

LAUDO ARBITRAL

RESOLUCIÓN N° 14

Lima, 14 de enero de 2016

INTRODUCCIÓN.-

LAS PARTES : **PLAN COPESCO NACIONAL**

LAYOS SAC

ARBITRO : **JOSÉ MIGUEL CARRILLO CUESTAS**

SECRETARÍA ARBITRAL: **DIRECCIÓN DE ARBITRAJE ADMINISTRATIVO
DE OSCE**

VISTOS:

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.-

Con fecha 22 de enero de 2012, PLAN COPESCO NACIONAL (en adelante la Entidad o la demandante) y LAYOS SAC (en adelante el Contratista o la demandada) suscribieron el Contrato de Adjudicación Directa Selectiva N° 038-2012-MINCETUR/COPESCO/CEP correspondiente al Servicio de Peritaje de la Obra: "Acondicionamiento Turístico de Zona Centro de Playa Mancora", en adelante EL CONTRATO.

De acuerdo a la Cláusula Décimo Cuarta de EL CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

"Cláusula Décimo Cuarta: Solución de controversias:

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual

dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177 y 181 del Reglamento o, en su defecto, del artículo 52 de la Ley 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 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

Solo procede la acumulación de pretensiones cuando ambas partes estén de acuerdo, para tal efecto la parte que deseé acumular cursará una comunicación a la otra indicando la pretensión o pretensiones que pretende acumular; esta última emitirá su pronunciamiento en el plazo perentorio de 10 días hábiles, a falta de respuesta la acumulación se entenderá por no aceptada"

De acuerdo a lo anterior queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre la partes en el presente proceso arbitral.

II. DESIGNACIÓN DEL ARBITRO.-

El Árbitro Único declara haber sido designado de acuerdo a ley, reiterando que no tienen ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, y ratificando su obligación de desempeñar el cargo de árbitro con justicia, imparcialidad y probidad la labor encomendada, tal como lo dispone el Código de Ética aprobado mediante Resolución No 258-2008-CONSUCODE/PRE y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de junio de 2008.

III. TIPO DE ARBITRAJE.-

El día 30 de octubre de 2014 se llevó a cabo en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, la Audiencia de Instalación del Árbitro Único. A dicha audiencia asistió la demandante representada por el señor Humberto William Leiva Viteri, y la demandada representada por su Gerente General el señor Gustavo Roberto Cano Ujimori.

En la referida Audiencia de Instalación, se estableció que en virtud de lo pactado en la Cláusula Décimo Cuarta de EL CONTRATO, el arbitraje sería Ad Hoc, Nacional y de Derecho.

IV. REGLAS APLICABLES AL PRESENTE ARBITRAJE.-

En la referida Audiencia de Instalación, el Árbitro se ratificó en su aceptación al cargo para el que fue nombrado y quedaron firmes las reglas procesales consignadas en dicha Acta.

Así, se estableció que para el proceso, serán de aplicación las reglas procesales establecidas por las partes, la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, y las Directivas que apruebe el OSCE. Supletoriamente, se aplicarán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje.

Aunado a ello, en caso de insuficiencia, respecto a las reglas del proceso, el Árbitro quedó facultado para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes.

V. ALEGACIONES DE LAS PARTES.-

Mediante escrito presentado el día 20 de noviembre de 2014, la Procuradora Pública del Estado a cargo de la defensa jurídica del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo –MINCETUR, formuló las siguientes pretensiones:

5.1. Pretensiones formuladas en la Demanda:

Las pretensiones planteadas por la demandante se transcriben a continuación:

1.- Primera Pretensión Principal:

Para que en Sede Arbitral, se ordene al Contratista LAYOS SAC. pague a favor de Plan COPESCO Nacional, el importe de S/. 11,640.00 (Once mil Seiscientos Cuarenta con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de penalidad por mora en que incurriera en la ejecución del

Contrato de Servicio de Peritaje de la Obra "Acondicionamiento Turístico de Zona Centro de Playa Máncora", derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 038-2012-MINCETUR/COPESCO/CEP más los intereses legales que correspondan desde el 05 de diciembre de 2013 a la fecha que se haga efectiva la cancelación de la obligación de pago.

2.- Segunda Pretensión Principal:

Para que en Sede Arbitral, se ordene al Contratista LAYOS SAC. la devolución del importe de S/34,920.00 (Treinta y Cuatro mil Novecientos Veinte con 00/100 Nuevos Soles) a Plan COPESCO Nacional, monto que corresponde al 30% que se le otorgara al contratista como primera entrega de dinero en el contrato de Adjudicación Directa Selectiva N° 038-2012-MINCETUR/COPESCO/CEP., importe que se requiere al haber sido resuelto el Contrato ante el incumplimiento continuo del Contratista LAYOS SAC a sus obligaciones contractuales.

3.- Tercera Pretensión Principal:

Para que en Sede Arbitral, se ordene al Contratista LAYOS SAC el pago del íntegro de los gastos que irrogue el proceso arbitral (honorarios Arbitrales) cuyo monto final deberá de ser liquidado por el señor Árbitro Único en la emisión del Laudo Arbitral.

5.2. Posición de la Demandante:

La Demandante sustenta sus pretensiones en los argumentos expresados en el escrito de demanda, los mismos que se transcriben a continuación:

ANTECEDENTES

1.- Con fecha 22 de enero de 2013, Plan COPESCO Nacional y el Contratista LAYOS S.A.C. suscribieron el contrato de servicio de peritaje de la obra "Acondicionamiento Turístico de Zona Centro de Playa Máncora" derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 038-2012-MINCETUR/COPESCO/CEP, por el monto de S/. 116, 400.00 (Ciento Dieciséis Mil Cuatrocientos con 00/100 Nuevos Soles) incluido IGV, y con un plazo de ejecución de cuarenta y cinco (45) días calendario.

2.- Que con Carta N° 126-2013-MINCETUR/COPESCO-U.ADM, notificada notarialmente el 24 de mayo de 2013, la entidad comunicó al contratista su decisión de resolver el contrato de servicio de peritaje de la obra "Acondicionamiento Turístico de Zona Centro de Playa Máncora", por acumulación del monto máximo de penalidad por mora, causal prevista en el numeral 2) del Art

168º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

3.- Procediendo la Entidad a través de la Unidad de Administración a la remisión de la Carta N° 355-2013-MINCETUR/COPESCO-U.ADM notificada notarialmente el 27 de noviembre de 2013 al contratista, requiriéndole el pago del monto de S/. 11,640.00 (Once Mil Seiscientos Cuarenta con 00/100 Nuevos Soles) por el concepto penalidad por mora.

