo que se corrobora con el informe pericial del Ingeniero Civil Sadot de José Flores Mendoza.

#### De la construcción

16. El DEMANDANTE indica que el ingeniero Jorge Andrés Romero Sotelo, especialista en estructuras, atendiendo al comportamiento de las mareas

que producen oleajes que llegan al malecón existente, y considerando el nuevo diseño arquitectónico, modeló para el cálculo de diseño de la estructura dos casos de los efectos del agua marina sobre el muro de concreto del malecón.

El primero.- Se modeló la fuerza marina de la ola de tal manera de que ésta sobre la altura del muro tendría que ser veintisiete veces más que lo normal para que el acero colocado trabaje al 100%. Es decir, que a ese límite la estructura soporta los embates de los maretazos.

El segundo.- Se modeló la fuerza marina de la ola, por encima del muro del concreto tendría que alcanzar una altura de 6.00mts. Para que el acero colocado trabaje al 100% es decir que a ese límite la estructura soporta los embates de los maretazos.

17. Por lo que, a decir del DEMANDANTE, el resultado de los cálculos del diseño respondieron al accionar anómalo del oleaje que se han presentado dentro de los límites técnicamente razonables. Sin embargo, los eventos excepcionales e imprevisibles que excedieron lo considerado en dicho cálculo, aunados al inadecuado procedimiento constructivo (según las conclusiones del informe pericial del ingeniero civil Flores Mendoza) han incidido en la estructura de la zona de la plazuela N° 01, zona donde la incidencia ha sido mayor, y los efectos del oleaje con tendencia a disminuir en la rotonda y la plazuela N° 02.

#### De la vulnerabilidad

18. El DEMANDANTE señala que la zona, por su cercanía a la línea de alta marea, está expuesta a los embates propios de las mareas de la zona con presencia de oleajes típicos y fuertes. Por esta razón se consideró los dos modelos de diseño estructural explicados anteriormente y así se concluyó la no vulnerabilidad conforme a la conclusión del informe de vulnerabilidad que forma parte del proyecto. Es así como el DEMANDANTE afirma haber ponderado los riesgos de posibles oleajes anómalos y se priorizó el diseño del muro de contención en todo el perímetro; que se cimente sobre un terreno firme y sólido; que actúe monolíticamente; que confine las zonas donde se levantarán las plazuelas 01 y 02; y, que garantice tanto la resistencia como la estabilidad de la infraestructura.
19. El DEMANDANTE asevera que el diseño que presentó se ajusta a los alcances del Contrato y a las recomendaciones comunicadas por la Municipalidad de Mánpora al DEMANDADO a pesar de que este último no le comunicara nada al DEMANDANTE. En consecuencia, el DEMANDANTE manifiesta que para considerarse un sistema de protección contra oleajes, correspondería a una ampliación del contrato de consultoría, que no habiendo sido así, mereció de parte del DEMANDADO la necesidad de elaborar un nuevo proyecto complementario denominado: Acondicionamiento Turístico de la Zona

Centro de la Playa Máncora - "Componente Protección de Malecón Turístico". Se señala además que un sistema de protección contra oleajes iba a implicar la intervención de otras obras de diferente especialidad a la de edificaciones y de distinta envergadura no previstas como parte de su prestación.

20. Para el DEMANDANTE la invulnerabilidad de la zona estaba sustentada y garantizada por la memoria de cálculo del especialista estructural. Agrega que, le es importante precisar que los mareazos que ocasionaron las inundaciones y leve arenamiento de la zona se produjeron durante la ejecución de la obra, siendo consecuente que en ese momento el DEMANDADO o el supervisor de obra hubiese dispuesto lo siguiente:
  - a) La paralización de la obra;
  - b) La ejecución de un nuevo componente complementario de protección
  - o
  - c) La consulta pertinente al DEMANDANTE para su pronunciamiento.
21. Al respecto, el DEMANDANTE asegura que ninguna de las tres disposiciones se cumplió, lo que evidencia que los hechos sucedieron posteriormente a la aprobación del expediente técnico, sin notificarse al DEMANDANTE por no corresponderle al haber cumplido éste con lo exigido en las bases y Términos de Referencia.
22. El DEMANDANTE así enfatiza que los requisitos establecidos en el proyecto referidos a los procesos constructivos, aunado a los eventos extraordinarios y de imprevisibilidad de las mareas, ocasionó los daños materia de la imputación hecha por el DEMANDADO respecto al "deficiente desarrollo del expediente técnico" en materia de vulnerabilidad.
23. Por lo tanto, para el DEMANDANTE la supuesta deficiencia en la formulación del expediente técnico no es tal en la medida que, como se ha demostrado, sí se consideró en el cálculo del diseño estructural el dimensionamiento de los elementos estructurales (muros de contención) y de la cimentación, que en conjunto garantizan la resistencia, estabilidad y seguridad de la estructura para soportar y disipar el embate de los oleajes propios de la zona dentro de los márgenes considerados en el diseño.
24. En ese sentido, el DEMANDANTE refiere que los daños ocurridos en la obra son consecuencia de los fenómenos extraordinarios e imprevisibles ocurridos en el litoral que se califican como hechos fortuitos y que merecen un tratamiento especial por parte del DEMANDADO al no estar dentro de los alcances del proyecto elaborado por su parte y que, por lo tanto el Plan COPESCO debió prever un estudio integral de protección contra los oleajes anómalos imprevisibles en toda la zona costera del malecón de Máncora a efectos de proteger la inversión realizada.

#### De la presencia de oleajes anómalos

25. Con respecto a los oleajes presentados en el mes de septiembre del 2011, el DEMANDANTE subraya que los mismos fueron de naturaleza imprevisible y no oleajes anómalos acostumbrados, ni de la magnitud de los ocurridos en el año 2009, sino que por su magnitud escaparon de cualquier sentido de previsión, configurándose como un caso fortuito o de fuerza mayor (conforme al artículo 1315 del Código Civil). Agrega entonces que, lo sucedido en el referido malecón como en el balneario en general no es una causa imputable al DEMANDANTE.
26. El DEMANDANTE sostiene que, conforme al expediente técnico, el proyecto se elaboró previendo la fuerza del mar con olas de hasta veintisiete veces la fuerza normal de una ola y hasta seis veces la altura del muro de contención. Estando dicha fundamentación acreditada con el propio expediente técnico, y con la pericia de parte.
27. El DEMANDANTE menciona que la protección contra oleajes imprevistos (de magnitudes como los ocurridos en Mancora), requiere de un proyecto de mayor envergadura que consideren un sistema de protección contra oleajes, y no de uno destinado a la remodelación del parque de la playa Mancora, cuya definición conforme al Reglamento Nacional de Edificaciones Norma GE-040 se refiere a obras destinadas a mejorar y devolver la operatividad a construcciones existentes.
28. El DEMANDANTE asevera que el componente del sistema de protección contra oleajes no se especifica como tal en las metas materia de la consultoría, ni se establece expresa y taxativamente en los términos de referencia, por lo que su parte, a pesar de ello, cumplió con el objeto del Contrato. Además, destaca que de dicho expediente técnico elaborado, el DEMANDADO se valió para licitar la obra, ejecutarla y transferirla a la municipalidad de Mancora, no habiendo efectuado reclamo alguno durante todo el proceso, habiendo tenido la potestad de postergar la ejecución de la misma para desarrollar primero el componente de protección del malecón contra los oleajes.
29. Concluye el DEMANDANTE alegando que los oleajes anómalos, imprevisibles, extraordinarios e irresistibles ocurridos en la localidad de Mancora en el mes de setiembre de 2011, que generaron daños en el malecón de la zona centro de la playa Mancora, constituyeron eventos asimilados al caso fortuito y a la fuerza mayor, razón por la que incluso, de existir obligación de previsión, la magnitud de los oleajes fueron de una naturaleza que constituyen una causa no imputable contra el DEMANDANTE.

**Respecto de la Tercera Pretensión Principal:**

**De la acción de control y la nulidad del Informe 005-2011-02-5302, por evidente afectación al derecho de defensa**

1. El DEMANDANTE manifiesta que el DEMANDADO sustentó su solicitud de conciliación mediante informes emitidos por su oficina de auditoría interna. Con referencia a dichos informes el DEMANDANTE indica que éstos fueron elaborados por el órgano de control institucional sectorial del DEMANDADO sin habersele permitido de modo alguno el ejercicio al derecho de defensa, toda vez que durante la elaboración de los referidos informes el DEMANDANTE nunca recibió ninguna comunicación o notificación del Plan COPESCO Nacional, ni del órgano de control institucional, a fin de solicitarle su descargo. Por lo que, en consecuencia, el DEMANDANTE afirma que con la emisión de dichos informes la oficina de control interno del DEMANDADO, se ha violentado su irrestricto derecho constitucional a la defensa.
2. Con referencia al Informe Nº 001-2011.Jb, de fecha 29 de diciembre de 2011, que apunta que "no se ha cumplido con el objetivo establecido en el numeral 4 de los términos de referencia en cuanto a la necesidad de contar con los estudios necesarios que sustente la ingeniería de proyecto", el DEMANDANTE señala al respecto lo citado no se ajusta a la verdad, pues si ha cumplido con realizar los estudios básicos referidos al 1) informe de levantamiento topográfico, 2) evaluación ambiental preliminar, 3) informe de levantamiento de servicios básicos, 4) informe de vulnerabilidad y 5) informe de mecánica de suelos. Habiendo sido presentados dichos informes con el primer y segundo informe, debidamente evaluados y revisados, y aprobados por los especialistas funcionarios acreditados del DEMANDADO.
3. A su vez, del Informe de auditoría Nº 005-2011-02-5302, "examen especial a la ejecución de los proyectos de inversión pública por la unidad ejecutora 004 Plan Copesco Nacional, periodo 2009-2010", el órgano de control institucional sectorial realizó acciones de control, encontrando, entre otras, la siguiente observación:

"... Aprobación de Expediente Técnico de la Obra: Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la playa Máncora, sin considerar una adecuada protección contra oleajes, lo que tampoco fue advertido durante la ejecución de la obra, que originó que el componente remodelación del parque de la playa Máncora, se encuentre parcialmente colapsado a menos de tres meses de culminada la obra al haber sido afectada seriamente por los oleajes producidos en la zona..."

4. De lo citado, el DEMANDANTE expresa que el expediente técnico contratado no consideró entre las metas contenidas en los términos de referencia, la construcción de un sistema de protección contra oleajes, como tampoco el perfil de pre inversión aprobado por Plan COPESCO

Nacional, debido a que en dicho perfil ni en los términos de referencia no se contaba con presupuesto aprobado alguno para dicha intervención.

5. Así, el DEMANDANTE refiere que por dicha razón, el DEMANDADO aprobó el expediente técnico sin exigir esa meta, por cuanto no podía requerir una meta que no había contratado como parte del expediente técnico. Si durante la etapa de ejecución de obra Plan COPESCO Nacional no consideró la construcción del aludido sistema de protección contra oleajes, es una responsabilidad exclusiva del DEMANDADO, ajena al DEMANDANTE.
6. El DEMANDANTE sostiene que al haberse ejecutado y entregado la obra a la Municipalidad de Máncora, por parte del DEMANDADO, hubo una aprobación del proyecto. Habiendo sido dichas actividades de ejecución de obra posteriores a la culminación del Contrato, y por tanto ajenas al DEMANDANTE, pues éste no participó en la ejecución de la citada obra, dejando constancia que en el transcurso de su ejecución no se le notificó ni formuló reclamo, observación ni incumplimiento alguno efectuado por el DEMANDADO, ni se le convocó en calidad de proyectistas para emitir opinión técnica sobre los oleajes que ocurrían.
7. El DEMANDANTE menciona que, conforme se puede apreciar del Informe de Auditoría N° 05-2011-02-5302, su parte no fue citada al proceso de control, no permitiéndosele efectuar sus explicaciones, ni ejercer su derecho de defensa, ni al debido proceso de control, resultando nulo el citado acto administrativo de control.
8. El DEMANDANTE, citando la novena disposición final de la Ley N° 27785, "Debido proceso de control", asevera que la conclusión a la que arriban los informes cuestionados no toman en cuenta que el proyecto, "Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa de Máncora - Componente Protección del Malecón Turístico" no constituye obligación a cargo del DEMANDANTE, sino por el contrario, forma parte de otro proyecto distinto, no habiendo consultado al DEMANDANTE, ni tomado en cuenta consideraciones que resultan sustanciales y pertinentes.
9. En consecuencia, el DEMANDANTE alega que los informes emitidos por la oficina de control interno del DEMANDADO, al haberse emitido sin notificación, comunicación ni otorgamiento del derecho a descargo al DEMANDANTE derechos que sí fueron reconocidos a los funcionarios del DEMANDADO, se violentó su derecho constitucional a la defensa y al debido procedimiento de control.

**De la ejecución del proyecto "Acondicionamiento turístico de la zona centro de la playa de Máncora - Componente de protección del malecón turístico"**

10. El DEMANDANTE advierte por otra parte, que la Resolución Directoral N° 159-2011-MINCETUR/COPESCO-DE, de fecha 03 de agosto de 2011 aprobó el expediente técnico del proyecto "Acondicionamiento turístico de la zona centro de la playa de Máncora - Componente protección del malecón turístico", el mismo que fue elaborado por el Ingeniero Civil Ricardo Blanco Cassana según la Orden de Servicio No 2010-00374 del año 2010.
11. Ante ello, el DEMANDANTE afirma que la orden de servicio emitida para la elaboración del expediente técnico del proyecto "Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa de Máncora" es muy anterior a la fecha en la que se presentaron los fenómenos anómalos de fuertes oleajes, que ocasionaron la afectación del malecón, lo que evidencia que las autoridades y funcionarios del DEMANDADO, en el año 2010, tuvieron plena conciencia de la necesidad de ejecutar el componente de protección del malecón turístico de la playa de Máncora.
12. Lo mencionado, a decir del DEMANDANTE, es fundamental para su pretensión, por cuanto, no se le puede imputar el incumplimiento de incorporar en el proyecto a su cargo un componente de protección e imputarle, como consecuencia de no haberlo previsto, el daño por presencia de un oleaje anómalo, ascendente a la suma de S/. 723,969.00 (Setecientos veintitrés mil novecientos sesenta y nueve y 00/100 Nuevos Soles), cuando el propio DEMANDADO lo había considerado necesario y urgente en los proyectos a ejecutarse referidos a la zona centro de la playa de Máncora.
13. El DEMANDANTE manifiesta que lo cierto es que, con fecha 4 de agosto de 2011, días antes de la ocurrencia del oleaje anómalo, el MINISTERIO dispuso la exoneración N° 002-2011-MINCETUR/COPESCO para la ejecuciones de la obra "Acondicionamiento Turístico De La Zona Centro de la playa de Máncora - Componente Protección Del Malecón Turístico", por un monto de s/. 410,848.65 (Cuatrocientos diez mil ochocientos cuarenta y ocho y 65/100 Nuevos Soles).
14. Es así como el DEMANDANTE indica que el 5 de agosto de 2011, un día después de aprobar la mencionada exoneración N° 002, el DEMANDADO suscribió el contrato de ejecución de obra con VP Group Investment & Construcción S.A.C, empresa conformante a su vez del consorcio UNION VPM, que tuvo a su cargo la ejecución de la obra.
15. Ante ello, el DEMANDANTE prosigue, señalando que dicho contrato fue incumplido, pues el contratista abandonó la obra, haciéndose merecedor de una sanción de doce (12) meses de inhabilitación temporal, conforme a la Resolución N° 1313-2013-TC-S2.
16. Siendo así que el DEMANDANTE expresa que el 9 de diciembre de 2011, tras los oleajes anómalos que generaron los daños en el malecón de la

zona centro de la playa Máncora, el DEMANDADO convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 20-2011-MINCETUR/COPESCO/CEP, para la ejecución de la obra "Reparación de los daños de la zona centro de la playa Máncora". Habiendo ganado dicha adjudicación de menor cuantía nuevamente la empresa contratista VP Group Investment & Construcción S.A.C, la que fue miembro del consorcio UNION VPM, que ejecutó la obra y lo que el DEMANDANTE refiere como un acto de suspicacia.