III.- FUNDAMENTO DE NUESTRAS PRETENSIONES:

1.- A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

1.1.- Solicitamos al señor árbitro se ordene al Contratista LAYOS SAC. pague a favor de Plan COPESCO Nacional, el importe de S/11,640.00 (Once mil Seiscientos Cuarenta con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de penalidad por mora en que incurriera en la ejecución del Contrato de Servicio de Peritaje de la Obra "Acondicionamiento Turístico de Zona Centro de Playa Máncora", derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 038-2012-MINCETUR/COPESCO/CEP más los intereses legales que correspondan desde el 05 de diciembre de 2013 a la fecha que se haga efectiva la cancelación de la obligación de pago.

1.2.- El artículo 48º de la Ley establece "En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora. El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento". (El énfasis y subrayado es agregado).

1.3.- El artículo 165º del Reglamento señala "En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será reducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta. (...) Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento. Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente".

1.4.- Con Carta N° 126-2013-MINCETUR/COPESCO-U.ADM notificada notarialmente el 24 de mayo de 2013, la entidad comunicó al contratista su decisión de resolver el contrato de servicio de peritaje de la obra "Acondicionamiento Turístico de Zona Centro de Playa Máncora", por acumulación del monto máximo de penalidad por mora en que incurrió durante la ejecución del contrato.

1.5.- Con Carta N° 355-2013-MINCETUR/COPESCO-U.ADM notificada notarialmente el 27 de noviembre de 2013, la Unidad de Administración requirió al contratista el pago del monto de S/. 11,640.00 (Once Mil Seiscientos Cuarenta con 00/100 Nuevos Soles) por el concepto de penalidad por mora.

La Opinión N° 027-2010/DTN de 10 de marzo de 2010 señala, "(...) la aplicación de la penalidad por mora cumple una función resarcitoria de los eventuales daños y perjuicios que el contratista haya ocasionado a la entidad con su cumplimiento tardío, la cual se concibe como un mecanismo destinado a fijar la reparación en caso cumplimiento tardío y siempre que este incumplimiento sea imputable al deudor".

1.7.- El monto se obtuvo como consecuencia de la penalidad por mora en que acarreo el contratista en el marco de la ejecución del contrato de servicio de peritaje de la obra "Acondicionamiento Turístico de Zona Centro de Playa Máncora", específicamente en el retraso injustificado en que incurrió en la entrega del segundo entregable (informe pericial en borrador).

Precisándose que el contratista tardó ochenta y siete (87) días calendario en presentar dicho entregable a la Entidad, no obstante ello, en aplicación de lo previsto en el artículo 165º del Reglamento únicamente le resulta imputable la penalidad por mora hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, el mismo que ascendió a S/. 11,640.00 (Once Mil Seiscientos Cuarenta con 00/100 Nuevos Soles), sustentándose el Informe N° 073-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS-HJES de 22 de mayo de 2013.

Con Memorándum N° 46-2014-MINCETUR/COPESCO-U.ADM de 17 de enero de 2014, la Unidad de Administración informó que a pesar del tiempo transcurrido y a los requerimientos efectuados el contratista haciendo caso omiso no ha cumplido con realizar el pago de S/. 11,640.00 (Once Mil Seiscientos Cuarenta con 00/100 Nuevos Soles) por el concepto de penalidad por mora; siendo procedente el inicio de las acciones legales a fin de que se pague a favor de la Entidad el importe solicitado por concepto de penalidad por mora más los intereses legales correspondientes.

2.- A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

2.1.- *Solicitamos que en Sede Arbitral, se ordene al Contratista LAYOS SAC. la devolución del importe de S/34,920.00 (Treinta y Cuatro mil Novecientos Veinte con 00/100 Nuevos Soles) a Plan COPESCO Nacional, monto que corresponde al 30% que se le otorgara al contratista como primera entrega de dinero en el contrato de Adjudicación Directa Selectiva Nº 038-2012-MINCETUR/COPESCO/CEP., importe que se requiere al haber sido resuelto el Contrato ante el incumplimiento continuo del Contratista LAYOS SAC a sus obligaciones contractuales.*

2.2. *Conforme lo señalado con anterioridad el 22 de enero de 2013, Plan COPECO Nacional y LAYOS S.A.O suscribieron el contrato de servicio de Peritaje de la obra, derivado de la Adjudicación Directa Selectiva Nº 038- 2012-MINCETUR/COPESCO/CEP, por el monto de S/. 116, 400.00 (Ciento Diecisésis Mil Cuatrocientos con 00/100 Nuevos Soles) incluido IGV y con un plazo de ejecución de cuarenta y cinco (45) días calendario.*

2.3.- *El contrato y lo previsto en el capítulo III de los términos de referencia del servicio (bases integradas del proceso de selección Adjudicación Directa Selectiva Nº 038-2012-MINCETUR/COPESCO/CEP) que forma parte accesoria del contrato, especificaba expresamente que era exigible a las partes contractuales lo siguiente:*

"III. Objeto general del servicio de Peritaje: El objetivo de la pericia es:

- Verificar el nivel de cumplimiento del expediente técnico de obra (especificaciones técnicas, control de calidad, etc.).
- La cuantificación del daño causado por el embate de la naturaleza.
- La calificación y cuantificación del trabajo efectuado a cargo del contratista de la obra principal, ya que aparentemente esta no fue ejecutada conforme lo dispuesto en el expediente técnico.
- El Diagnóstico, evaluación técnica y emisión de recomendaciones orientadas a la toma de decisiones respecto a la continuidad de la ejecución del proyecto en la zona de intervención".(...)

"IX. Forma de Pago.

30% a la presentación del plan de trabajo.

20% a la presentación del Informe pericial en borrador.

20% a la presentación del Informe Final de la pericia efectuada.

30% a la presentación del informe de procedencia o no de continuar con la ejecución del

Proyecto en la zona de intervención.

XI. Entregables.

Plan de Trabajo.

Informe pericial en Borrador.

Informe pericial final suscrito por los profesionales a cargo de la elaboración del mismo en tres ejemplares originales. Se incluye:

Fotos y videos en medio magnéticos en tres juegos.

Una presentación ante un Tribunal Arbitral para sustentar el informe, de ser necesario

Informe sobre evaluación técnica de la propuesta de intervención."

2.4. El contratista con Carta N° 015-2013-LAYOS de 01 de febrero de 2013, presentó el documento Plan de Trabajo en el que estableció en el numeral 17 lo siguiente:

Montos y forma de pago

DESCRIPCIÓN	%	MONTO	FECHA
1. Plan de Trabajo	30	34,920.00	29-01-2013
2. Informe Pericial en Borrador	20	23,280.00	22/02/2013
3. Informe Pericial Final	20	23,280.00	02/03/2012
4. Informe Sobre la procedencia de continuar la Obra	30	34,920.00	08/03/2013

Tal información también consta en el cronograma de ejecución que adjuntó el contratista.