17. De lo último, el DEMANDANTE menciona que dicho contrato también fue incumplido, abandonando el contratista la obra; haciéndose merecedor de una sanción de doce (12) meses de inhabilitación temporal, conforme a la Resolución N° 901-2013-TC-S2.
18. Siendo así que, en base a lo expuesto, el DEMANDANTE solicita que se declaren fundadas las pretensiones formuladas en su escrito de demanda.

#### **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA ARBITRAL Y LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD:**

El DEMANDADO manifiesta, a través de su escrito "Propone Excepción y Contesta Demanda", que sin perjuicio de absolver la contestación de la demanda propone la excepción de caducidad, solicitando que se declare fundada y se ordene el archivo definitivo de los actuados arbitrales

#### **VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

##### **FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

###### **Respecto de su posición sobre la Primera y Segunda Pretensión Principal:**

1. El DEMANDADO sostiene que, en relación a la primera y segunda pretensión del DEMANDANTE, se deberá tener en cuenta lo opinado en el Informe Técnico Legal Ampliatorio N° 089-2013-MINCETUR/COPESCO-AL-SELGL, de fecha 24 de julio de 2013, que precisa que: "[...] de acuerdo a los términos de referencia del proceso de Adjudicación Directa Selectiva N° 003-2009-MINCETUR/COPESCO/CE y lo establecido en el numeral 12 del Anexo I del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, aplicable por temporalidad, que señala que el Consultor de Obras, es la persona natural o jurídica, que presta servicios profesionales altamente calificados consistente en la elaboración del expediente técnico de obras, se precisa que constituía obligación del consultor desarrollar el sistema de protección contra oleajes, pues se encontraba contemplado en los alcances (objetivos generales y específicos de los

terminos de referencia) de la elaboración del expediente técnico para "Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa Máncora".

2. El DEMANDADO prosigue indicando que, habiendo culminado el procedimiento sancionador con la Resolución N° 1686-2013-TC-S1 de fecha 5 de agosto de 2013, el Tribunal de Contrataciones del Estado resolvió sancionar a Lincoln Rodríguez Cabellos y José Hernando Vigo Moromisato, integrantes del DEMANDANTE y determinó que sí constituía obligación del referido consorcio desarrollar un sistema de protección de oleajes. Y, que: "[...] el hecho que con posterioridad se haya aprobado el expediente técnico del proyecto "Acondicionamiento turístico de zona centro de la Playa de Máncora - Componente Protección de Malecón Turístico" mediante la Resolución Directoral N° 159-MINCETUR/COPESCO-DE, de fecha 3 de agosto de 2011, no exime de responsabilidad al mencionado consorcio".
3. De la referida resolución, el DEMANDADO alega que se desprende que el DEMANDANTE actuó con negligencia al no haber considerado en el expediente técnico un sistema de protección adecuado, situación que originó la afectación y deterioro de la infraestructura.

**Respecto a la vulneración de la obra y la imprevisibilidad de los denominados oleajes anómalos:**

4. El DEMANDADO asegura que lo formulado por el DEMANDANTE en este aspecto es falso; que los oleajes que afectaron la obra no eran de naturaleza imprevisible, pues el mismo DEMANDANTE, al presentar los estudios de suelos elaborado por SENCICO, durante la elaboración del expediente técnico, conocía que la obra se realizaría en una zona afectada por el fenómeno del niño, evento natural que origina el incremento de mareas cuya presencia es regular en dicha zona. Así, el DEMANDADO detalla que se desprende del numeral 1.3, Condiciones Climáticas, del referido estudio que "Es importante resaltar que por presencia del fenómeno El Niño, la ciudad se ha visto abatida por precipitaciones muy fuertes que han hecho colapsar viviendas edificaciones y puentes."
5. Es así como, según el DEMANDADO, se colige que el DEMANDANTE conocía sobre la vulnerabilidad de la zona, debiendo plantear un diseño estructural y de cimentación adecuada. Así como también desarrollar un sistema de protección para asegurar y disipar los embates de los oleajes del mar de Máncora, conforme a los considerandos de la Resolución N° 1686-2013-TC-S1 que desvirtúa la posición del DEMANDANTE, evidenciándose que no cumplió con los objetivos específicos y generales de los términos de referencia de la ADS N° 003-2009-MINCETUR/COPESCO-CE, al no desarrollar un sistema de protección contra oleajes. Siendo así que tal incumplimiento originó que la obra

entregada en mayo de 2011, se encontrara en estado precario, ocasionando un grave daño y perjuicio al DEMANDADO.

6. El DEMANDADO manifiesta que, en todo caso, pese a existir la Resolución N° 1686-2013-TC-S1, la cual resuelve sancionar a los demandantes Lincoln Rodríguez Cabellos y José Hernando Vigo Moromisato por un periodo de catorce (14) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, de ser necesario se disponga de la pericia de un profesional ingeniero especialista en la materia que corrobore los daños verificados por Plan Copesco Nacional, así se pueda determinar la responsabilidad técnica en la que habría incurrido el DEMANDANTE en la elaboración del Expediente Técnico en agravio del Estado.

#### **Respecto de su posición sobre la Tercera Pretensión Principal:**

1. En dicho punto el DEMANDADO señala que no corresponde pronunciarse sobre el grado de responsabilidad en los daños y perjuicios irrogados al Estado que el DEMANDANTE pretende, sustentado en el Informe del Órgano de Control N° 01-2012-02-5302. Pues son hechos investigados generados por una acción de un organismo dependiente de la Contraloría General de la Republica, la cual generó una acción investigadora de fiscalización aislada de la relación contractual que pudiera existir entre el Estado y particulares.
2. El DEMANDADO sostiene en ese aspecto que la Acción de Control Investigadora dio origen al citado Examen Especial, que sustenta el inicio de las acciones judiciales ante el Décimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Lima, demanda iniciada por el DEMANDADO en contra del DEMANDANTE sobre la materia de indemnización por daños y perjuicios. Proceso judicial que —a la fecha de la contestación de demanda del DEMANDADO— se venía tramitando, en el cual el DEMANDANTE estaba siendo demandado en el proceso judicial por el MINCETUR. A esto último, el DEMANDADO indica que no ha formado parte del CONTRATO ni del convenio arbitral que origina la controversia, siendo los contratantes el Plan COPESCO Nacional y el DEMANDANTE.
3. Por las razones expuestas en su escrito de contestación a la demanda, el DEMANDADO solicita que se declare infundada la demanda, con expresa condena de costas, costos y gastos administrativos arbitrales.

#### **VII. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD:**

#### **FUNDAMENTOS DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD:**

1. El DEMANDADO manifiesta que, conforme con los plazos previstos en el CONTRATO, el DEMANDANTE cumplió con los entregables en las fechas previstas, entregándose el Informe Final mediante Carta N° 018/2009-LRC-Máncora, de fecha 18 de setiembre de 2009; emitiéndose posteriormente la Resolución Directoral N° 114-2009-MINCETUR-COPESCO-DE que aprobó el expediente técnico del proyecto. Siendo cierto lo manifestado por el DEMANDANTE que con la expedición de la Resolución Directoral citada, de fecha 5 de noviembre de 2009, el DEMANDADO aprobó el Expediente Técnico del proyecto, dándose por concluida la vigencia del CONTRATO.
2. El DEMANDADO considera importante precisar que al haberse culminado la vigencia del CONTRATO, a partir del 5 de noviembre de 2009 las partes intervenientes en el CONTRATO tenían expedito su derecho a poder solicitar el arbitraje conforme al REGLAMENTO, sujetándose a los plazos de caducidad, en concordancia con lo dispuesto en la Ley.
3. A lo precisado, el DEMANDADO indica haber sido notificado del Oficio N°3875-2013/DAA del OSCE el 9 de julio de 2013, comunicándosele la aceptación del Árbitro Único Roberto Durand Galindo para resolver la controversia surgida entre ambas partes; corriéndole traslado de la demanda arbitral a través de la resolución del árbitro único de fecha 15 de noviembre de 2013. A lo que, sostiene el DEMANDANTE, pese al tiempo transcurrido desde la vigencia y conclusión del CONTRATO, el DEMANDANTE pretende sorprender al Árbitro Único sustentando su demanda en supuestas pretensiones que no se originaron del CONTRATO y, por consiguiente, que no se encuentran inmersos en la cláusula de convenio arbitral para poder iniciar un proceso arbitral.
4. El DEMANDADO refiere que la relación contractual entre las partes concluyó con la expedición de la Resolución Directoral N° 114-2009-MINCETUR-COPESCO-DE, de fecha 5 de noviembre de 2009, que aprobó el expediente técnico del proyecto, dándose la conformidad al servicio por parte del DEMANDADO, y conforme se dispone en el numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado Dec. Leg. N° 1017, en concordancia con el artículo 215 y siguientes del Reglamento de la Ley de Contrataciones Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y sujetándose a los plazos de caducidad previstos en los artículo 144°, 170°, 175°, 177°, 199°, 201°, 209°, 210° y 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
5. En ese sentido, a decir del DEMANDADO, los accionantes tuvieron expedito su derecho durante la vigencia del CONTRATO, y a los plazos señalados en la Ley, para solicitar el proceso arbitral, los cuales (a la fecha de presentado el escrito de contestación de demanda) vencieron en tiempo ampliamente, dándose la caducidad del derecho para poder ejercerlo. Para ello, el DEMANDADO tiene en cuenta, en un primer momento el 6 de marzo de 2009, como fecha de suscripción del Contrato

hasta antes de su culminación, 5 de noviembre de 2009, en el que se aprobara el expediente técnico por Resolución Directoral N° 114-2009-MINCETUR-COPESCO-DE; y, en un segundo momento, considera que era posible solicitar el proceso arbitral desde la culminación del Contrato hasta dentro de los plazos de caducidad previstos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, plazos a los que NO SE AJUSTA ninguna de las pretensiones peticionadas por el DEMANDANTE.

6. Otro hecho que el DEMANDADO considera relevante es el referente al informe emitido por el Órgano de Control que recomienda al DEMANDADO el inicio de las acciones legales respectivas en contra de Lincoln Rodríguez Cabellos, José Hernando Vigo Moromisato y otras personas, ex funcionarios de Plan COPESCO Nacional, por la presunta responsabilidad por daños y perjuicios irrogados en contra de la Institución Plan COPESCO Nacional, sustentados en el Informe del Órgano de Control N° 01-2012-02-5302. Informe Especial del Órgano de Control Institucional del DEMANDADO que no guarda relación alguna con la controversia suscitada, por ser hechos investigados que se generan de una acción de control y no de una relación contractual entre particulares con el Estado.
7. En ese sentido, el DEMANDADO solicita que se suspenda el proceso principal hasta resolverse la excepción de caducidad propuesta; peticionando, además, que oportunamente se declare así fundada la excepción de caducidad propuesta, y se ordene el archivo de los actuados arbitrales.

### **VIII. CONTESTACIÓN A LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD**

El DEMANDANTE, mediante escrito “Absuelvo Escrito de Excepción de Caducidad”, tuvo a bien contestar y exponer sus argumentos en torno a la excepción de caducidad deducida por el DEMANDADO.

#### **FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN A LA EXCEPCIÓN:**

1. El DEMANDANTE refiere que lo sostenido por el DEMANDADO es incorrecto. Señala que la norma glosada por el demandado ha sido referida de modo erróneo por el DEMANDADO, por no ser aplicable al presente caso, por ser de aplicación para situaciones jurídicas, generadas a partir de su vigencia. Esto es a partir del 1 de junio de 2012, siendo que el presente caso está referido a un contrato de consultoría suscrito en el año 2009.
2. De ese modo, el DEMANDADO afirma que la norma aplicable es el Decreto Legislativo N°1017, promulgado en el diario oficial El Peruano el 4 de junio de 2008, el mismo que en su capítulo V, artículo 52, regula expresamente la solución de controversias.

3. Asimismo, apunta el DEMANDANTE que, de los Términos de Referencia contenidos en las bases, se establece expresamente que el plazo de responsabilidad del DEMANDADO es de siete (7) años, los que contados partir del 5 de noviembre de 2009, fecha en la que se aprueba el expediente técnico, vence el 6 de noviembre del 2016.

**De la naturaleza de la controversia:**

1. A decir del DEMANDANTE, conforme aparece en su escrito de demanda, sus pretensiones están destinadas a dilucidar la controversia planteada por el DEMANDADO, en el procedimiento de conciliación al que fue invitado, y en la que se le imputó específicamente responsabilidad, tras la conformidad de servicio, no haber incorporado en la ejecución del CONTRATO un componente de protección contra oleajes.
2. El DEMANDANTE apunta que, del Informe de Auditoría N° 005-2011-5302, en su rubro N° IV Recomendaciones, adjuntado por el DEMANDADO a su recurso de excepción de caducidad, se aprecia que en su numeral 3, a la directora ejecutiva de Plan COPESCO Nacional se le recomienda iniciar la conciliación y/o el arbitraje respectivo.
3. Así, el DEMANDANTE sostiene que, en estricta aplicación del artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, y ante una controversia referida a un supuesto vicio oculto en la elaboración del proyecto, corresponde declarar infundada la excepción de caducidad, por cuanto la demanda arbitral fue planteada dentro del plazo establecido en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, concordado con el artículo 50° de la misma, y atendiendo a que en las bases se ha establecido que el plazo de responsabilidad del contratista, por vicio oculto, es de siete años.
4. Consecuentemente, el DEMANDANTE alega que para el caso de autos es de siete años, por haberse establecido en los términos de referencia de la bases, no habiendo caducado su derecho a someter la controversia ante el fuero arbitral, resultando así que la excepción de caducidad debe ser declarada infundada

**IX. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:**

Mediante Resolución Nro. 8 el Árbitro Único citó a las partes a Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios llevándose esta acabo el 30 de julio de 2014, con la asistencia de los representantes de ambas partes.

No habiéndose podido llevar adelante una conciliación sobre los temas en disputa, el Arbitro Único, con la anuencia de las partes asistentes, estableció los siguientes puntos controvertidos:

#### **DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA:**

##### **Primer punto controvertido:**

Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare que el DEMANDANTE no ha incurrido en "cumplimiento defectuoso" ni "accionar negligente" en la Elaboración del Expediente Técnico "Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa de Máncora", al haberse elaborado el expediente técnico conforme con los términos de referencia previstos en las bases integradas, perfil de inversión, incorporando en el diseño arquitectónico y estructural, elementos suficientes para dotar al proyecto de una adecuada protección contra oleajes.

##### **Segundo punto controvertido:**

Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare que el "Componente Protección del Malecón Turístico de la Zona Central De La Playa Máncora", no forma parte de las intervenciones materia del Contrato de consultoría para la elaboración del expediente técnico, de fecha 06 de marzo del 2009 y consecuentemente no forma parte de las prestaciones a cargo del consorcio.

##### **Tercero punto controvertido:**

Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare que el DEMANDANTE no se encuentra obligado a pagar en forma individual o solidaria, a favor del Plan COPESCO Nacional, la suma de S/. 723,969.21 (Setecientos Veintitrés Mil Novecientos Sesenta Y Nueve Y 21/100 Nuevos Soles) por concepto de daños y perjuicios, provenientes de los daños producidos por los oleajes anómalos ocurridos en setiembre del 2011.

#### **Costos y costas del proceso**

Además, el Arbitro Único deberá pronunciarse en el laudo acerca de los costos y su posible condena.

#### **DE LOS MEDIOS PROBATORIOS DE LA PARTE DEMANDANTE**

*Respecto al escrito "Demanda Arbitral" ingresado el día 26 de agosto de 2013 y escrito "Adjunto documentos", presentado el 28 de agosto de 2013.*

Se admiten los medios de prueba documentales ofrecidos en los numerales 1 al 19 del rubro "Medios Probatorios".

*Respecto al escrito N° "Absuelvo excepción de caducidad" ingresado el 17 de marzo de 2014.*

Se admiten los medios de prueba documentales ofrecidos en los numerales 1 al 2 del rubro "Medios Probatorios".

## DE LOS MEDIOS PROBATORIOS DE LA PARTE DEMANDADA

*Respecto al escrito N° 1 "Propone excepción y contesta demanda" ingresado el 06 de diciembre de 2013*

Se admiten los medios de prueba documentales ofrecidos en los numerales 1 al 7 del rubro "Medios Probatorios".

## EXCEPCIÓN:

Se admiten los medios de prueba ofrecidos en el rubro "III Medios de Prueba", signados con los numerales 1 al 3.

## X. ALEGATOS ESCRITOS:

Luego de haber concluido con la actuación de todos los medios probatorios, el Árbitro Único mediante Resolución N° 20 declaró la conclusión de la etapa probatoria y otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.

Ambas partes solicitaron ampliación de plazo para presentar sus alegatos escritos y de considerarlo conveniente soliciten el uso de la palabra.

Mediante escrito de fecha 10 de diciembre del 2014, el DEMANDADO cumplió con presentar su alegato escrito.

Mediante escrito de fecha 17 de diciembre del 2014, el DEMANDANTE cumplió con presentar su alegato escrito.

## XI. DE LA AUDIENCIA ESPECIAL DE SUSTENTACIÓN SOBRE EL CUESTIONAMIENTO DE COMPETENCIA

El 19 de agosto de 2014 se llevó a cabo la audiencia especial de sustentación sobre el cuestionamiento de competencia, donde el Árbitro Único otorgó el uso de la palabra a los representantes de ambas partes, a fin de que expusieran sus argumentos, haciendo uso del derecho a la réplica y a la dúplica.

## XII. DE LA AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN DE HECHOS Y ASPECTOS TÉCNICOS SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS ESTABLECIDOS

En igual fecha, 19 de agosto de 2014, se llevó a cabo la audiencia de ilustración de hechos y aspectos técnicos sobre los puntos controvertidos establecidos, otorgando el Árbitro Único el uso de la palabra a los representantes de ambas partes, a fin de que expusieran sus argumentos.

### **XIII. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES:**

Mediante resolución N° 31 el Árbitro Único citó a las partes a la audiencia de informes orales, la cual se llevó a cabo el 8 de mayo de 2015, donde el Árbitro Único otorgó el uso de la palabra a los representantes de ambas partes, finalizadas las exposiciones el Arbitro otorgó a las partes un plazo de cinco días para que presenten copias de su presentación power point.

### **XIV. PLAZO PARA LAUDAR:**

Mediante Resolución N° 39 se amplió el plazo para la expedición del laudo arbitral en treinta (30) días hábiles, adicionales el cual vencerá el 15 de diciembre de 2015, habiendo sido notificada dicha Resolución a las partes conforme consta en los cargos que obran en el expediente.

En consecuencia, el Árbitro Único procede a dictar el presente laudo arbitral dentro del plazo establecido en el Acta de Instalación.

### **XV. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DECISIÓN:**

De acuerdo al análisis de los hechos, a la fundamentación jurídica y a los alegatos escritos presentados por cada una de las partes, así como a las pruebas aportadas en el presente proceso, corresponde en este estado al Árbitro Único analizar cada uno de los puntos controvertidos y fundamentar su decisión en los siguientes términos:

#### **CONSIDERANDO:**

#### **CUESTIONES PRELIMINARES:**

Antes de analizar la materia controvertida corresponde confirmar lo siguiente: (1) que el presente proceso se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (2) que en ningún momento se recusó al Árbitro Único o impugnó o reclamó las reglas de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (3) que el DEMANDANTE presentó su demanda en su oportunidad; (4) que el DEMANDADO fue debidamente emplazado con la demanda, la contestó dentro del plazo conferido y opuso excepción de caducidad, ejerciendo plenamente su derecho de defensa; (5) que el DEMANDANTE contestó la excepción de caducidad opuesta por el DEMANDADO; (6) que las

partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; y, (6) que el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro del plazo acordado.

#### **ANÁLISIS SOBRE LA MATERIA CONTROVERTIDA:**

El Árbitro Único precisa que el análisis que realiza a continuación se limita a las pretensiones formuladas por el DEMANDANTE y considerando los argumentos expuestos por cada una de las partes en los escritos de demanda, contestación de la demanda, excepción de caducidad, contestación a la excepción de caducidad y alegatos escritos, así como de las pruebas aportadas en el presente proceso arbitral. Le corresponde analizar cada uno de los puntos controvertidos establecidos en la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, presentados en el transcurso del proceso y sobre todo en observancia y respeto al derecho de defensa e igualdad procesal.

Asimismo, en aplicación del Principio de Adquisición de la Prueba tendrá en cuenta que la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que la propuso o lo proporcionó.

#### **NORMATIVIDAD APLICABLE:**

El Árbitro Único aclara que la normatividad aplicable para la resolución del presente caso es el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante la Ley), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante el Reglamento), teniendo en consideración que el proceso de selección Adjudicación Directa Selectiva N° 003-2009-MINCETUR/COPESCO/CE, que dio origen al contrato materia de controversia, fue convocado el 30 de enero de 2009, es decir, durante la vigencia de las referidas normas. Al respecto, se recuerda los alcances de lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto de Urgencia N° 020-2009, publicado el 15 de febrero de 2009, y el Comunicado N° 003-2009-OSCE/PRE, publicado por el OSCE en el mes de marzo del año 2009. Finalmente, se recuerda el numeral 1.9 de las Bases Integradas del proceso de selección, referido a la Base Legal aplicable, en donde expresamente se cita las normas antes referidas.

Dicho todo esto, el Árbitro Único se pronuncia de la manera siguiente:

## RESPECTO A LA EXCEPCION DE CADUCIDAD DEDUCIDA POR EL DEMANDADO:

Mediante escrito presentado en fecha 06 de diciembre de 2013, el DEMANDADO propone la excepción de caducidad, solicitando al Árbitro Único la declare fundada.

En el numeral 3 de su escrito de contestación a la demanda precisa que, conforme a los plazos previstos, el DEMANDANTE cumplió con presentar los entregables en las fechas previstas, siendo la entrega del Informe Final mediante Carta N° 018-2009-LRC-Mancora, del 18 de setiembre de 2009, emitiéndose luego la Resolución Directoral N° 114-2009-MINCETUR-COPESCO-DE, de fecha 05 de noviembre de 2009, que aprobó el expediente técnico del proyecto y consecuentemente dio por concluida la vigencia del contrato.

Al respecto, las partes intervenientes en el contrato tenían expedito su derecho a solicitar el arbitraje conforme al artículo 273° del Reglamento, que dispone lo siguiente:

### ***“Artículo 273°.- Arbitraje***

*Cualquiera de la 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 artículos 202°, 227°, 232°, 257°, 259°, 265°, 267°, 268°y 269°de este Reglamento”*

El DEMANDANTE absolvió la excepción de caducidad propuesta por el DEMANDADO y, de acuerdo al numeral 4. de su escrito presentado el 29 de abril de 2015, señaló que sus pretensiones están destinadas a dilucidar la controversia planteada por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, en el procedimiento de conciliación al que fueron invitados, y en el que se les imputó responsabilidad por no haber previsto en el proyecto “Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa Mancora”, un componente de protección contra oleajes, al haberse afectado la obra, por la presencia de oleajes anómalos en la zona. Dicha afirmación constituye una imputación de cumplimiento defectuoso del contrato, advertido después de la conformidad del servicio de consultoría por efecto de un examen de control del área de control interno de la Entidad, consecuentemente la controversia se establece por la presencia de un supuesto vicio oculto.

Al respecto, mediante Resolución N° 10 emitida en el presente proceso, y que obra en el acta de Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 30 de julio de 2014, respecto a la excepción de caducidad contra las pretensiones del consorcio, el Árbitro Único se reservó el derecho de resolver esta excepción mediante resolución posterior, o incluso al momento de laudar.

En relación a este punto el Arbitro Único considera que en la contratación pública el arbitraje es el medio para resolver las controversias derivadas de la ejecución e interpretación de los contratos, al respecto también señala que deberá ser materia de aplicación el siguiente dispositivo de la Ley y la respectiva cláusula contractual:

***"Artículo 53.- Solución de Controversias***

*53.2 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Este plazo es de caducidad.*

En observancia de los citados dispositivos legales, las partes incorporaron al Contrato, en su Cláusula Décimo Cuarta, el siguiente Convenio Arbitral:

**"CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: ARBITRAJE**

*Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.*

*Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 273º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.*

*El Laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa".*

*(Subrayado agregado)*

Por su parte, el numeral 1 del artículo 13º de la Ley de Arbitraje, establece lo siguiente:

***"Artículo 13º.- Contenido y forma del convenio arbitral***

*1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.*

De acuerdo a la norma antes citada, las partes del contrato pueden someter a arbitraje "todas las controversias" o "ciertas controversias" que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual. De lo establecido por la norma citada, nuestros legisladores adoptaron el Principio Favor Arbitri, así que en caso de duda, porque las partes no especificaron el alcance del Convenio Arbitral, debe interpretarse en el sentido que la competencia arbitral se extiende a todas las controversias que derivan de la relación jurídica a la cual el convenio arbitral se refiere.

Al respecto, se debe tener en consideración que el artículo 51° de la Ley dispone:

***"Artículo 51.- Responsabilidad del contratista***

*El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. El contrato podrá establecer excepciones para bienes fungibles o que por su naturaleza no puedan adecuarse a este plazo.*

*En el caso de obras el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete años.*

*(Subrayado agregado)*

De igual forma, se debe tener en consideración el artículo 234° del Reglamento que dispone:

***"Artículo 234°.- Efectos de la conformidad***

*Luego de haberse dado la conformidad a la prestación, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo. Toda reclamación o controversia derivada del contrato inclusive por defectos o vicios ocultos se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje en los plazos previstos para cada caso.*

*(Subrayado agregado)*

Por otro lado, el literal r) del numeral 13 de los Términos de Referencia, parte integrante de las Bases y, por tanto, del Contrato, establece expresamente lo siguiente:

**"13. RESPONSABILIDADES DEL CONSULTOR:**

...  
r. *En atención a que el Consultor es responsable absoluto del estudio que realiza, deberá garantizar su calidad y responder por el trabajo realizado, dentro de los términos que establecen las normas durante los siete (7) años, desde la fecha de aprobación del Expediente Técnico...*

*(Subrayado agregado)*

Ahora bien, en este punto corresponde analizar si la excepción de caducidad opuesta por el DEMANDADO ha sido planteada con fundamento o si, por el contrario, le corresponde al Arbitro Único asumir competencia.

Al respecto, se verifica que en los Términos de Referencia contenidos en las Bases Integradas, las mismas que constituyen parte integrante del Contrato, se establece que el plazo de responsabilidad del consultor es de siete (07) años, los mismos que deben ser contados a partir del 05 de noviembre de 2009, fecha en la que la Entidad aprobó el expediente técnico, con la emisión de la Resolución Directoral N° 114-2009-MINCETUR. En ese sentido, el DEMANDANTE ha interpuesto su demanda arbitral dentro del plazo legal y contractual, el mismo que vencería aún el 06 de noviembre de 2016.

En este punto, corresponde recordar que los plazos indicados en los párrafos anteriores constituyen plazos de caducidad, de conformidad al artículo 51º de la Ley, razón por la que los reclamos por vicios ocultos deben ser presentados antes del vencimiento de dichos plazos, para ser admitidos.

Al respecto cabe recordar que la caducidad es una institución jurídica que se caracteriza principalmente por extinguir el derecho material por la inactividad del titular de dicho derecho, privándole de aquél, luego de transcurrido el plazo fijado por la ley o por la voluntad de los particulares.

Advierte el Arbitro Único que en el presente caso la Entidad optó por establecer un plazo mayor de responsabilidad para el consultor, fijando el mismo en siete (07) años, conforme se advierte de las Bases del proceso, concretamente de los Términos de Referencia. El referido plazo surte efecto para determinar el plazo de caducidad.

Por otro lado, el DEMANDANTE, en su escrito de absolución de la excepción de caducidad, de fecha 17 de marzo de 2014, precisa en los fundamentos de hecho lo siguiente:

### ***“3.- DE LA NATURALEZA DE LA CONTROVERSIA***

*Conforme se aprecia de la solicitud de conciliación, MINCETUR sostiene haber visto afectada la obra ejecutada, sobre la base del expediente técnico elaborado por nuestro consorcio, luego de la ejecución de la obra por un tercero, por la presencia de oleajes anómalos en la zona, que afectaron el malecón de la zona centro de la Playa Máncora, dicha controversia constituye una imputación de cumplimiento defectuoso del contrato, advertido después de la conformidad de obra, por efecto de un examen de control del área de control interno de la entidad, consecuentemente la controversia se establece por la presencia de un supuesto vicio oculto.*

...

4.-

... La controversia, materia del presente arbitraje, está destinada a establecer que el Consorcio LR + VM Consultores Asociados, no ha incurrido en vicio oculto ni en disminución de la calidad ofrecida, esto es no haber incurrido en "cumplimiento defectuoso" ni "accionar negligente" en la elaboración del expediente técnico "Acondicionamiento turístico de la zona centro de la playa Máncora" y conforme a la Primera Pretensión Principal de la demanda.

...