2.5.- La Unidad de Obras a través del Informe N° 073-2013- MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS-HJES de 22 de mayo de 2013, específicamente en lo citado en el numeral 2.03 establece que los plazos de entrega fueron fijados por el contratista en el Plan de Trabajo que elaboró de acuerdo a lo previsto en los términos de referencia.

No obstante los plazos establecidos para la presentación de los entregables, el contratista incumplió injustificadamente con dichos plazos y en adelante con sus obligaciones contractuales toda vez que sólo se limitó a la presentación de un Plan Trabajo para así obtener la primera entrega de dinero, procediendo en adelante a incumplir en los plazos y en la eficiencia del servicio conforme quedó evidenciado del segundo entregable, que fuera entregado con fecha del 22 de abril de 2013, tal como consta de la Carta N° 030-2013-LAYOS.

2.6.- Lo que motivara como lo venimos sosteniendo que dicho retraso injustificado originara la aplicación de penalidad por mora, llegando a acumular el contratista el monto máximo equivalente al diez por ciento (10 %) del monto del contrato vigente, lo que motivará la causal de Resolución del Contrato, comunicada por Carta Notarial N° 126-2013- MINCETUR/COPESCO-U.ADM, del 24 de mayo de 2013, por causal prevista en el numeral 2) del Art. 168º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Al respecto, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) a través de diversas opiniones ha realizado precisiones respecto a la naturaleza jurídica de los contratos suscritos bajo el ámbito de las contrataciones del estado, recurriendo para tal fin a la doctrina civil. Utilizando tal fuente es que el OSCE ha señalado, desde la perspectiva de la ejecución de los contratos, que estos se dividen en contratos de "ejecución única" y contratos "de duración" (que a su vez se clasifican en contratos de "ejecución continuada" y de "ejecución periódica"). En cuanto a su definición, manifiesta que un contrato será de "ejecución única", cuando se ejecuta en un solo acto que agota su finalidad. Asimismo un contrato será "de duración" cuando su ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes². En este tipo de contratos el tiempo es un elemento necesario, esencial y además será el que determine la cantidad de la prestación.

2.7.- Resulta sumamente importante precisar que el OSCE ha excluido de los contratos de "duración" a aquellos contratos que tengan por objeto la prestación de un resultado futuro, pues aun cuando en estos casos es necesario que la actividad del contratista se dilate en el tiempo para producir el resultado querido, la ejecución seguirá siendo instantánea (el tiempo es un elemento accesorio, es tolerado, no es querido por las partes); por tanto, en caso de tenerse contratos de esta naturaleza, estos deben ser considerados como de "ejecución única".

Resulta ilustrativo el ejemplo graficado por el OSCE en el quinto párrafo del numeral 2.4.1 de la Opinión N° 073-2012/DTN que señala "Siguiendo los criterios antes detallados, en el marco de un contrato de obra celebrado bajo la modalidad de concurso oferta, la consultoría de obra consistente en la elaboración del expediente técnico de obra sería una prestación de "ejecución única, pues esta prestación se entenderá cumplida cuando el contratista entregue el expediente técnico de obra a la Entidad. Asimismo, la prestación consistente en la ejecución de obra en sí misma, también sería una prestación de ejecución única", pues esta prestación se entenderá cumplida cuando el contratista entregue la obra culminada a la Entidad. Ello, a pesar que, en ambos casos, la actividad del contratista tenga que dilatarse en el tiempo para producir el resultado requerido por la Entidad".

2.8.- En tal orden de ideas, es que el contrato de servicio de peritaje de la obra "Acondicionamiento Turístico de Zona Centro de Playa Máncora" de 22 de enero de 2012, constituye un contrato de ejecución única, pues correspondía tenerla por cumplida cuando el consultor entregue el peritaje a la entidad, el que se completaba con el cuarto entregable, pues la existencia de una programación en la presentación de los entregables a cargo del contratista, no significa la existencia de prestaciones parciales y por lo tanto que se agoten en sí mismas.

Es de resaltar que el contratista en la ejecución del contrato obtuvo únicamente la conformidad del Plan de Trabajo lo que justificaba la primera entrega de dinero pero condicionada al cumplimiento de la ejecución única del servicio, que consistía en el peritaje de obra; en tal sentido al no haberse efectuado servicio alguno a favor de la Entidad es pertinente requerir la devolución del primer anticipo otorgado al contratista.

2.9.- De manera ilustrativa señalamos que ante los plazos fijados que fueran incumplidos injustificadamente, también es de aplicación lo dispuesto en el artículo 44º de la Ley establece "(...) Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados. (...)", concordante con lo previsto en el artículo 170º del Reglamento que señala "Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados. (...)" regulan habilitan a la entidad para que en los casos de resoluciones de contratos per causa imputable al contratista, pueda ejercer en su calidad de parte perjudicada el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados.

Asimismo considerando que el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista se produjo en el marco de una relación contractual, corresponde aplicar lo previsto en el artículo 1321º del Código Civil que señala "Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. (...)

Reservándonos el derecho de poder ampliar nuestra demanda en ese extremo, acumulando demás pretensiones una vez cuantifiquemos de forma tangible los daños irrogados a la Entidad.

2.10.- En tal sentido, considerándose la naturaleza del contrato, y que los incumplimientos atribuibles al contratista originaron una disminución en la esfera patrimonial de la entidad ascendente a S/. 34,920.00 (Treinta y Cuatro Mil Novecientos Veinte con 00/100 Nuevos Soles) al haberse pagado por un servicio único no efectuado, corresponde amparar nuestra pretensión de que el demandado devuelva a Plan COPESCO Nacional el importe requerido, peticionando al Colegiado se ordene la devolución a favor de Plan COPESCO Nacional del importe de S/. 34,920.00 (Treinta y Cuatro Mil Novecientos Veinte con 00/100 Nuevos Soles) pagados por un servicio no efectuado en desmedro económico de la Entidad, incumplimiento que afectara y perjudico los compromisos asumidos y programados por la entidad.

3.- A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

3.1.- Para que en Sede Arbitral, se ordene al Contratista LAYOS SAC. el pago del íntegro de los gastos que irrogue el proceso arbitral (honorarios Arbitrales) cuyo monto final deberá de ser liquidado por el señor Árbitro Único en la emisión del Laudo Arbitral.

3.2.- En tal sentido por su irresponsabilidad de no cumplir con sus obligaciones contractuales, nos ha irrogado otros gastos adicionales (proceso arbitral) y tiempo perdido, siendo justificado que la parte demandada asuma el total de los gastos que nos ha ocasionado la interposición de la presente demanda en lo que respecta a los gastos de los honorarios del Árbitro Único, de la secretaría arbitral y cualquier otro que genere el presente procedimiento, sustentándose en lo pertinente lo dispuesto en los artículos 56º y 73º del Decreto Legislativo N° 1071 Norma que Regula el Arbitraje.