Al respecto, es conveniente tener presente lo establecido en la Opinión N° 17-2015/DTN, del 27 de enero de 2015, emitida por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, respecto a los "Vicios ocultos en el marco de la normativa de contrataciones del Estado", que si bien es cierto es posterior a la normatividad aplicable al presente caso, nos permite conocer el criterio del máximo órgano de interpretación y aplicación de la Ley, sobre este tema.

### **“2.1 ¿Cómo se definiría los defectos o vicios ocultos?**

2.1.1 En primer lugar, el artículo 50 de la Ley establece que "El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. El contrato podrá establecer excepciones para bienes fungibles y/o perecibles, siempre que la naturaleza de estos bienes no se adecue a este plazo. En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete (7) años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda.

Al respecto, Max Arias Schreiber Pezet señala que "La noción del vicio oculto está ligada a la existencia de deterioros, anomalías y defectos no susceptibles de ser apreciados a simple vista y que de alguna manera afectan el derecho del adquiriente a su adecuada utilización"; el mismo autor citando a Tartufari indica que, "(...) por vicio o defecto debe precisamente entenderse cualquier anormalidad o imperfección y cualquier deterioro o avería que se encuentre en la cosa, que perjudiquen más o menos la aptitud para el uso o la bondad o integridad. Para hablar propiamente, defecto implicaría todo lo que le falta a la cosa para existir de un modo plenamente conforme a su naturaleza, y por eso actuaría en sentido negativo; vicio, en cambio, serviría para designar cualquier alteración sin la cual la cosa sería precisamente como debe ser normalmente, y por eso obraría en sentido positivo.

...

Por su parte, Manuel De La Puente y Lavalle desarrolla los requisitos que debe reunir el vicio; precisando que el mismo debe ser "oculto", por la imposibilidad de conocerlo inmediatamente en la que se encuentra el adquiriente; "importante", por no permitir que el bien sea destinado a la finalidad para la cual fue adquirido; y, "preexistente" a la transferencia o concomitante con ella aún cuando sus efectos se manifiesten después.

Como se aprecia, la doctrina civil emplea la figura de los vicios ocultos para toda clase de bienes, muebles o inmuebles, sin efectuar distinción alguna; no obstante ello, la normativa de contrataciones del Estado dispone que el contratista es responsable por los vicios ocultos que afecten a los bienes y servicios ofertados, por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad y por un plazo que no podrá ser inferior a siete (7) años contados a partir de la conformidad de la recepción total o parcial cuando se trate de obras.

En tal sentido, los vicios ocultos se presentan cuando la prestación adolece de defectos cuya existencia es anterior o concomitante al momento en el que la Entidad emite la conformidad y que no pudieron ser detectados en dicha oportunidad, siempre que dichos defectos no permitan que el bien, servicio u obra sea empleado de conformidad con los fines de la contratación.

## 2.2 ¿Cuál sería el procedimiento a seguir para la imputación de defectos o vicios ocultos?

2.2.1 Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, el contratista es responsable por los vicios ocultos que afecten a los bienes y servicios ofertados, por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad y por un plazo que no podrá ser inferior a siete (7) años contados a partir de la conformidad de la recepción total o parcial cuando se trate de obras.

Al respecto, la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto el procedimiento que se debe seguir a efectos de formular el reclamo por vicios ocultos; no obstante ello, la Entidad, antes del vencimiento de los plazos señalados en el párrafo precedente, debe comunicar al contratista que la prestación ejecutada adolece de presuntos vicios ocultos, con la finalidad que este asuma la responsabilidad que el caso amerite o exponga y sustente los argumentos que estime pertinentes. Una vez efectuada dicha comunicación y cuando de la respuesta del contratista se deriven discrepancias o controversias, estas

*deberán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje por cualquiera de las partes.*

...

*(Subrayado agregado)*

En conclusión y teniendo en consideración los fundamentos anteriores, el Arbitro Único verifica que la materia de la excepción de caducidad deducida en el presente caso se relaciona a reclamos formulados producto de los supuestos vicios ocultos en los servicios de consultoría ejecutados por el DEMANDANTE, y aprecia fundamentalmente que el plazo fijado para el contratista como responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de sus servicios de consultoría ofertados, según los Términos de Referencia, es de siete (07) años, y conforme al Artículo 51° de la Ley, corresponde a cualquiera de las partes, dentro de dicho plazo, someter a arbitraje las discrepancias o controversias surgidas al respecto.

Por estas consideraciones, el Arbitro Único se pronuncia señalando que la excepción de caducidad propuesta por el DEMANDADO debe declararse infundada, en tanto que la demanda arbitral fue planteada dentro de los plazos establecidos por los Términos de Referencia contenidos las Bases, las mismas que son parte integrante del contrato.

#### **RESPECTO DE LAS PRETENSIONES DEL DEMANDANTE:**

En la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, llevada a cabo el 30 de julio de 2014, se determinó como puntos en controversia:

#### **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA:**

*"Determinar si corresponde declarar que el DEMANDANTE no ha incurrido en "cumplimiento defectuoso" ni "accionar negligente" en la Elaboración del Expediente Técnico "Acondicionamiento Turístico de la Zona centro de la Playa de Máncora", al haberse elaborado el expediente técnico conforme a los Términos de Referencia previstos en las bases integradas, perfil de inversión, incorporando en el diseño arquitectónico y estructural, elementos suficientes para dotar al proyecto de una adecuada protección contra oleajes".*

Esta demostrado que en fecha 06 de marzo de 2009, se suscribió el contrato de servicio de consultoría de obra entre la Entidad DEMANDADA y el DEMANDADO, para la elaboración del expediente técnico "Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa Máncora", derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 0003-2009-MINCETUR/COPESCO/DE.

El Arbitro Único considera necesario hacer un análisis documental antes de resolver la pretensión solicitada, teniendo en consideración cuales eran las obligaciones del DEMANDANTE según el Contrato, así como los documentos

contenidos en el mismo, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 201º del Reglamento, que expresamente señala:

***"Artículo 201º.- Contenido del contrato***

*El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.*

*El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En todo caso, son de aplicación supletoria las normas del Código Civil."*

De la misma forma, la Cláusula Sexta del Contrato dispone:

**"CLÁUSULA SEXTA: PARTES INTEGRANTES DEL CONTRATO**

*El presente contrato está conformado por las bases integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes."*

Cabe señalar que las Bases del proceso de selección, contenían el detalle de las características de los servicios de consultoría a contratar, específicamente en el Capítulo IV, de los Requerimientos Técnicos Mínimos, adjuntos en archivo anexo.

En este punto, resulta importante recordar la definición de Términos de Referencia establecida en el Anexo de Definiciones del propio Reglamento, que señala:

*"54. Términos de Referencia: Descripción, elaborada por la Entidad, de las características técnicas y de las condiciones en que se ejecutará la prestación de servicios y de consultoría."*

En efecto, los Términos de Referencia conforman una especie de mapa o ruta, que proporcionan la guía para el progreso del proyecto, especificando que necesita ser alcanzado por quien y cuando, proponiendo una lista de resultados que concuerden con los requerimientos, alcance y limitaciones existentes. Se aplican para servicios de carácter intelectual y de asesoramiento provisto por consultores, quienes cuentan con las competencias (valores, conocimientos y habilidades), y experiencias requeridas para cubrir la necesidad. La preeminencia del trabajo intelectual en la prestación del servicio es la que jurídicamente lo tipifica como trabajo de consultoría o asistencia técnica.

El contenido básico de los Términos de Referencia para la contratación de estudios de evaluación de programas y proyectos gubernamentales deberá contar mínimamente con la siguiente estructura básica: i) Antecedentes; ii)

Objetivo General y Objetivos Específicos de la consultoría; iii) Alcance, Enfoque de la Evaluación, Actores Implicados y sus Responsabilidades; iv) Metodología; v) Actividades a realizar; vi) Productos e informes a entregar; vii) Duración del Servicios; viii) Recursos y facilidades a ser provistas por la entidad contratante; ix) Perfil del evaluador externo; x) Costos y remuneración; xi) Criterio de selección/evaluación; xii) Confidencialidad de la información; xiii) Anexos.

Dicho todo esto, corresponde analizar si el DEMANDANTE, en la elaboración del expediente técnico "Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa de Máncora", ha elaborado el expediente técnico conforme a los Términos de Referencia previstos en las bases integradas, perfil de inversión, incorporando en el diseño arquitectónico y estructural, elementos suficientes para dotar al proyecto de una adecuada protección contra oleajes.

Al respecto, se advierte que en el Capítulo IV de las Bases Integradas aprobadas para la Adjudicación Directa Selectiva N° 003-2009-MINCETUR/COPESCO/CE, que forman parte del contrato, figuran los Términos de Referencia para la Elaboración del Expediente Técnico "Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa de Máncora", los que encuentran detallados en su archivo anexo.

Según el numeral 4 de los Términos de Referencia contenidos en las Bases Integradas, los objetivos de la consultoría para la elaboración del Expediente Técnico definitivo "Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa de Máncora", debía permitir la construcción de las siguientes intervenciones:

**"4.- OBJETIVOS DE LA CONSULTORIA:**

**DEL EXPEDIENTE TÉCNICO:**

*El Expediente Técnico sustentado en base a Estudios Básicos, deben permitir la construcción de las siguientes intervenciones:*

*4.1.- Ingreso a la Playa de Máncora.*

*4.2.- Remodelación del Parque de la Playa de Máncora.*

*4.3.- Alcantarillado del ingreso a Playa de Máncora.*

*4.4.- Arborización.*

*4.5.- Propuesta arquitectónica de mejoramiento de fachadas aledaños al ingreso y en la zona centro de la playa de Máncora.*

Se deja constancia que cada uno de estos numerales, además, incluyen al detalle el contenido de cada una de las intervenciones.

De igual manera, el referido numeral 4 de los Términos de Referencia contenidos en las Bases Integradas, establece como objetivos específicos los siguientes:

**"Objetivos Específicos:**

- a. *Tomar conocimiento puntual de las características y condiciones físicas, económicas, técnicas, normativas, funcionales, climatológicas, topográficas, geológicas, etc., que tengan implicancias en el proyecto a desarrollar.*
- b. *Definir las características técnicas de diseño y estructuración del proyecto señalado.*
- c. *Definir las especificaciones de construcción del proyecto indicado.*
- d. *Establecer el costo de la obra proyectada, así como el plazo mínimo de ejecución de la misma.*
- e. *El Expediente Técnico deberá ser elaborado de manera tal que al momento de ejecutar la obra, no se haga necesaria la aprobación de partidas adicionales, o rectificaciones por omisiones, errores, falta de previsión o planificación; salvo casos extremos o imprevisibles, bajo exclusiva responsabilidad de El Consultor."*

Por su parte, el numeral 8 de los Términos de Referencia contenidos en las Bases Integradas antes mencionadas, referido a los Alcances e Implicancias del Proyecto, establece expresamente lo siguiente:

**"8. ALCANCES E IMPLICANCIAS DEL PROYECTO:**

*El objeto del presente servicio incluye la aprobación y conformidad de los estudios básicos, proyectos definitivos y expediente técnico, de acuerdo a lo establecido en los Términos de Referencia y el perfil aprobado para el desarrollo de estos proyectos.*

- a. *El expediente técnico que elaborará El Consultor, así como la ejecución de la obra que se derivará de éste, se constituyen en parte integrante de un Proyecto de Inversión Pública (PIP), y como tal, están regidos por la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, Ley N° 27293.*
- d. *La elaboración del Expediente Técnico detallado debe ceñirse a los parámetros bajo los cuales fue otorgada la declaración de viabilidad y observar el cronograma de ejecución del estudio de pre inversión con el que se declaró la viabilidad.*
- g. *Las generalidades que enmarcan el Estudio de Pre Inversión son los siguientes:*

- Código SNIP del PIP  
70056
- Nombre del PIP  
*Acondicionamiento Turístico de Zona Centro de la Playa de Máncora.*
- Ubicación del PIP  
*Localidad de Máncora, distrito de Máncora, provincia de Talara, departamento de Piura.*
- Unidad Formuladora:  
*Dirección Nacional de Desarrollo Turístico del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. (MINCETUR).*
- Unidad Ejecutora  
*Plan COPESCO Nacional del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR).*

Del mismo modo, en el numeral 11 de los Términos de Referencia, se detallan los Servicios básicos que prestará el consultor (DEMANDANTE), a la Entidad (DEMANDADA), mientras que en su numeral 13, en los literales a) a la t), se encuentran expresamente definidas las Responsabilidades del consultor.

Por otro lado, el Anexo 01 de los Términos de Referencia contenido en las Bases Administrativas, establece el Contenido Mínimo del Expediente Técnico, en los siguientes términos:

***"ANEXO 01  
CONTENIDO MÍNIMO DEL EXPEDIENTE TÉCNICO***

- ***Volumen I: Resumen ejecutivo.***
- ***Volumen II: Desarrollo del proyecto por cada especialidad.***
- ***Volumen III: Estudios Básicos los que comprendían:***
  - *El levantamiento topográfico del terreno*
  - *Estudio de mecánica de suelos, para fines de cimentación, pavimentación y obras de saneamiento.*
  - *Evaluación de factibilidad y levantamiento de servicios básicos.*
  - *Informe de vulnerabilidades del terreno:*
    - a. Se presentará la documentación sustentatoria del caso, incluida la descripción de los factores, el análisis o evaluación de los mismos, así como las conclusiones y recomendaciones correspondientes. Se anexarán los gráficos, mapas, planos o vistas fotográficas que permitan visualizar dichas vulnerabilidades.
    - b. Comprende la identificación, descripción y evaluación de los factores existentes o potenciales, así como de las situaciones de riesgo o vulnerabilidad, que puedan

afectar o actuar sobre el terreno y, por consiguiente, sobre la Obra a proyectar, como pueden ser: Aludes, deslizamientos, inundaciones, filtraciones, sismos, precipitaciones, asentamientos, afloramientos, pendientes, invasiones, etc. Se incluye la formulación de las conclusiones y recomendaciones correspondientes.

c. El informe de Vulnerabilidad del Terreno, deberán ser desarrollados para cada uno de los requerimientos 4.1, 4.2, 4.3 y 4.4 indicados en el numeral 4.0 Objetivos de la Consultoría, de los presente términos de referencia.

- Certificación ambiental del proyecto.
- Volumen IV: Cotizaciones.
- Volumen V: Planos (Arquitectura, Estructuras, Instalaciones Sanitarias, Instalaciones Eléctricas)

...."

Además, según el Anexo 02 de los Términos de Referencia contenido en las Bases Administrativas, referido a las Exigencias referenciales para el Levantamiento Topográfico, el expediente debía contener:

**"ANEXO 02  
EXIGENCIAS REFERENCIALES PARA EL LEVANTAMIENTO  
TOPOGRÁFICO**

1. Generalidades.
2. Trabajos de campo.
3. Trabajos de gabinete.
4. Conclusiones y recomendaciones.
5. Otros.
6. Contenido mínimo de planos.
7. Formatos de presentación de documentos técnicos de la consultoría."

Finalmente, el Anexo 03 de los Términos de Referencia contenido en las Bases Administrativas, referido a las Exigencias referenciales para el estudio de mecánica de suelos para fines de pavimentación, cimentación y obras de saneamiento (incluye estudio de canteras y diseño del pavimento), establece que debía contener:

**"ANEXO 03  
EXIGENCIAS REFERENCIALES PARA EL ESTUDIO DE  
MECÁNICA DE SUELOS PARA FINES DE PAVIMENTACIÓN,  
CIMENTACIÓN Y OBRAS DE SANEAMIENTO (INCLUYE  
ESTUDIO DE CANTERAS Y DISEÑO DEL PAVIMENTO)**

1. Generalidades.
2. Geología y sismicidad del área en estudio.
3. Investigación de campo.

4. *Cimentación de las estructuras a tomar en cuenta para el cálculo de la capacidad admisible de cargas.*
5. *Ensayos de laboratorio.*
6. *Perfiles estratigráficos.*
7. *Ánálisis de la cimentación.*
8. *Problemas especiales de la cimentación.*
9. *Estudio de canteras.*
10. *Diseño del pavimento y veredas.*
11. *Conclusiones y recomendaciones.*
12. *Otros.*
13. *Formatos de presentación de documentos técnicos de la consultoría.*"

El Arbitro Único considera importante realizar este análisis documental para determinar cuáles eran las obligaciones del DEMANDANTE según el Contrato, así como los documentos integrantes del mismo, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 201º del Reglamento.

En este punto, se advierte que para la elaboración de los estudios de pre inversión y del expediente técnico de obra se requiere de la ejecución sucesiva de prestaciones distintas e independientes entre sí, por tanto fue necesario que declarada la viabilidad del proyecto de inversión pública, recién se determine la elaboración del expediente técnico de obra.

En el presente caso para la elaboración del expediente técnico de obra el DEMANDANTE debía tomar en cuenta las especificaciones previstas en el Contrato, conformado por las Bases del proceso de selección, que a su vez contenían los Términos de Referencia, cuyos alcances están delimitados en el estudio de factibilidad del estudio declarado viable.

Al respecto, resulta pertinente recordar que de acuerdo a lo dispuesto por la Ley N° 27293, Ley que crea el Sistema Nacional de Inversión Pública, modificado por el artículo único de la Ley N° 28802, el Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección General de Programación Multianual del Sector Público, como la más alta autoridad técnica normativa del Sistema Nacional de Inversión Pública, es el órgano encargado de dictar las normas técnicas, métodos y procedimientos que rigen los Proyectos de Inversión Pública. Así tenemos, que el artículo 6º de dicha norma dispone:

***"Artículo 6º.- Fases de los Proyectos de Inversión Pública***

***6.1 Los Proyectos de Inversión Pública se sujetan a las siguientes fases:***

- a. Preinversión: Comprende la elaboración del perfil, del estudio de prefactibilidad y del estudio de factibilidad.*
- b. Inversión: Comprende la elaboración del expediente técnico detallado y la ejecución del proyecto.*

6.3 *La elaboración del perfil es obligatoria. Las evaluaciones de prefactibilidad y factibilidad pueden no ser requeridas dependiendo de las características del proyecto de inversión pública. Las excepciones se definen siguiendo la jerarquía de delegación establecida en el numeral 9.1 del Artículo 9.”*

Según el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 102-2007-EF, Capítulo 3, referido a Procedimientos y Procesos, se tiene que:

***“Artículo 10°.- Fase de Preinversión***

- 10.1. *Comprende la elaboración del Perfil, del estudio de prefactibilidad y del estudio de factibilidad. La elaboración del Perfil es obligatoria. Los estudios de prefactibilidad y factibilidad pueden no ser requeridos dependiendo de las características del proyecto.*
- 10.2. *Una vez terminada la elaboración de un estudio de preinversión, de acuerdo a los Contenidos Mínimos establecidos por la Dirección General de Programación Multianual del Sector Público, la Unidad Formuladora debe registrar el proyecto formulado en el Banco de Proyectos, como requisito previo a la evaluación de dicho estudio.*
- 10.3. *Culmina con la declaración de viabilidad otorgada por el órgano competente, siempre que el proyecto cumpla con los requisitos técnicos y legales.”*

***“Artículo 11°.- Declaración de viabilidad***

- 11.1. *La viabilidad de un proyecto es requisito previo a la fase de inversión. Sólo puede ser declarada expresamente, por el órgano que posee tal facultad. Se aplica a un Proyecto de Inversión Pública que a través de sus estudios de preinversión ha evidenciado ser socialmente rentable, sostenible y compatible con los Lineamientos de Política. En ese sentido, la declaración de viabilidad de un proyecto solamente podrá otorgarse, si éste cumple con los requisitos técnicos y legales establecidos por la normatividad del Sistema Nacional de Inversión Pública.”*

Según el artículo 12° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, la fase de inversión comprende:

***“Artículo 12°.- Fase de Inversión***

- 12.1. *La Fase de Inversión comprende la elaboración del estudio definitivo o expediente técnico y la ejecución del Proyecto de Inversión Pública.”*

Sobre el caso materia de controversia, en el Formato SNIP – 03 del Banco de Proyectos del Ministerio de Economía y Finanzas, se encuentra registrado el

Código SNIP del Proyecto de Inversión Pública: 70056, bajo la denominación "Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa de Máncora", siendo la Unidad Formuladora del Proyecto: Ministerio de Comercio Exterior y Turismo - Plan COPESCO Nacional

Los componentes del proyecto según la información obtenida contenían:

- La remodelación de la plazoleta con demolición total.
- Implementación del servicio básico de alcantarillado.
- Tratamiento urbano paisajista.
- Capacitación y sensibilización por grupo de proveedores de servicios.

El monto de la Inversión Total en Nuevos Soles a precio de mercado ascendía a la suma de 3'526,378.00

Es bajo estos alcances que se aprueba el referido Perfil del Proyecto de Inversión el 10 de julio de 2008.

Así mismo el proyecto de Pre Inversión contenía:

- Viabilidad Técnica:

La Municipalidad de Máncora cuenta con un equipo técnico para la supervisión de la obra y además cuenta con personal capacitado para realizar la selección de la empresa que ejecutara la obra.

- Viabilidad Ambiental:

En términos generales es viable ambientalmente puesto que el proyecto genera impactos positivos con la implementación de cada uno de los componentes del proyecto plazoleta principal, alcantarillado, alameda, capacitación y sensibilización, evitándose que se produzca aniegos en la vía pública, además de mejorar el aspecto visual de la localidad y espacios.

Cabe mencionar que del análisis de valorización del grado y duración de los impactos ambientales en cada uno de los factores ambientales se concluye que estos impactos negativos son leves y que son de corta duración en la etapa de ejecución de la obra.

- Viabilidad Sociocultural:

Los pobladores de la localidad de Máncora están predisuestos a apoyar a que el proyecto se lleve a cabo, puesto que esta contribuirá al desarrollo turístico de Máncora y por consecuencia en una mejora en su nivel de vida.

- Viabilidad Institucional:

Hay apoyo por parte de entidades gubernamentales como el MINCETUR, asimismo está el apoyo del Gobierno Regional de Piura, la Municipalidad de Máncora y la sociedad civil del distrito de Máncora, en llevar a cabo este proyecto puesto que está dentro de sus políticas de desarrollo turístico.

Además de todo lo antes referido, el Arbitro Único considera necesario analizar cuál es la naturaleza de la intervención. Al respecto, según el artículo 2º del Reglamento del Sistema Nacional de Inversión Pública, se define como "*Proyecto de Inversión Pública a toda intervención limitada en el tiempo que utiliza total o parcialmente recursos públicos, con el fin de crear, ampliar, mejorar, o recuperar la capacidad productora o de provisión de bienes o servicios; cuyos beneficios se generen durante la vida útil del proyecto y éstos sean independientes de los de otros proyectos*".

La naturaleza de la intervención depende del objetivo que pretende lograr el proyecto cuando se hayan identificado el problema y sus causas, así también la naturaleza de la intervención puede consistir en la construcción, instalación, ampliación, reconstrucción, puesta en valor, mejoramiento, rehabilitación, acondicionamiento o fortalecimiento.

El Proyecto materia del presente caso corresponde a un "Acondicionamiento", lo cual significa que la naturaleza de la intervención tiene por objetivo la adecuación (acomodo, ajuste, adaptación), de un recurso físico o natural, para darle un uso específico o permitir su aprovechamiento. Es decir, no estamos frente a un proyecto nuevo sino a un acondicionamiento o adecuación a un recurso físico ya existente, el cual se debe respetar en su concepción original.

Por otro lado, para el análisis correspondiente el Árbitro Único toma en consideración lo dispuesto por artículo 12º de la Ley, que expresamente dispone:

***"Artículo 12º.- Características de los bienes, servicios y obras a adquirir o contratar***

*Sobre la base del requerimiento formulado por el área usuaria, la dependencia, encargada de las adquisiciones y contrataciones de la Entidad definirá con precisión la cantidad y las características de los bienes, servicios y obras que se van a adquirir o contratar..."*

Así también, de acuerdo al Anexo de Definiciones del Reglamento, el Expediente Técnico de Obra es:

***"28. Expediente Técnico de Obra: Es el conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto, valor referencial, análisis de precios, calendario de avance, fórmulas polinómicas y si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios."***

Sobre el particular, el Arbitro Único verifica que en el presente caso los Términos de Referencia se hallaban definidos con exactitud por la DEMANDADA, y considerando que la contratación estaba relacionada a la ejecución de un proyecto de inversión pública, se tomó en cuenta para la determinación de los Términos de Referencia el respeto a los parámetros bajo los cuales fue declarado viable el Proyecto; en este sentido, los términos de referencia contenían todos los componentes del perfil declarado viable, a decir:

- Ingreso a la Playa de Mánpora.
- La remodelación del parque de la playa de Mánpora con demolición parcial.
- Implementación del servicio básico de alcantarillado.
- Tratamiento paisajístico y arborización.

- Propuesta Arquitectónica de mejoramiento de fachadas aledaños al ingreso y en la zona centro de la playa de Máncora.

Conforme expresamente aparece en el Proyecto de Inversión Pública con Código SNIP: 70056, denominado "Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa de Máncora", aprobado de manera previa por el Ministerio de Economía y Finanzas, los componentes del proyecto según la alternativa recomendada contenían: la remodelación de la plazoleta con demolición total, la Implementación del servicio básico de alcantarillado, el tratamiento urbano paisajista, y la capacitación y sensibilización por grupo de proveedores de servicios.

El Arbitro Único, además, advierte que en el numeral 8 de los Términos de Referencia, está contemplado los alcances e implicancias del proyecto; en ese sentido, precisa que el Expediente Técnico que elaborará el Consultor, así como la ejecución de la obra que se derivará de éste, se constituyen en parte integrante de un Proyecto de Inversión Pública. Asimismo, la elaboración del Expediente Técnico detallado debe ceñirse a los parámetros bajo los cuales fue otorgada la declaración de viabilidad y observar el cronograma de ejecución del estudio de pre inversión con el que se declaró la viabilidad

En conclusión, luego de haber analizado el contenido de los Términos de Referencia, así como el marco del Proyecto de Inversión Pública aprobado, se verifica que la naturaleza de la intervención definida en el objeto del proyecto está destinado, como su propio nombre lo indica, a un "Acondicionamiento", mientras que los Términos de Referencia materia de la prestación no contenían en forma específica como exigencia contractual a cargo del proyectista la obligación de elaborar un "sistema" de protección contra oleajes.

Ahora bien, en este punto corresponde al Árbitro Único pronunciarse sobre la incorporación en el diseño arquitectónico y estructural de elementos suficientes para dotar al proyecto de una adecuada protección contra oleajes. Al respecto, señala el DEMANDANTE, en su demanda arbitral, lo siguiente:

*"Considerando el comportamiento moderado de las aguas del mar, el diseño arquitectónico se basó en la ampliación y reforzamiento del antiguo malecón dotándolo de un mirador y servicios higiénicos, manteniendo el ingreso a la playa según es de verse en los planos de ubicación y planta general.*

*También se consideró la construcción de plazas partiendo de un eje de circulación peatonal paralelo a la playa y elevando el nivel del terreno natural con la finalidad de mejorar la perspectiva de visión, encerrados en un muro de contención debidamente arriostrado que circunda todo el perímetro de la estructura haciéndolo monolítico, para protegerlo de una eventual subida del nivel de la marea, este elemento perimetral homogéneo y líneas curvas confina el corredor peatonal , las dos plazuelas y la*

*rotunda que se encuentran claramente definidas en los planos aprobados.*

*El acceso a la playa, contemplado en el expediente técnico, se hace a través de tres escaleras simétricamente ubicadas de tal manera de que no rompen la continuidad de los muros de contención, sino que muy por el contrario ayudan a disipar los efectos del oleaje, esta apreciación se encuentra corroborada con el Informe Pericial del Ing. Civil Sadot de José Flores Mendoza.”*

Considerando lo antes mencionado se verifica que, según el Expediente Técnico, en lo que respecta al componente Remodelación del Parque de la Playa de Mánchora, la Memoria de Cálculo redactada y suscrita por el Ingeniero Civil Jorge Romero Sotelo, presentada con la demanda arbitral, contiene las siguientes conclusiones:

*“Se ha modelado dos casos de acciones de agua marina sobre el muro de concreto del malecón y se concluye lo que sigue:*

*Caso 1.-*

*Tendría que la presión de la ola sobre la altura del muro ser 27 veces más que lo normal para que el acero colocado trabaje al 100%.*

*Caso 2.-*

*Tendría que la presión de la ola, por encima del muro de concreto, tener una altura de 6 metros, para que el acero colocado trabaje al 100%.”*

En este contexto, el Arbitro Único evalúa los argumentos de la DEMANDADA, quien en su contestación a la demanda arbitral señala que mediante Informe Especial del Órgano de Control Institucional N° 001-2012-2-5302, así como Informe de Auditoría N° 005-2011-02-5302, “Examen Especial a la Ejecución de Proyectos de Inversión Pública de la Unidad Ejecutora 004 Plan COPESCO Nacional”, concluyeron que los consultores Consorcio LR+VM Consultores Asociados, no han considerado elemento o estructura alguna que le permita neutralizar la vulnerabilidad de la zona por el comportamiento dinámico de las olas del mar, junto con los factores estacionales, climatológicos y meteorológicos, recomendándose en el Informe de Control N° 0005-2011-02-5322, Capítulo IV, Recomendaciones, Numeral 3, a la Dirección de Plan COPESCO Nacional, literalmente lo siguiente: “... *Disponga que se adopten las acciones necesarias para que el Plan COPESCO Nacional ejerza su derecho a reclamar posteriormente por incumplimiento, al Consorcio LR+VM Consultores Asociados, por las situaciones identificadas en la elaboración del Expediente Técnico de la obra “Acondicionamiento turístico de la zona centro de la playa de Mancora” expuesta en la observación N° 01, referidas a la falta de aprobación de la Municipalidad Distrital de Mánchora y de las Empresas Prestadoras de Servicios y/o concesionarias del área de intervención de los servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y electricidad, respecto al proyecto definitivo y anteproyecto, respectivamente, procediendo a solicitar una conciliación y/o arbitraje respectivo, según lo previsto en la Cláusula Décimo*

*Cuarta del Contrato suscrito con dicho consorcio el 06 de marzo del 2009, teniendo en cuenta el plazo de responsabilidad del contratista.”*

Igualmente, el Arbitro Único considera de importancia señalar que la calidad de prueba pre constituida que la ley otorga a los informes de control emitidos por la Contraloría General de la República y/o por los órganos de control interno de las instituciones, no otorga a dicho medio probatorio la calidad de prueba plena, sino por el contrario, exige que la misma sea escoltada por otros medios probatorios que sustenten dicha prueba. La prueba pre constituida es aquella en que el medio o fuente de prueba preexiste al proceso, o sea, es la prueba mediante la cual se trae al proceso una representación ya formada a fin de comunicar y pedir al juez por este medio, fijar en la sentencia la existencia del hecho representado que constituye el “tema probandum” en otras palabras, y aplicando dicha definición al tema que nos interesa, la prueba pre constituida sirve para dar inicio a los procesos judiciales o procedimientos administrativos sancionadores pertinentes (según sea el caso), teniendo validez probatoria para insinuar la situación jurídica del imputado, sin perjuicio de ello, la calidad de prueba pre constituida conlleva el estigma de ser una prueba elaborada por quien pretende utilizarla para probar un hecho, como es el caso del examen de control.