5.3. Posición de la Demandada

La Demanda ha presentado los fundamentos de su defensa al contestar la demanda mediante escrito del 17 de junio de 2015, siendo los argumentos los que a continuación se transcribe.

I. FUNDAMENTO DE HECHO

- 1. Con fecha 22/01/2013 mi representada suscribió el Contrato de la Adjudicación Directa Selectiva N° 038-2012- MINCETUR/COPESCO/CEP.*

2. Mediante Carta N° 010-2013-LAYOS de fecha 25/01/2013, mi representada realizó la entrega del plan de trabajo.
3. Mediante Carta N° 43-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS de fecha 28/01/2013, la entidad contratante notifica a mi representada del Informe N° 014-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS-HJES; la misma que, de conformidad con la cláusula séptima del contrato, contiene la transcripción del acta de observaciones al plan de trabajo.
4. Mediante Carta N° 015-2013-LAYOS de fecha 01/02/2013; la representada realizó el levantamiento de observaciones del plan de trabajo.
5. Mediante Carta N° 016-2013-LAYOS de fecha 01/02/2013, mi representada solicitó a la entidad contratante, documentación para continuar con el servicio materia del contrato.
6. Mediante Carta N° 52-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS de fecha 01/02/2013 y recibida por mi representada con fecha 04/02/2013, la entidad contratante nos remitió el Expediente Técnico de inicio de obra.
7. Mediante Oficio N° 028-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS dirigido y presentado con fecha 14/02/2013 al Alcalde de la Municipalidad Distrital de Máncora, la entidad contratante realiza a la entidad edil, "Presentación de Consultor que efectuara el Peritaje de la Obra ejecutada Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa de Máncora".
8. Mediante Oficio N° 029-2013-MINCETUR/CUPESCO/U.OBRAS dirigido y presentado con fecha 14/02/2013 al Alcalde de la Municipalidad Distrital de Máncora, la entidad contratante comunica a la entidad edil, "Inicio de Peritaje de Obra ejecutada y Solicitud Participación de un Funcionario de la Municipalidad en la Inspección de la Obra Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa de Máncora".
9. Mediante Copia Simple del email de fecha 18/02/2013 enviado a la Ing. Luz Esquivel, nuestro perito Ing. Oscar Alvarado Rivera, solicita a la entidad contratante los documentos necesarios para obtener información complementaria indispensable para la realización del peritaje (Cuaderno de Obra, Fotos de antes, durante y después de la obra, Estudio, entre otros) y así poder evaluar los trabajos adicionales realizados en la obra materia del servicio de peritaje contratado.

10. Mediante Carta N° 012-2013-LAYOS de fecha 22/02/2013, mi representada realizó a la entidad contratante entrega de informe borrador del servicio de peritaje de la obra acondicionamiento turístico de la zona centro de playa Mancora.
11. Mediante Carta N° 113-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS de fecha 26/02/2013 y recibida por mi representada con fecha 27/02/2013, la entidad contratante notifica a mi representada del Informe N° 023- 2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS-HJES, la misma que incumpliendo las formalidades establecidas en la cláusula séptima del contrato, no contiene la transcripción del acta de observaciones al plan de trabajo, limitándose el liquidador de obras, Ing. Hugo Espinoza Salcedo, a señalar que el documento presentado no cumple las condiciones y características ofrecidas.
12. Mediante Carta N° 015-2013-LAYOS de fecha 01/03/2013 y presentada el 04/03/2013, mi representada solicitó a la entidad contratante ampliación de plazo para la entrega de informe borrador del servicio de peritaje de la obra acondicionamiento turístico de la zona centro de playa Mancora; fundamentando el pedido en virtud a:

1. Habiéndose firmado el contrato el 22 de enero del 2013, el Plazo contractual se inicia el día 23 de enero del 2013, y como indica la Cláusula Sexta del Contrato, Partes integrantes del contrato, menciona que las bases son parte integrante del contrato.

Las bases en el Capítulo III Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos, en el Enciso V Plazo de Ejecución del Servicio dice: "Una vez firmado el contrato, PLAN COPESCOP NACIONAL entregara toda la información disponible a fin de que el perito presente su plan de trabajo dentro de los cinco días de haberla recibido". La cual se nos hizo entrega mediante Carta N° 52-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS el día 04 de febrero del 2013, teniendo un atraso de 12 días no imputables al contratista.

2. Asimismo las bases en el Capítulo III Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos, en el Inciso III, Objeto General del Servicio de Peritaje dice:
 1. Verificar el nivel de cumplimiento del expediente técnico de obra (especificaciones técnicas; control de calidad)
 2. La cuantificación del daño por embate de la naturaleza.

3. La calificación y cuantificación del trabajo efectuado a cargo del contratista de la obra principal, ya que aparentemente ésta no fue ejecutada conforme lo dispuesto en el expediente técnico, por lo cual la entidad pretende interponer demanda por vicios ocultos.
4. Diagnóstico, evaluación técnica y emisión de recomendaciones orientadas a la toma de decisiones respecto a la continuidad de la ejecución del proyecto en la zona de intervención.

Como podemos apreciar para poder iniciar con lo indicado anteriormente la entidad tenía que realizar los trámites correspondientes con los participantes directos en la ejecución de la Obra y las autoridades del lugar para que se pueda iniciar los trabajos, Plan Copesco Nacional remite las siguientes cartas notales:

- Carta N°70-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS. Al Ejecutor de la Obra Group Investment & Constructions Sociedad Anónima, de fecha 08/02/2013
- Carta N° 71-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS. A JAIME A. AGOSTA CIEZA Representante Legal del Consorcio Unión VPM, de fecha 08/02/2013
- Carta N° 71-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS. A JAIME A. AGOSTA CIEZA Representante Legal del Group Investment & Constructions Sociedad Anónima, de fecha 08/02/2013
- Oficio N°029-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS. Al Sr. Víctor Hidalgo López, Alcalde de la Municipalidad Distrital de Máncora, sin fecha, pero con fecha de recepción 14/02/2013 por parte de la Municipalidad Distrital de Máncora

De la misma manera, la entidad dirigió un Oficio al Alcalde distrital de Máncora, solicitándole se nos brinde las facilidades del caso para realizar los trabajos de peritaje.

- Oficio N°028-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS. Al Sr. Víctor Hidalgo López, Alcalde de la Municipalidad Distrital de Máncora, sin fecha, pero con fecha de recepción 14/02/2013 por parte de la Municipalidad Distrital de Máncora.

La Entidad continuó con el trámite de Inicio de los trabajos del servicio de Peritaje de la Obra de la Referencia con la firma de una Acta, de fecha 15/02/2013, en presencia del juez de paz de Máncora el Sr. Benedicto Fernández Fernández participando de la misma las siguientes personas:

Por el Consultor LAYOS S.A.C.