Adicionalmente, el Arbitro Único considera en su análisis el Informe Pericial ofrecido por el DEMANDANTE, el mismo que fuera formulado por el Ingeniero Civil Sadot Flores Mendoza, que respecto a la estructuración del proyecto expresamente afirma lo siguiente:

*“El consultor desarrollo el cálculo del diseño estructural que ha respondido a las solicitudes típicas del oleaje que se han presentado y que son propios de la zona.*

*La solidez de la estructura se debe evaluar en función a los fenómenos propios de la zona y no a fenómenos extraordinarios que superan lo previsible.*

*En relación al procedimiento constructivo se ha evidenciado un inadecuado proceso constructivo, según material fotográfico adjunto.*

*Si se ponderó los riesgos de posibles oleajes anómalos y se priorizó el diseño del muro de contención en todo el perímetro, cimentado sobre terreno firme y empotrado debidamente, para darle solidez a la estructura y que actúe monolíticamente, de tal forma que confine las zonas donde se levantarán las plazuelas 01 y 02, garantizando la resistencia como la estabilidad de la infraestructura.*

*El diseño estructural se ha ceñido a los alcances del contrato, al comportamiento de las mareas y a los criterios expuestos por el especialista estructural en su cálculo de diseño lo que garantiza un adecuado y eficiente sistema de protección contra oleajes y mareas.*

*Finalmente, el perito concluye señalando que:*

- a.- *El expediente técnico elaborado por el DEMANDANTE es consistente, razonable, técnicamente ejecutable y legalmente aprobado.*
- b.- *El consultor ha cumplido y actuado diligentemente en el desarrollo del expediente técnico.”*

Por otra parte, el Arbitro Único analiza el escrito presentado en fecha 20 de noviembre de 2014 por el DEMANDADO, que corresponde a un pronunciamiento elaborado por el Ing. Civil José Alberto Acero Martínez, con referencia al peritaje de parte del DEMANDANTE elaborado por el Ingeniero Civil Sadot de José Flores Mendoza. El indicado documento no obstante fue presentado fuera de plazo se agregó a autos y en sus conclusiones se señala lo siguiente:

- a) *Los daños observados en el Malecón de Máncora, es en gran medida responsabilidad del consultor ya que sabía plenamente que el suelo es una “arena fina pobremente graduada en estrato saturado” y que la estructura proyectada estaba cercana al mar, por tal motivo debió diseñar sus cimentaciones en forma adecuada para que no ocurra erosión por oleaje y no diseñarla como una edificación común donde no existe oleaje.*
- b) *El expediente no cumple con lo estipulado en la norma E.060 (2009) cuya resistencia recomendada para una estructura cercana al mar debería ser de 350 kg/cm<sup>2</sup> y tener una relación de agua cemento de 0.40. En los planos y en las especificaciones técnicas, indican utilizar resistencias de 210 kg/cm y 175/cm<sup>2</sup>.*
- c) *Es evidente que el proceso constructivo tampoco fue el mejor pero su responsabilidad es menor.*
- d) *COPESCO aprueba el expediente de buena fe, confiando en que los especialistas contratados realizarán satisfactoriamente sus proyectos.*
- e) *Los muros colapsaron por erosión en su base, por ello las deformaciones y fisuras. La razón no tener en cuenta y/o desconocer la erosión por oleaje.”*

Por otra parte, también es materia de análisis el documento presentado por escrito de fecha 12 de diciembre de 2014, por el DEMANDANTE, que corresponde al informe suscrito por el Ingeniero Civil Jorge Andrés Romero Sotelo, donde se formula contradicción a las Opiniones del Ingeniero Civil José Acero Martínez (denominado el Revisor), a través del documento denominado revisión y pronunciamiento de la especialidad de estructuras del expediente técnico del proyecto Acondicionamiento turístico de la zona centro de la Playa Máncora, presentado por MINCETUR. Sobre la evaluación estructural del expediente señala:

“...

6. El Revisor afirma que los profesionales que trabajaron en este expediente debieron de realizar o solicitar los siguientes estudios básicos:

- Estudio de erosión de oleaje.
- Niveles de agua de mar (bajamar y pleamar)
- Estudio de mareas
- Caracterización de las olas (refracción, difracción y reflexión)

Al respecto los estudios que se mencionan son altamente especializados corresponden a la especialidad de ingeniería portuaria o ingeniería de costas, ingenieros portuarios o ingenieros hidro oceanográficos, profesionales no requeridos por la entidad en el equipo técnico contratado para la consultoría, ... no estaban considerados los costos de estos estudios o profesionales que ahora pretenden reclamar.

Sobre la Conclusiones del Revisor refiere:

11. En relación a la memoria de cálculo se menciona que no es muy detallada, sin precisar cual detalle faltaría, sin embargo no se toma en cuenta que en la memoria de cálculo estructural presentada por el Proyectista Jorge Andrés Romero Sotelo, si tomó en cuenta la cercanía al mar modelando dos situaciones para la acción de la fuerza marina sobre el muro:

Caso 1: Tendría que la presión de la ola sobre la altura del muro ser 27 veces más que lo normal para que el acero colocado trabaje al 100%.

Sin embargo, lo anómalo del oleaje ocurrido, que sobrepasó todo cálculo razonable con la diligencia ordinaria, aunado al deficiente proceso constructivo y a la inacción de la entidad para proteger la inversión realizada produjeron los daños en el malecón de Máncora.

12. El revisor concluye que el expediente no cumple con lo estipulado en la norma E.60 publicada el 09 de mayo de 2009, cuya resistencia recomendada para una estructura cercana al mar debería ser de 350Kg/cm<sup>2</sup> y no de 210 Kg/cm<sup>2</sup> como se proyectó y se basa en el modificación a la norma E60 de estructuras del Reglamento Nacional de Edificaciones tabla 4.2 publicada el 09 de mayo de 2009...

Esta normativa es para "evitar la corrosión del refuerzo", no para evitar colapsar la estructura, que aun teniendo concreto de 350 kg/cm<sup>2</sup>, 520 kg/cm<sup>2</sup> o más iba a colapsar, por lo anómalo de los oleajes registrados, además, esto es muy relevante, los muros no estaban sumergidos en agua y no se iba a colocar 350/cm<sup>2</sup>, solo por un eventual e inesperado fenómeno y solo para que ese preciso momento proteger de la oxidación con ese concreto de alta resistencia, el muro no ha fallado por oxidación del acero, sino por motivos diferentes expuestos en el peritaje elaborado por

el Ingeniero Civil Sadot Flores Mendoza, con lo cual se desvirtúa esta observación como causante del colapso del muro.

13. El Revisor concluye (por tanto reconoce), que el proceso constructivo tampoco fue el mejor, pero su responsabilidad es menor. Al respecto, sostiene que el revisor reconoce deficiencias del proceso constructivo y por tanto de la supervisión a cargo de Plan COPESCO Nacional. Conforme al peritaje de parte elaborado por el Ingeniero Civil Sadot de José Flores Mendoza, en el numeral 5.2 C. Señala "se aprecia que para cimentar los muros de contención, en cumplimiento de la normatividad vigente y la buena práctica de ingeniería se ha omitido: el control de la resistencia del terreno, el grado de compactación de la superficie de desplante, el empotramiento del muro de contención, ensayos de los materiales utilizados para el concreto, los protocolos de calidad del concreto utilizado, los empalmes y traslapes de la armadura de acero corrugado, se ha constatado el material de relleno no es homogéneo y es de diferentes tipos, los daños ocasionados por los fenómenos del oleaje evidencian los traslapes, el relleno y la geometría de las vigas de cimentación, lo que conlleva a concluir un inadecuado proceso constructivo, que redunda en el deterioro prematuro de la infraestructura y en la baja resistencia a los embates de los oleajes de la alta marea."

14. El Revisor concluye que COPESCO aprueba el expediente de buena fe, confiando en que los especialistas contratados realizarán satisfactoriamente sus proyectos. Al respecto, el consultor considera que se ha cumplido a cabalidad con el servicio y los alcances establecidos en los términos de referencia de la consultoría, la misma que fuera aprobada por los profesionales supervisores en cada una de las etapas del proyecto y finalmente aprobada mediante acto resolutivo, con el cual la entidad ejecutó la obra sin hacer ninguna consulta durante el proceso constructivo.

15. El Revisor concluye que los muros colapsaron por erosión en su base, por ello las deformaciones y fisuras. La razón no tener en cuenta y/o desconocer la erosión por oleaje. Contradice esta conclusión ya que no existe en el Reglamento Nacional de Edificaciones, norma o procedimiento que regule o establezca un parámetro de profundidad de este tipo de cimentaciones frente al mar, puesto que aún no se ha establecido o normado el procedimiento para cuantificar estas fuerzas anómalas de la naturaleza, cuyos daños son imposibles de prever y cuantificar.

..."

Finalmente, el Arbitro Único, verifica que mediante Resolución del 16 de marzo de 2015, se admite a trámite el medio de prueba presentado por el

DEMANDANTE en fecha 12 de diciembre de 2014, consistente en la Opinión Técnico Especializada del Ingeniero José Benito Vivanco Vivanco, sobre el sistema de protección al malecón de la Playa Máncora y sobre los alcances de la consultoría, en el cual se señala:

1. *No está descrito en los alcances de los Términos de Referencia, ni en las bases integradas del contrato, párrafo que mencione elaborar estudios "Protección ribereña del Malecón de la Playa de Máncora" ya que dichos estudios requieren de un mayor número de estudios complementarios que no fueron descritos en sus alcances.*
2. *Para elaborar un proyecto de protección de Costas, específicamente en la Playa de Máncora, como protección del Malecón que se encuentra dentro de la LAM (Línea de alta marea), se deben efectuar previamente estudios oceanográficos, tales como levantamientos de batimetría (relieve de fondo marino) hasta profundidades de -30.0 m y empalmar con portulanos de editados por DHN de la marina y con estos efectuar un estudio de oleajes (De dos direcciones como mínimo), con diagramas de refracción de olas y determinar hasta qué nivel llegarán las olas en una marejada o braveza extraordinaria, acompañada por el estudio de mareas, corrientes marinas, estudio de vientos etc., para finalmente efectuar un análisis y estudio de transporte de sedimentos, que nos dará la conclusión del grado de estabilidad de la playa o su propensión a ser erosionado o arenado, para que el profesional especialista en Ingeniería de Costas pueda plantear las alternativas de protección de playas y riberas, proponiendo obras de protección marginal, espigones, rompeolas para evitar la erosión de las playas y/o propiciar el arenamiento de las mismas. Todos los estudios mencionados demandan la intervención de personal y equipo especializado (Equipos de GPS digitales, ecosondas, mareógrafos, ológrafos, correntómetros, botes, técnicos en mediciones oceanográficas, ecosondistas, buzos, maniobristas, etc.), los que no se mencionan en los Términos de Referencia.*
3. *Por el grado de especialización que requiere, estos estudios son efectuados por empresas especializadas en estudios hidro-oceanográficos registrados en la Dirección de Capitanías y Guardacostas (DICAPI) de la Marina de Guerra del Perú y los proyectos costeros portuarios, son elaborados por un Consultor con especialidad en Ingeniería de Costas y Puertos (Especialidad 2. Consultoría en obras viales, puestos y afines registrado en el RNP del OSCE), con el único objetivo de lograr el equilibrio dinámico y protección de las playas, por lo que no podría ser elaborado por un consultor que no tiene esta especialidad (Consultor de edificaciones y obras menores) que señala los Términos de Referencia.*

4. *Estos estudios dependiendo de la magnitud y ubicación del área a estudiar fluctúan entre 25,000 a 30,000 dólares americanos, pues requieren de personal y equipo especializado, que no los menciona ni en la convocatoria, ni en los Términos de Referencia, como monto ni relación de personal especializado a intervenir (Requerimientos Técnicos Mínimos)."*

En efecto, lo anteriormente expresado está sustentado en los siguientes argumentos: (1) En los Términos de Referencia no figura expresamente la obligación de ejecutar estudios hidro-oceanográficos (mediciones batimétricas, corrientes marinas, estudio de olas, mareas, carta de inundación, vientos, estudios de suelos a lo largo de la playa etc.), requisito imprescindible que permitan la ejecución de un proyecto de protección ribereña de cualquier playa y expresamente del malecón de la Playa de Máncora; (2) No figura como parte del personal requerido al consultor, profesionales especialistas en ingeniería de costas, ingeniería portuaria u oceanográfica, que son quienes realizan estos estudios especializados; (3) No se pide que el consultor sea una empresa registrada en la Dirección de Capitanías y Guardacostas (DICAPI), de la Marina de Guerra del Perú, o que como parte de su obligación contrate a una empresa especializada en este tipo de estudios y proyectos de ingeniería de costas; (4) No se pide que el consultor tenga experiencia en estudios de ingeniería de costas, ingeniería portuaria, u oceanográfica como los mencionados en el punto 1; y, (5) Del monto total del contrato de toda la consultoría que asciende a 55,015.24 nuevos soles y que consta de cinco componentes, uno de los cuales es la remodelación del parque de la Playa de Máncora, se desprende que, los costos no han previsto ningún estudio como los requeridos para elaborar un expediente de protección de costas.

En el contexto del presente análisis corresponde al Árbitro Único señalar que se ha verificado que respecto al diseño arquitectónico y estructural se incorporaron elementos suficientes para dotar al proyecto de una adecuada protección contra oleajes, acreditándose dicha actividad con el cálculo del diseño del muro de contención desarrollado por el Ingeniero Jorge Romero Sotelo, al considerar en el diseño la magnitud de los oleajes propios de la zona y otorgarle resistencia hasta por un rango de 27 veces superior al empuje de las olas sobre el muro, conforme lo acreditó el DEMANDANTE, sin que dicho extremo haya sido desvirtuado por el DEMANDADO, por lo que se puede concluir que el DEMANDADO incorporó en su diseño elementos suficientes para darle al Proyecto de acuerdo a la naturaleza de la intervención "Acondicionamiento".

El Arbitro Único verifica que los Términos de Referencia contenidos en el contrato, tienen por propósito describir con exactitud la naturaleza de las actividades que debía desarrollar el DEMANDANTE para ejecutar las prestaciones a su cargo, las mismas que se consideraron para establecer en sus parámetros los componentes del perfil declarado viable por el Sistema Nacional de Inversión Pública.

Por las razones expuestas y por el mérito de los medios probatorios aportados por las partes y los peritajes e informes presentados, se concluye que el DEMANDANTE incorporó en el diseño arquitectónico y estructural, elementos suficientes para dotar al proyecto de una adecuada protección contra oleajes, conforme a la naturaleza del proyecto que consistía en el Acondicionamiento turístico de la zona centro de la Playa Máncora.

Corresponde ahora analizar el aspecto señalado por el DEMANDANTE que consiste en verificar que no haya incurrido en cumplimiento defectuoso o actuar negligente en la elaboración del Expediente Técnico "Acondicionamiento turístico de la zona centro de la playa de Máncora", al haberse elaborado el expediente técnico conforme a los Términos de Referencia previstos en las Bases integradas, perfil de inversión, incorporando en el diseño arquitectónico y estructural, elementos suficientes para dotar al proyecto de una adecuada protección contra oleajes.

Al respecto, resulta pertinente verificar si se ha cumplido con la aplicación de lo dispuesto por el artículo 233° del Reglamento, que dispone:

***"Artículo 233°.- Recepción y conformidad***

*La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o de los funcionarios designados por la Entidad, sin perjuicio de lo que esta última disponga en sus normas de organización interna.*

*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.*

*... De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación en función a la complejidad del bien o servicio...*

*... La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos."*

Asimismo, resulta pertinente verificar si se ha cumplido con la aplicación de lo dispuesto por la Cláusula Séptima del Contrato, que expresamente dispone:

**"CLÁUSULA SÉTIMA.- RECEPCIÓN Y CONFORMIDAD**

*La conformidad del servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 233 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Será emitida por la Dirección Ejecutiva del Plan COPESCO Nacional, previo informe del encargado del Área de Expedientes Técnicos de la Unidad de Estudios y Proyectos.*

*En caso de existir observaciones se levantará un Acta de Observaciones; en la que se indicará claramente en que consisten éstas, dándole a EL CONTRATISTA un plazo prudente para su subsanación, no menor a 02 ni mayor a 10 días calendario, según sea el caso.*

*Se después del plazo otorgado a EL CONTRATISTA, LA ENTIDAD considera que no se ha cumplido a cabalidad con la subsanación, podrá resolver el contrato”*

Dicho esto, corresponde ahora tener en cuenta qué se entiende por “cumplimiento defectuoso” y por “acción negligente”. Al respecto, la doctrina nos ilustra en el sentido que el cumplimiento defectuoso es la realización de la prestación debida por el deudor hecha de forma que contraviene al tenor de la obligación, de una manera no esencial y causando perjuicios al acreedor. De ahí que se la denomine también contravención obligacional o cumplimiento inexacto. Y es que el obligado, aunque cumple la prestación, cumple mal o con defectos; es decir, no se ajusta a los requisitos razonablemente exigidos por la obligación para que el cumplimiento sea satisfactorio y, en consecuencia, liberatorio. El cumplimiento defectuoso se conoce también como incumplimiento impropio o incumplimiento de segundo grado. En cualquier caso, su producción desencadena responsabilidad obligacional.

Según el sistema normativo e incluso en la doctrina se reconocen generalmente tres grandes tipos de criterios de imputación del incumplimiento en sentido material a un contratante: El dolo, la culpa o negligencia y la responsabilidad objetiva. La culpa o negligencia se debe a que la parte contractual incumplidora no haya ajustado su comportamiento, previo o simultáneo a las conductas contractuales, a las medidas de cuidado, precaución, atención o desenvolvimiento que son exigidas por el contrato o las normas imperativas, los usos y la buena fe.

En efecto, el Arbitro Único verifica que el DEMANDADO ha cumplido con el procedimiento formal establecido en la norma legal y en las cláusulas contractuales respectivas, para que la DEMANDADA emita la conformidad del servicio. En este sentido, el DEMANDANTE una vez ejecutada sus obligaciones contractuales procedió a hacer efectiva dentro de los plazos previstos los entregables correspondientes a la prestación del servicio en tres etapas, conforme a lo dispuesto en el numeral 15) de los Términos de Referencia, hecho acreditado por el DEMANDANTE, habiendo el DEMANDADO conforme consta en el expediente arbitral, emitido los Informes de conformidad correspondientes, de la siguiente manera:

- Mediante Carta S/N, de fecha 15 de junio de 2009, el DEMANDANTE presentó el entregable correspondiente a la primera etapa de la consultoría (numeral 15.1 de los Términos de Referencia), consistente en los estudios preliminares y anteproyecto.

- Según Informe N° 119-2009-MINCETUR-COPESCO/MVP, de fecha 07 de julio de 2009, el Especialista en Proyectos del Plan COPESCO Nacional – MINCETUR, concluye señalando que la primera etapa del proyecto “Acondicionamiento Turístico de Zona Centro de la Playa de Máncora”, se encuentra conforme.
- Mediante Carta s/n -2009-Irc-Máncora, de fecha 14 de agosto de 2009, se presentó el segundo entregable (numeral 15.2 de los Términos de Referencia), consistente en los estudios de suelos, análisis de impacto ambiental y planos preliminares del proyecto definitivo.
- Según Informe N° 129-2009-MINCETUR-COPESCO/MVP, de fecha 17 de julio de 2009, el Especialista en Proyectos del Plan COPESCO Nacional – MINCETUR, concluye señalando que la segunda etapa del expediente técnico proyecto “Acondicionamiento Turístico de Zona Centro de la Playa de Máncora”, se encuentra conforme.
- Mediante Carta S/N, de fecha 18 de setiembre de 2009, el DEMANDANTE presentó el tercer entregable del expediente técnico (numeral 15.3 de los Términos de Referencia), correspondiente al informe final para su revisión y aprobación correspondiente,
- Según Informe N° 151-2009-MINCETUR-COPESCO/MVP, de fecha 02 de noviembre de 2009, el especialista en Proyectos del Plan COPESCO Nacional – MINCETUR, concluye señalando que habiéndose levantado y corregido las observaciones subsistentes se da la conformidad al Expediente Técnico Proyecto “Acondicionamiento Turístico de Zona Centro de la Playa de Máncora”.

Adicionalmente, consta en el presente expediente arbitral que el DEMANDADO, mediante Resolución Directoral N° 114-2009-MINCETUR/COPESCO-DE, emitida el 05 de noviembre de 2009, por la Dirección Ejecutiva del Plan COPESCO Nacional – MINCETUR, aprobó administrativamente el Expediente Técnico: “Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa de Máncora”, por un monto ascendente a S/ 3'401,283.76 (Tres Millones Cuatrocientos Un Mil Doscientos Ochenta y Tres con 76/100 Nuevos Soles), el mismo que contiene:

- 1.0.- Volumen I: Resumen Ejecutivo.
- 2.0.- Volumen II: Expediente Técnico: Ingreso a la Playa de Máncora y señalización.
- 3.0.- Volumen III: Expediente Técnico: “Remodelación del Parque de la Playa de Máncora”.
- 4.0.- Volumen IV: Expediente Técnico: “Tratamiento Paisajístico-Albufera”.
- 5.0.- Volumen V: Expediente Técnico: “Saneamiento (Aqua-Desague)”.
- 6.0.- Volumen VI: Expediente Técnico: “Instalaciones Eléctricas”.

7.0.- Volumen VII: Expediente Técnico: "Estudios Básicos".  
Informe de levantamiento se servicios básicos  
Factibilidad de servicios básicos.  
Informe de vulnerabilidades de terreno.  
Evaluación Ambiental Preliminar.  
Levantamiento Topográfico.  
Estudio de Suelos.

Dicho todo esto, el Arbitro Único concluye que en el presente caso no está probado que el DEMANDANTE, en relación a dotar al proyecto de una adecuada protección contra oleajes, haya cumplido mal la prestación a su cargo o con defectos o sin los requisitos razonablemente exigidos en los Términos de Referencia, y por ende, en el contrato; todo lo contrario, una vez verificada la entrega de los informes que acreditan la presentación de los tres entregables por parte del DEMANDANTE, se advierte que el DEMANDADO ha emitido su conformidad en señal de que la prestación fue cumplida en forma satisfactoria.

También se verifica en el Informe presentado por el Ingeniero Civil Jorge Andrés Romero Sotelo, denominado "Contradicción a las opiniones del Ingeniero José Acero Martínez sobre la Revisión y Pronunciamiento de la especialidad de estructuras del expediente técnico del proyecto acondicionamiento turístico de la zona centro de la playa Máncora", presentado por MINCETUR, específicamente en su numeral 14, que:

*"Al respecto el consultor (DEMANDANTE) ha cumplido a cabalidad con el servicio y los alcances establecidos en los Términos de Referencia de la consultoría. La cual fue aprobada por los profesionales supervisores de la Entidad en cada una de las etapas del proyecto, y finalmente fue aprobado el expediente técnico, mediante acto resolutivo con el cual la Entidad ejecutó la obra sin hacer ninguna consulta durante todo el proceso constructivo".*

En efecto, está acreditado en autos que el Consultor DEMANDANTE jamás fue consultado por la Entidad DEMANDADA, en la etapa de la ejecución de obra ni tampoco se le solicitó ni se le permitió realizar descargos en la etapa de la acción de control realizada sobre sus trabajos.

Por las razones expuestas, se concluye que el DEMANDANTE no ha incurrido en "cumplimiento defectuoso" en la realización de sus trabajos de consultoría. Del mismo modo y por el mismo mérito de los fundamentos antes expuestos, se concluye que el DEMANDANTE, durante la ejecución del contrato, dotó al Proyecto de una adecuada protección contra oleajes, de acuerdo a las exigencias de los Términos de Referencia previstos en el Contrato, ajustando su comportamiento, previo y simultáneo a las conductas contractuales, a las medidas de cuidado, precaución, atención y desenvolvimiento exigidas por el Contrato y las normas aplicables, lo que también se acredita con la emisión de

la conformidad por parte del DEMANDADO; en este sentido, el DEMANDANTE tampoco ha actuado de "manera negligente" en la realización de sus trabajos de consultoría.

Considerando lo expuesto, el Arbitro Único concluye señalando que corresponde declarar que el DEMANDANTE no ha incurrido en cumplimiento defectuoso ni accionar negligente en la elaboración del Expediente Técnico "Acondicionamiento turístico de la zona centro de la playa de Máncora", al haberse elaborado el Expediente Técnico conforme a los Términos de Referencia previstos en las Bases integradas, perfil de inversión, incorporando en el diseño arquitectónico y estructural elementos suficientes para dotar al proyecto de un adecuada protección contra oleajes; razón por la que corresponde declarar fundada la primera pretensión de la demanda.

## SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA:

*"Determinar si corresponde declarar que el "Componente Protección del Malecón Turístico de la Zona Central de la Playa Máncora", no forma parte de las intervenciones materia del Contrato de consultoría para la elaboración del expediente técnico, de fecha 06 de marzo del 2009 (en adelante el CONTRATO), y consecuentemente, no forma parte de las prestaciones a cargo del DEMANDANTE".*

Para el análisis correspondiente el Árbitro Único considera que este punto controvertido se encuentra relacionado con el Primer Punto Controvertido, razón por la que reitera las consideraciones expuestas para la resolución del referido punto controvertido, por cuanto al concluirse que el DEMANDANTE elaboró el Expediente Técnico "Acondicionamiento turístico de la zona centro de la playa de Máncora", conforme al Contrato, a las Bases Integradas, a los Términos de Referencia y al Proyecto de Inversión Pública aprobado, entonces no ha existido ningún tipo de in ejecución de obligaciones por su parte.

En efecto, luego del análisis documental realizado sobre el contenido del Contrato, de las Bases Integradas, de los Términos de Referencia, así como el marco del Proyecto de Inversión Pública aprobado, se verifica que la naturaleza de la intervención definida en el objeto del proyecto está destinado, como su propio nombre lo indica, a un "Acondicionamiento", mientras que dichos documentos materia de la prestación no contenían en forma específica como exigencia contractual a cargo del proyectista la obligación de elaborar un "sistema" de protección contra oleajes, o, mucho menos, un Componente de Protección del Malecón Turístico de la Zona Central de la Playa Máncora.

Bajo esta premisa, adicionalmente, el Arbitro Único considera importante resaltar la prueba aportada por el DEMANDANTE y algunos alcances que se desprenden de la acción de control realizada a la Entidad DEMANDADA.

Respecto a la prueba aportada por el DEMANDANTE, en su escrito de demanda, se tiene que la Resolución Directoral N° 159-2011-MINCETUR/COPESCO-DE, acredita la existencia de otro componente distinto al "acondicionamiento", "Componente Protección del Malecón Turístico", el mismo que fue elaborado en el año 2010, por el Ing. Civil Ricardo Blanco Cassana, en merito a la Orden de Servicio N° 2010-00374. Es decir, existió otro componente distinto y diferente al componente "Acondicionamiento turístico de la zona centro de la playa de Máncora", denominado "Componente Protección del Malecón Turístico". Dicho medio probatorio ofrecido por el DEMANDANTE no fue cuestionado de manera alguna por el DEMANDADO.

Al respecto, el DEMANDANTE, en su escrito de demanda, afirmó:

"De la inexistencia de obligación de incluir un componente de protección contra oleajes.

22. *Sostenemos, que el proyecto, "Acondicionamiento Turístico De La Zona Centro De La Playa De Máncora - Componente Protección Del Malecón Turístico" no constituyó obligación a cargo del consorcio LR+VM consultores asociados, sino por el contrario formó parte de otro proyecto distinto viabilizado por la misma entidad.*
23. *Conforme se puede advertir de la Resolución Directoral No. 159-2011-MINCETUR/COPESCO-DE, en su tercer considerando, se refiere expresamente a la elaboración del expediente técnico del proyecto "Acondicionamiento Turístico De La Zona Centro De La Playa De Máncora - Componente Protección Del Malecón Turístico", el mismo que fue elaborado por el Ing. Civil, Ricardo blanco Cassana con CIP, 12960 en merito a la orden de servicio no. 2010-00374, del año 2010.*
24. *Como puede apreciarse, la orden de servicio para la elaboración del expediente técnico del proyecto "Acondicionamiento Turístico De La Zona Centro De La Playa De Máncora - Componente Protección Del Malecón Turístico" es muy anterior a la fecha en la que se presentaron los fenómenos anómalos de fuertes oleajes, que ocasionaron la afectación del malecón.*
25. *De modo, que tanto la entidad Plan Copesco, como el MINCETUR, y todas las autoridades involucradas estaban absolutamente advertidos de la necesidad de incorporar en la infraestructura turística de la zona central de la playa Máncora, el componente de protección del malecón turístico, tanto es así, que desde el año 2010, ya se habían iniciado los actos destinados a su ejecución, como es la designación del consultor a cargo de*

dicho componente, designación que recayó en el Ing. Civil Ricardo Blanco Cassana.