El Ing. Oscar Alvarado Rivera

CIP No. 59993

Por el Plan COPESCO Nacional

Ing. Luz Esquivel Cerón

CIP No. 53494

Ing. Hugo Espinoza Salcedo

CIP No. 54116

Por la Municipalidad de Máncora

El Ing. Mariano Juan Quintanilla Castro CIP No. 59993

Jefe de la División de Infraestructura y Desarrollo Urbano

En conclusión, como se puede apreciar el acta de inicio del Peritaje se firma 24 días después de la firma del contrato, en concordancia con el Artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los atrasos no son atribuibles al contratista, por lo que, además por la magnitud de los trabajos del peritaje, se solicitó una ampliación de plazo de 24 días calendarios.

13. Mediante Carta Nº 020-2013-LAYOS de fecha 18/03/2013, mi representada realizó a la entidad contratante entrega de informe borrador del servicio de peritaje de la obra acondicionamiento turístico de la zona centro de playa Máncora.
14. Mediante Carta Nº 152-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS de fecha 18/03/2013, la entidad contratante notifica a mi representada la Resolución Directoral Nº 057-2013-MINCETUR/COPESCO-DE, la misma que declaró improcedente nuestra ampliación de plazo
15. Mediante Carta Nº 168-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS de fecha 21/03/2013 y recibida por mi representada con fecha 22/03/2013, la entidad contratante notifica a mi representada del Informe Nº 033- 2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS-HJES, la misma que una vez más incumpliendo las formalidades establecidas en la cláusula séptima del contrato, no contiene la transcripción del acta de observaciones al plan de trabajo, limitándose nuevamente el liquidador de obras Ing. Hugo Espinoza Salcedo a señalar que el documento presentado no cumple las condiciones y características ofrecidas.
16. Mediante Carta Nº 180-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS de fecha 26/03/2013 y recibida por mi representada con fecha 27/03/2013, la entidad contratante requiere entrega del informe borrador; sin que a la fecha nos hubiera notificado de las actas de observación a nuestros informes presentados mediante Carta Nº 012-2013-LAYOS de fecha 22/02/2013 y Carta Nº 020-2013-LAYOS de fecha 18/03/2013,

transgrediendo la entidad contratante de manera flagrante formalidades establecidas en la cláusula séptima del contrato, violando nuestros derechos al debido procedimiento administrativo.

17. Mediante Carta N° 030-2013-LAYOS de fecha 18/04/2013 y presentada el 22/04/2013, mi representada realizó a la entidad contratante entrega de informe borrador del servicio de peritaje de la obra acondicionamiento turístico de la zona centro de playa Máncora.
18. Mediante Carta N° 035-2013-LAYOS de fecha 22/05/2013 y presentada el 23/05/2013 mi representada solicitó a la entidad contratante pronunciamiento del informe borrador del servicio de peritaje de la obra acondicionamiento turístico de la zona centro de playa Máncora.
19. Mediante Carta N° 126-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS de fecha 23/05/2013 diligenciada por la Notaría del Pozo Valdez, la entidad contratante nos comunica la resolución del contrato; sin a la fecha habernos notificado de las actas de observación a nuestros informes presentados mediante Carta N° 012-2013-LAYOS de fecha 22/02/2013, Carta N° 020-2013-LAYOS de fecha 18/03/2013 y Carta N° 030-2013-LAYOS de fecha 18/04/2013 y presentada el 22/04/2013; transgrediendo la entidad contratante de manera flagrante las formalidades establecidas en la cláusula séptima del contrato, violando nuestros derechos al debido procedimiento administrativo.
20. Mediante Carta N° 290-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS de fecha 24/05/2013 y recibida por mi representada con fecha 27/03/2013 la entidad contratante, notifica a mi representada una vez más incumpliendo las formalidades establecidas en la cláusula séptima del contrato, que el informe borrador no cumple las condiciones características ofrecidas; manifestando además que no es factible emitir pronunciamiento al respecto debido a que se ha procedido a resolver el contrato suscrito, sin considerar al respecto que dicha resolución aún se encuentra expedita a ser incluida a la administrativamente
21. Como se puede apreciar la entidad contratante de manera arbitraria resolvió nuestro contrato, sin de manera previa habernos notificado de las actas de observación a nuestros informes presentados mediante Carta N° 012-2013-LAYOS de fecha 22/02/2013, Carta N° 020-2013-LAYOS de fecha 18/03/2013 y Carta N° 030-2013-LAYOS de fecha 18/04/2013 y presentada el 22/04/2013; transgrediendo de manera

flagrante las formalidades establecidas en la cláusula séptima del contrato, violando nuestro derecho al debido procedimiento administrativo.

22. Por otro lado, debemos de manifestar que la demora y el retraso en la ejecución del servicio se debió a causas imputables a la entidad contratante; toda vez, que la misma se demoró en comunicar a la Municipalidad Distrital de Mancera la realización del peritaje, a fin de que dicha entidad autorice y/o otorgue el permiso correspondiente, así como brinde las facilidades correspondientes; tenemos que:
1. Mediante Carta N° 52-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS de fecha 01/02/2013 y recibida por mi representada con fecha 04/02/2013, la entidad contratante recién nos remitió el Expediente Técnico de inicio de obra; ello, en atención y respuesta a nuestra Carta N° 016-2013-LAYOS de fecha 01/02/2013, mediante la cual mi representada le solicitó la documentación para continuar con la realización del servicio materia del contrato (trabajo de campo).
 2. Mediante Oficio N° 028-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS dirigido y presentado recién con fecha 14/02/2013 al Alcalde de la Municipalidad Distrital de Mancera, mediante la cual la entidad contratante realiza a la entidad edil la "Presentación de Consultor que efectuara el Peritaje de la Obra ejecutada Acondicionada en el Turístico de la Zona Centro de la Playa de Mancera".
 3. Mediante Oficio N° 029-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS dirigido y presentado recién con fecha 14/02/2013 al Alcalde de la Municipalidad Distrital de Mancera, la entidad contratante comunica a la entidad edil, "Inicio de Peritaje de Obra ejecutada y Solicitud Participación de un Funcionario de la Municipalidad en la Inspección de la Obra Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de la Playa de Mancera".
 4. Mediante email de fecha 18/02/2013 enviado a la Ing. Luz Esquivel, nuestro perito Ing. Oscar Alvarado Rivera, solicitó a la entidad contratante documentos necesarios para obtener información complementaria indispensable para la realización del peritaje (Cuaderno de Obra, Fotos de antes, durante y después de la obra, Estudio Hidro-Oceanográfico, entre otros) y así poder evaluar los trabajos adicionales realizados en la obra materia del servicio de peritaje contratado.

II. DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE

De la primera Pretensión

La Demandante solicita que se ordene a mi representada pague a favor suyo, el importe de S/. 11,640.00 por concepto de penalidad por mora incurrida en la ejecución del Contrato más los intereses legales desde el 05 de diciembre de 2013.

Basa su pretensión en la aplicación del artículo 48º de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 165º de su reglamento.

Adicionalmente, apoya su argumentación en la opinión No. 027-2010/DTN de 10 de marzo de 2010, que citando a Osterling Parodi dice que:

"(...) la aplicación de la penalidad por mora cumple una función resarcitoria de los eventuales daños y perjuicios que el contratista haya ocasionado a la Entidad con su cumplimiento tardío, la cual se concibe como un mecanismo destinado a fijar la reparación en caso de cumplimiento tardío y siempre que este incumplimiento sea imputable al deudor"

Sin embargo, un elemento básico de la aplicación de penalidades es que la demora en la ejecución debe ser injustificada. Así lo menciona la • Opinión No. 005-2014/DTN de fecha 3 de enero de 2014, que dice:

"(...) la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la aplicación de una penalidad por mora al contratista que, injustificadamente, se retrase en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato."

Al respecto, mediante Carta Nº 012-2013-LAYOS de fecha 22/02/2013, mi representada realizó a la entidad contratante entrega de informe borrador del servicio de peritaje de la obra acondicionamiento turístico de la zona centro de playa Mancora.

Posteriormente, la Entidad nos envía la Carta Nº 113-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS de fecha 26/02/2013 y recibida por mi representada con fecha 27/02/2013, donde notifica el Informe Nº 023- 2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS-HJES, la misma que incumpliendo las formalidades establecidas en la cláusula séptima del contrato, no contiene la transcripción del acta de observaciones al plan de trabajo, limitándose el liquidador de obras, Ing. Hugo Espinoza Salcedo, a señalar que el documento presentado no cumple las condiciones y características ofrecidas.

Posteriormente y con el fin de subsanar el informe, aún cuando no se especificaban las observaciones, enviamos la Carta Nº 015-2013-LAYOS de fecha 01/03/2013 y

presentada el 04/03/2013, mi representada solicitó a la entidad contratante ampliación de plazo para la entrega de informe borrador del servicio de peritaje de la obra acondicionamiento turístico la zona centro de playa Máncora; fundamentando el pedido en virtud a:

1. Habiéndose firmado el contrato el 22 de enero del 2013, el Plazo contractual se inicia el día 23 de enero del 2013, y como indica la Cláusula Sexta del Contrato, Partes integrantes del contrato, menciona que las bases son parte integrante del contrato.

Las bases en el Capítulo III Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos, en el Enciso V Plazo de Ejecución del Servicio dice: "Una vez firmado el contrato, PLAN COPESCO NACIONAL entregará toda la información disponible a fin de que el perito presente su plan de trabajo dentro de los cinco días de haberla recibido". La cual se nos hizo entrega mediante Carta Nº 52-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS el día 04 de febrero del 2013, teniendo un atraso de 12 días no imputables al contratista.

2. Asimismo las bases en el Capítulo III Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos, en el Inciso III, Objeto General del Servicio de Peritaje dice:

1. Verificar el nivel de cumplimiento del expediente técnico de obra (especificaciones técnicas, control de calidad)
2. La cuantificación del daño por embate de la naturaleza.
3. La calificación y cuantificación del trabajo efectuado a cargo del contratista de la obra principal, ya que aparentemente ésta no fue ejecutada conforme lo dispuesto en el expediente técnico, por lo cual la entidad pretende interponer demanda por vicios ocultos.
4. Diagnóstico, evaluación técnica y emisión de recomendaciones orientadas a la toma de decisiones respecto a la continuidad de la ejecución del proyecto en la zona de intervención.

Como podemos apreciar para poder iniciar con lo indicado anteriormente la entidad tenía que realizar los trámites correspondientes con los participantes directos en la ejecución de la Obra y las autoridades del lugar para que se pueda iniciar los trabajos, Plan Copesco Nacional remite las siguientes cartas notales:

- Carta Nº70-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS. Al Ejecutor de la Obra Group Investment & Constructions Sociedad Anónima, de fecha 08/02/2013.

- Carta N°71-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS. A JAIME A. ACOSTA CIEZA Representante Legal del Consorcio Unión VPM, de fecha 08/02/2013
- Carta N°71-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS. A JAIME A. ACOSTA CIEZA Representante Legal del Group Investment & Constructions Sociedad Anónima, de fecha 08/02/2013
- Oficio N°029-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS. Al Sr. Víctor Hidalgo López, Alcalde de la Municipalidad Distrital de Máncora, sin fecha, pero con fecha de recepción 14/02/2013 por parte de la Municipalidad Distrital de Máncora

De la misma manera, la entidad dirigió un Oficio al Alcalde distrital de Máncora, solicitándole se nos brinde las facilidades del caso para realizar los trabajos de peritaje.

- Oficio N°028-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS. Al Sr. Víctor Hidalgo López, Alcalde de la Municipalidad Distrital de Máncora, sin fecha, pero con fecha de recepción 14/02/2013 por parte de la Municipalidad Distrital de Máncora.

La Entidad continuó con el trámite de Inicio de los trabajos del servicio de Peritaje de la Obra de la Referencia con la firma de una Acta, de fecha 15/02/2013, en presencia del juez de paz de Máncora el Sr. Benedicto Fernández Fernández participando de la misma las siguientes personas:

Por el Consultor LAYOS S.A.C.

El Ing. Oscar Alvarado Rivera CIP No. 59993

Por el Plan COPESCO Nacional

Ing. Luiz Esquivel Cerón CIP No. 53494

Ing. Hugo Espinoza Salcedo CIP No. 54116

Por la Municipalidad de Máncora

El Ing. Mariano Juan Quintanilla Castro -CIP No. 59993

Jefe de la División de Infraestructura y Desarrollo Urbano

En conclusión, como se puede apreciar el acta de inicio del Peritaje se firma 24 días después de la firma del contrato, en concordancia con el Artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los atrasos no solo atribuibles al contratista, por lo que, además por la magnitud de los trabajos del peritaje, se solicitó una ampliación de plazo de 24 días calendarios.

Mediante Carta N° 020-2013-LAYOS de fecha 18/03/2013, mi representada realizó a la entidad contratante entrega de informe borrador del servicio de peritaje de la obra acondicionamiento

turístico de la zona centro de playa Máncora.

Mediante Carta N° 152-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS de fecha 18/03/2013, la entidad contratante notifica a mi representada la Resolución Directoral N° 057-2013-MINCETUR/COPESCO-DE, la misma que declaró improcedente nuestra ampliación de plazo.