26. Mal podrían entonces, imputarnos un supuesto incumplimiento contractual, al no diseñar un componente de protección contra oleajes anómalos, cuando dicho componente fue encargado a otro consultor, el mismo que efectivamente elaboró el componente de protección, hechos ocurridos con anterioridad a la presencia de los oleajes anómalos.

28. El hecho de que el Plan Copesco, apresuradamente y sin contar previamente, con el expediente técnico y la obra del Componente Protección Del Malecón Turístico, haya decidido efectuar primero la construcción del proyecto "Acondicionamiento Turístico De La Zona Centro De La Playa de Máncora", es una responsabilidad que asumió directamente Plan Copesco Nacional, entidad del Ministerio De Comercio Exterior Y Turismo – MINCETUR.

29. Sostenemos que el consorcio consultor, LR+VM consultores asociados, no es responsable de las imputaciones que efectúa plan Copesco Nacional – MINCETUR, por la inexistencia en el proyecto de un componente de protección del malecón, por dos motivos esenciales:

1. Dicho componente, no se encuentra señalado como tal en las intervenciones materia de la consultora, establecidas expresa y taxativamente en el numeral 4. De los términos de referencia, de las bases integradas, que forman parte del contrato de fecha 06 de marzo del 2009, y,

2. Dicho componente, estaba considerado como un proyecto independiente, un expediente técnico que contenía sus propios planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto, conforme queda acreditado con la Resolución Directoral No. 159-2011-MINCETUR/COPESCO-DE.

Respecto a la acción de control se tiene que, conforme señala el DEMANDANTE, en su escrito de demanda, "este hecho es fundamental, para nuestra pretensión por cuanto, no se nos puede imputar el incumplimiento de incorporar en el proyecto a nuestro cargo, un componente de protección, e imputar como consecuencia de no haberlo previsto, el daño por presencia de un oleaje anómalo, ascendente a la suma de S/. 723,969.00, cuando la propia entidad lo había considerado necesario y urgente en los proyectos a ejecutarse referidos a la zona centro de la playa de Máncora."

Mediante escrito de fecha 28 de agosto de 2013, el DEMANDANTE ofrece como medio probatorio el Informe Técnico N° 01-2011-JB, elaborado por el Ing. Civil Juan Domingo Benavente Gálvez, que contiene la evaluación del expediente técnico y la cuantificación de los daños ocurridos en la obra: Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa Máncora, cuyo numeral 6 precisa los siguiente:

*"Derivado de los hechos descritos se formuló el hallazgo según lo indicado a continuación:*

*Aprobación del expediente técnico de la obra Acondicionamiento Turístico de la zona centro de la playa de Máncora, sin considerar una adecuada protección contra oleajes, lo que tampoco fue advertido durante la ejecución de la obra, originó que el componente remodelación del parque de la playa de Máncora se encuentre dañado y parcialmente colapsado a menos de tres meses de culminada la obra, al haber sido afectado seriamente por los oleajes producidos en la zona."*

En el mismo informe, en la página 35, obra textualmente los cometarios y aclaraciones de la Ex Directora Ejecutiva del Plan COPESCO Nacional, Sra. Betty Soledad Contreras Caballón, que, al respecto, señala lo siguiente:

*"Como se demuestra, el estudio de pre inversión el PIP Acondicionamiento turístico de la zona centro de la playa Máncora, no contempló realizar obras de protección contra oleajes, por el contrario no identificó riesgos de desastres en el área a intervenir, tan es así que recomienda la "Remodelación de la Plazoleta", es decir, ejecutar la obra en el mismo lugar de la plazoleta ya existente."*

*(Subrayado agregado)*

Asimismo, la evaluación de la Comisión Auditora, en el punto tres, refiere lo siguiente:

*"La Sra. Betty Contreras, afirma que en el período en que se elaboró el estudio de pre inversión no se dieron situaciones de oleajes anómalos por eso no se detectaron riesgos; sin embargo, como reiteramos en setiembre de 2009, tomó conocimiento de las situaciones anómalas que venían ocurriendo con la marea, y no se preocupó por supervisar que este aspecto sea considerado en la elaboración del Expediente Técnico."*

Del mismo y considerando la prueba ofrecida por ambas partes en sus escritos de demanda arbitral y contestación a la demanda arbitral, respectivamente, el Informe de Auditoría N° 005-2011-02-5302, sobre Examen Especial a la Ejecución de Proyectos de Inversión Pública por la Unidad Ejecutora 004, Plan COPESCO Nacional, que corresponde a la Acción de Control Programada con

el Código N° 2-5302-2011-003, la Conclusión N° 1 contenida en la página 107, señala lo siguiente:

*"El expediente técnico de la obra "Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa de Máncora", fue aprobado no obstante que los profesionales de la Unidad de Estudios del plan COPESCO Nacional, no realizaron una adecuada evaluación y supervisión del mismo, por cuanto no se consideró la ejecución de una adecuado sistema de protección para el malecón.*

*... Las situaciones comentadas se han dado por la negligencia de los Especialistas de la Unidad de Estudios, así como del Coordinador de Obra y Jefe de la Unidad de Obras y la falta de supervisión de la ex Directora Ejecutiva, quienes en su oportunidad y de acuerdo a su nivel de competencia, no adoptaron acciones para dotar al Malecón de la Playa de Máncora, de un adecuado y eficiente sistema de protección contra oleajes y mareas..."*

Adicionalmente, el Informe Especial N° 01-2012-2-5302, emitido por el Órgano de Control Institucional del MINCETUR, sobre Responsabilidad Civil por inejecución de obligaciones en la elaboración y aprobación del expediente técnico y construcción de la obra Acondicionamiento Turístico de la zona centro de la Playa Máncora – Componente Remodelación del Parque de la playa Máncora, presentado como medio probatorio por ambas, señala:

*"La situación expuesta, ha sido originada por:*

*• La negligencia grave de los especialistas de la Unidad de Estudios y Proyectos del PCN, quienes aprobaron el Expediente Técnico de la Obra "Acondicionamiento Turístico de Zona Centro de la Playa de Máncora", sin cautelar que haya sido adecuadamente elaborado, por cuanto no se consideró el hecho que debía darse al malecón de un adecuado sistema de protección contra los oleajes y mareas, aspecto que era de conocimiento de los especialistas de la Unidad de Estudios."*

Como se observa, son varios los alcances que se desprenden de la acción de control que acreditan la responsabilidad incurrida por parte de los funcionarios del DEMANDADO.

Finalmente, el Arbitro Único reitera que resulta pertinente considerar la Opinión Técnica Especializada aportada por el Ingeniero José Benito Vivanco Vivanco, especialista en Ingeniería de Costas y Puertos, referido en el desarrollo del Primer Punto Controvertido, quien señala que:

*"1. No está descrito en los alcances de los Términos de Referencia, ni en las bases integradas del contrato, párrafo que mencione elaborar estudios "Protección ribereña del Malecón de*

*la Playa de Máncora*" ya que dichos estudios requieren de un mayor número de estudios complementarios que no fueron descritos en sus alcances.

2. Para elaborar un proyecto de protección de Costas, específicamente en *la Playa de Máncora*, como protección del Malecón que se encuentra dentro de la LAM (Línea de alta marea), se deben efectuar previamente estudios oceanográficos, tales como levantamientos de batimetría (relieve de fondo marino) hasta profundidades de -30.0 m y empalmar con portulanos de editados por DHN de la marina y con estos efectuar un estudio de oleajes (De dos direcciones como mínimo), con diagramas de refracción de olas y determinar hasta qué nivel llegarán las olas en una marejada o braveza extraordinaria, acompañada por el estudio de mareas, corrientes marinas, estudio de vientos etc., para finalmente efectuar un análisis y estudio de transporte de sedimentos, que nos dará la conclusión del grado de estabilidad de la playa o su propensión a ser erosionado o arenado, para que el profesional especialista en Ingeniería de Costas pueda plantear las alternativas de protección de playas y riberas, proponiendo obras de protección marginal, espigones, rompeolas para evitar la erosión de las playas y/o propiciar el arenamiento de las mismas. Todos los estudios mencionados demandan la intervención de personal y equipo especializado (Equipos de GPS digitales, ecosondas, mareógrafos, ológrafos, correntómetros, botes, técnicos en mediciones oceanográficas, ecosondistas, buzos, maniobristas, etc.), los que no se mencionan en los Términos de Referencia.

3. Por el grado de especialización que requiere, estos estudios son efectuados por empresas especializadas en estudios hidro-oceanográficos registrados en la Dirección de Capitanías y Guardacostas (DICAPI) de la Marina de Guerra del Perú y los proyectos costeros portuarios, son elaborados por un Consultor con especialidad en Ingeniería de Costas y Puertos (Especialidad 2. Consultoría en obras viales, puestos y afines registrado en el RNP del OSCE), con el único objetivo de lograr el equilibrio dinámico y protección de las playas, por lo que no podría ser elaborado por un consultor que no tiene esta especialidad (Consultor de edificaciones y obras menores) que señala los Términos de Referencia.

4. Estos estudios dependiendo de la magnitud y ubicación del área a estudiar fluctúan entre 25,000 a 30,000 dólares americanos, pues requieren de personal y equipo especializado, que no los menciona ni en la convocatoria, ni en los Términos de Referencia, como monto ni relación de personal especializado a intervenir (Requerimientos Técnicos Mínimos)."

Por las razones expuestas, el Arbitro Único concluye, en concordancia con lo analizado y resuelto en el Primer Punto Controvertido, que luego de analizados

los Términos de Referencia, las Bases integradas, el Contrato, y el Proyecto de Inversión Pública aprobado, todos ellos de obligatorio cumplimiento por las partes del contrato, no se observa objetivos específicos ni obligación expresa que incluya como exigencia contractual a cargo del proyectista la obligación de elaborar un sistema de protección contra oleajes o un "Componente Protección del Malecón Turístico de la Zona Central de la Playa Máncora", que involucraría haber contemplado en el proyecto otras obras de diferente especialidad y envergadura a las contratadas, como son la ejecución de espigones, rompemuelles, alimentación artificial de playa, etc.; razón por la que corresponde declarar fundada la segunda pretensión de la demanda.

### TERCER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA:

*"Determinar si corresponde declarar que el DEMANDANTE no se encuentra obligado a pagar en forma individual o solidaria, a favor del DEMANDADO la suma de S/ 723,969.21 (Setecientos Veintitrés Mil Novecientos Sesenta y Nueve y 21/100 Nuevos Soles), por concepto de daños y perjuicios, provenientes de los daños producidos por los oleajes anómalos ocurridos en setiembre de 2011".*

Al respecto, el Arbitro Único verifica que a la fecha existe un proceso judicial que se viene tramitando ante el Décimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, sobre Indemnización de Daños y Perjuicios, Expediente Judicial N° 11330-2013, iniciado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo en contra de los DEMANDANTES y otras personas, como resultado del Informe del Órgano de Control Institucional N° 01-2012-02-5302.

Por otro lado, el Árbitro Único considera que no cuenta con la información necesaria sobre los hechos, ni tampoco el DEMANDANTE ha aportado los medios probatorios que le produzcan convicción y certeza respecto de la procedencia de este punto controvertido, ni puede comprobar la existencia de los cuatro elementos esenciales para declarar la procedencia o no de la indemnización: el comportamiento dañoso, el daño causado, la culpabilidad y la relación causal.

Sobre este tema, Felipe Osterling Parodi, en su libro "La indemnización de daños y perjuicios" (Página 398), recuerda que para que proceda la indemnización de daños y perjuicios se requiere la concurrencia de tres elementos: (a) La inejecución de la obligación, que es el elemento objetivo; (b) La imputabilidad del deudor, o sea el vínculo de causalidad entre el dolo y la culpa y el daño, que es el elemento subjetivo; y, (c) El daño, pues la responsabilidad del deudor no queda comprometida si no cuando la inejecución de la obligación ha causado un daño al acreedor. Como se observa, en el presente proceso no se cuenta con la información ni con los medios probatorios necesarios para comprobar la concurrencia de estos tres elementos.

Por estas razones, corresponde declarar infundada la tercera pretensión de la demanda.

#### **COSTAS Y COSTOS PROCESALES:**

El Árbitro Único debe pronunciarse en este laudo respecto de los costos del arbitraje, conforme a lo dispuesto por el inciso 2 del Artículo 56º de la Ley de Arbitraje.

Para distribuir los costos del arbitraje se debe tener en cuenta el acuerdo de las partes, conforme a lo dispuesto por el inciso 1 del Artículo 73º de la Ley de Arbitraje.

Teniendo en consideración que el convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato, no ha establecido pacto alguno acerca de los costos arbitrales, corresponde que Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Desde el punto de vista del Árbitro Único y conforme a las consideraciones expuestas en el presente laudo para la resolución de los tres puntos controvertidos, tanto el DEMANDANTE como el DEMANDADO, tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus intereses y pretensiones en la vía arbitral, razón por la que corresponde disponer que el DEMANDANTE y DEMANDADO asuman la totalidad de los costos arbitrales del presente proceso, en una proporción de 50% a cada uno.

#### **LAUDO:**

Por estas consideraciones, este Árbitro Único, en función del análisis efectuado en Derecho y en mérito a las consideraciones antes expuestas, procede a laudar en los siguientes términos:

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar INFUNDADA la excepción de caducidad formulada por el DEMANDADO, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de este laudo.

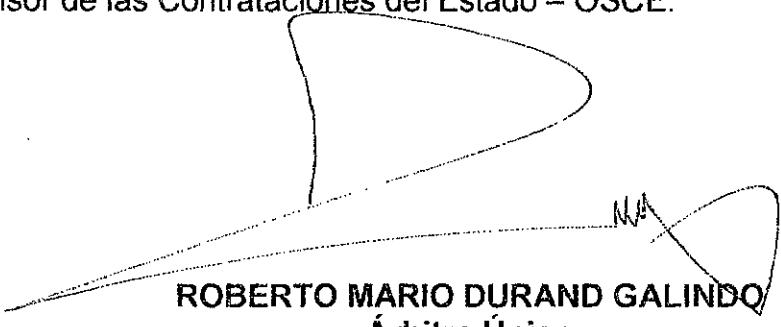
**SEGUNDO:** Declarar FUNDADA la primera pretensión de la demanda, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de este laudo.

**TERCERO:** Declarar FUNDADA la segunda pretensión de la demanda, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de este laudo.

**CUARTO:** Declarar INFUNDADA la tercera pretensión de la demanda, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de este laudo.

**QUINTO:** ORDENAR que cada parte asuma el pago de la mitad de los costos arbitrales decretados en este proceso; asimismo, cada parte asumirá las costas y costos en que incurrieron a raíz del presente proceso arbitral.

**SEXTO:** DISPONER que el Secretario Arbitral notifique el presente laudo a las partes y publique una copia del mismo en la página web del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.

  
**ROBERTO MARIO DURAND GALINDO**  
Árbitro Único