Mediante Carta N° 168-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS de fecha 21/03/2013 y recibida por mi representada con fecha 22/03/2013, la entidad contratante notifica a mi representada del Informe N° 033-2013- MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS-HJES, la misma que una vez más incumpliendo las formalidades establecidas en la cláusula séptima del contrato, no contiene la transcripción del acta de observaciones al plan de Trabajo, limitándose nuevamente el liquidador de obra Ing. Hugo Espinoza Salcedo a señalar que el documento presentado no cumple las condiciones y características ofrecidas.

Mediante Carta N° 180-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS de fecha 26/03/2013 y recibida por mi representada con fecha 27/03/2013, la entidad contratante requiere entrega del informe borrador; sin que a la fecha nos hubiera notificado de las actas de observación a nuestros informes presentados mediante Carta N° 012-2013-LAYOS de fecha 22/02/2013 y Carta N° 020-2013-LAYOS de fecha 18/03/2013, transgrediendo la entidad contratante de manera flagrante las formalidades establecidas en la cláusula séptima del contrato, violando nuestros derechos al debido procedimiento administrativo.

Mediante Carta N° 030-2013-LAYOS de fecha 18/04/2013 y presentada el 22/04/2013, mi representada realizó a la entidad contratante entrega de informe borrador del servicio de peritaje de la obra acondicionamiento turístico de la zona centro de playa Máncora.

Mediante Carta N° 035-2013-LAYOS de fecha 22/05/2013 y presentada el 23/05/2013 mi representada solicitó a la entidad contratante pronunciamiento del informe borrador del servicio de peritaje de la obra acondicionamiento turístico de la zona centro de playa Máncora.

Mediante Carta N° 126-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS de fecha 23/05/2013 diligenciada por la Notaría del Pozo Valdez, la entidad contratante nos comunica la resolución del contrato; sin a la fecha habernos notificado de las actas de observación a nuestros informes presentados mediante Carta N° 012-2013-LAYOS de fecha 22/02/2013, Carta N° 020-2013-LAYOS de fecha 18/03/2013 y Carta N° 030-2013-LAYOS de fecha 18/04/2013 y presentada el 22/04/2013; transgrediendo la entidad contratante de manera flagrante las formalidades establecidas

en la cláusula séptima del contrato viciado nuestro derecho al debido procedimiento administrativo.

De lo expuesto, podemos afirmar que en la Entidad menciona que en las cartas mencionadas por ella, no existe una observación que de manera clara y objetiva cuestione los alcances del segundo entregable (informe borrador del peritaje) y que, de lo expresado por COPESCO, no cumpliría con lo estipulado en los términos de referencia.

En segundo lugar, se han aplicado penalidades a pesar de haber cumplido con la prestación por la sola aseveración que nuestra empresa no habría cumplido con su prestación.

En tercer lugar: de haber demora en el cumplimiento de la prestación, ésta no puede ser atribuible al contratista por cuanto el retraso; conforme al artículo 165º del Reglamento.

En tal sentido, no corresponde la aplicación de penalidades, por lo que solicitamos se declare infundada la primera pretensión de la demandante.

Sobre la Segunda Pretensión Principal:

La Demandante incluye como segunda pretensión la devolución del importe de S/. 34,920 nuevos soles, correspondiente al 30% que se le nos otorgara como primera entra de dinero en el contrato de suscrito entre ambas partes, al haber sido resuelto el contrato.

Del propio texto de la demanda se desprende que las Bases Administrativas, que son parte integrante del contrato, en el punto IX: forma de pago establece lo siguiente:

30% a la presentación del plan de trabajo

20% a la presentación del Informe pericial en borrador

20% a la presentación del Informe Final de la pericia efectuada.

30 % a la presentación del informe de procedencia o no de continuar con la ejecución del Proyecto en la zona de intervención.

Cabe destacar que el contrato establece cuatro pagos que debían realizarse en base a cuatro entregables, siendo la única condición la presentación de los entregables.

Cumplida la entrega de los informes respectivos, sin que medie observación alguna corresponde cumplir con la contraprestación que es el pago del monto correspondiente según contrato.

De los párrafos anteriores se acredita que mi representada sí presentó el plan de trabajo mediante Carta No. 015-2013-LAYOS de fecha 01 de febrero de 2013; que se entregó dentro del plazo y condiciones estipuladas.

Con ello, cumplió con la primera prestación, por lo que no corresponde hacer la devolución del monto pagado.

Sin embargo, el Demandante sustenta su petitorio en una Opinión No. 073-2012/DTN que se refiere a un contrato de obra celebrado bajo la modalidad de concurso oferta, supuesto que no es aplicable a las prestaciones acordadas con la Entidad.

Con este antecedente se pretende justificar que es un contrato de ejecución única con el objeto de solicitar la devolución del pago correspondiente al cumplimiento correspondiente al cumplimiento de una prestación.

Al respecto, la Opinión No. 090-2014/DTN menciona lo siguiente: "Por su parte, el primer párrafo del artículo 181 del Reglamento dispone que "La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecidas en las Bases o en el contrato."

En el caso de autos, el contrato establecía en el punto IX: forma de pago de las Bases Administrativas la siguiente forma de pago:

30% a la presentación del plan de trabajo

20% a la presentación del Informe pericial en borrador

20% a la presentación del Informe Final de la pericia efectuada.

30% a la presentación del informe de procedencia o no de continuar con la ejecución del Proyecto en la zona de intervención.

Cabe destacar que el contrato establece cuatro pagos que debían realizarse en base a la entrega de cuatro entregables, siendo la única condición la presentación de estos entregables.

Asimismo, la Opinión No. 012-2015/DTN afirma que: "Las Entidades se encuentran facultadas a realizar pagos periódicos, siempre y cuando dicha posibilidad se haya previsto en las Bases del proceso de selección, y el contratista lo solicite presentando la documentación que lo justifique y acredite el cumplimiento de la prestación, siendo la Entidad la que -teniendo en cuenta las características del sistema de contratación elegido- determina qué tipo de documentación debe presentar el contratista a fin de justificar los pagos." (el subrayado es nuestro).

En el caso de autos, como hemos dicho líneas arriba, la cláusula cuarta del contrato — a través de las bases administrativas — establece el pago por entregas, por lo que no corresponde la devolución de una prestación ejecutada.

El Demandante pretende la devolución del 30% por el primer entregable, que se entregó dentro del plazo y condiciones estipuladas, pero no se menciona el porcentaje que correspondía al segundo entregable que no se canceló en su oportunidad.

Sobre la Tercera Pretensión Principal

Se ordene el pago del íntegro de los gastos que irrogue el proceso arbitral, sustentado por una supuesta irresponsabilidad al no cumplir con nuestras obligaciones contractuales.

Sobre el particular, el artículo 70º del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Tribunal Arbitral se debe pronunciar en el laudo arbitral sobre los costos del arbitraje comprendidos en dicho artículo. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º del citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral. Ateniéndole a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema, al momento de resolver.

No obstante ello, consideramos que las pretensiones del Demandante no se ajustan a derecho por lo cuento pretendan sorprender a este Tribunal con sus afirmaciones.

VI. DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.-

Con fecha 24 de agosto de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, en la cual se determinó como puntos controvertidos del presente proceso, los siguientes:

1. Determinar si corresponde y o no que El CONTRATISTA pague a la ENTIDAD el

monto ascendente a S/. 11,640.00 (Once Mil Seiscientos Cuarenta y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de penalidad por mora en la ejecución del Contrato de Servicio de Peritaje de la Obra "Acondicionamiento Turístico de Zona Centro de Playa Máncora" más los intereses generados desde el 05 de diciembre de 2013 hasta la fecha efectiva de pago.

2. Determinar si corresponde y o no que se ordene a El CONTRATISTA la devolución a favor de LA ENTIDAD del importe de S/. 32,920.00 (Treinta y Dos Mil Novecientos Veinte y 00/100 Nuevos Soles) correspondientes al 30% que se le otorgara al CONTRATISTA como primera entrega de dinero en el contrato de Adjudicación Directa Selectiva N° 038-2012-MINCETUR/COPESCO/CEP.
3. Determinar si corresponde o no que el CONTRATISTA pague el íntegro de los gastos que irrogue el proceso arbitral (honorarios arbitrales) cuyo monto final deberá ser liquidado por el señor Árbitro en la emisión del Laudo.

Admisión de Pruebas:

En la misma Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, el Tribunal Arbitral procedió a admitir las siguientes pruebas:

De la Entidad: los consignados en los numerales del 1 al 9 del acápite V.- MEDIOS PROBATORIOS del escrito de demanda, de acuerdo a lo dispuesto mediante Resolución N° 10 del 4 de agosto de 2015.

Del Contratista: el documento consignado en el literal T del acápite IV.- Anexos de su escrito de contestación de demanda, así como los documentos ofrecidos en su escrito del 18 de junio de 2015, de acuerdo a lo dispuesto mediante Resolución N° 09 del 24 de junio de 2015.

VII. CUESTIONES PRELIMINARES.-

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente: i) que, el presente proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO; ii) que no se formuló recusación contra el Árbitro; iii) que, la Demandante presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso; iv) que, por su parte la Demandada fue debidamente emplazada, contestando

la demanda dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa y; v) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos.

Asimismo, el Árbitro deja constancia de que los puntos controvertidos podrán ser ajustados, reformulados y/o analizados en el orden que considere pertinente para resolver las pretensiones planteadas por las partes sin que el orden empleado o el ajuste genere nulidad de ningún tipo y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.

En cuanto a las pruebas, el Árbitro expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el árbitro respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada.

Asimismo, el Árbitro hace notar que de conformidad con lo establecido en el numeral 34 del Acta de Instalación, el Árbitro Único tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, estando en concordancia con lo establecido en el artículo 43º del Decreto Legislativo No. 071.

Siendo ello así, el Árbitro pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.

VIII. ANÁLISIS.-

CONSIDERANDO:

Primerº. El Contratista sostiene que no procede la aplicación de penalidades porque la demora en la ejecución de las prestaciones no fue injustificada sino que se debió a acciones u omisiones de la demandante. En ese sentido, la demandada señala:

- Que mediante carta N° 012-2013-LAYOS presentó el informe borrador, pero mediante carta N° 113-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS la Entidad manifestó que el informe no cumplía las condiciones y características ofrecidas, sin transcribir el acta de

observaciones al plan de trabajo pese a que tal cosa resultaba necesaria de conformidad con lo establecido en la séptima cláusula del Contrato.

- Que mediante carta N° 015-2013-LAYOS solicitó una ampliación de plazo para la entrega del informe borrador del servicio contratado debido a la demora de la demandante en proporcionar toda la información y documentación necesarias para la elaboración de dicho informe. Este pedido de ampliación de plazo, sin embargo, fue desestimado por la Entidad.
- Que mediante carta N° 020-2013-LAYOS entregó a la demandante el informe borrador pero en la carta N° 168-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS la Entidad manifestó que el informe no cumplía las condiciones y características ofrecidas, sin transcribir el acta de observaciones al plan de trabajo pese a que tal cosa resultaba necesaria de conformidad con lo establecido en la séptima cláusula del Contrato.
- Que la Entidad requirió mediante carta N° 180-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS la entrega del informe borrador pero sin haber presentado las actas de observaciones a los informes presentados mediante cartas 012-2013-LAYOS y 020-2013-LAYOS, lo que es una flagrante violación de las formalidades establecidas en el cláusula séptima del contrato.
- La demandante no ha hecho ninguna observación clara y objetiva al informe borrador sino que se ha limitado a indicar que el mismo no cumple con lo estipulado en los términos de referencia.
- Las penalidades se han aplicado a pesar de haber cumplido su prestación en base a la sola afirmación de la Entidad que las prestaciones no se ejecutaron.
- De existir demora en el cumplimiento de la prestación, no es culpa del Contratista.

Segundo.- La séptima cláusula del contrato establece en su segundo y tercer párrafo:

"De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función de la complejidad del servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, EL CONTRATISTA no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que corresponda”

Tercero.- Por lo tanto, las partes pactaron que no sería necesario en todos los casos adjuntar al Contratista el acta de observaciones, pues cuando el servicio fuese claramente deficiente, la Entidad podía considerar directamente como no ejecutada la prestación. Precisamente este es el supuesto que se presenta en este caso, pues la Entidad manifestó que el informe borrador presentado mediante carta 012-2013-LAYOS y 020-2013-LAYOS eran manifiestamente insatisfactorios.

Cuarto.- Así pues, la carta N° 012-2013-LAYOS fue atendida por la Entidad mediante carta N° 113-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS, en la cual expresamente se indica que el informe borrador presenta una total falta de información sobre la necesidad de la Entidad referida a la ejecución del servicio y del objetivo del peritaje, además de no haberse descrito las actividades propuestas en el plan de trabajo, no haberse efectuado pruebas y ensayos con los elementos estructurales construidos por el contratista ejecutor, no haberse valorado los expedientes técnicos ni el estado actual de la obra ni los metrados ejecutados, por todo lo cual se consideró como no presentado el informe borrado.

Quinto:- De igual manera, la carta N° 020-2013-LAYOS fue atendida por la Entidad mediante carta N° 168-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS, en la cual expresamente se indica que el informe borrador no cumple con las características y condiciones requeridas, por lo que se le consideraba como no presentado.

Sexto.- Contra lo señalado en las cartas 113-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS y 168-2013-MINCETUR/COPESCO/U.OBRAS el Contratista no inició ningún tipo de acción, aunque era necesario hacerlo pues limitarse a denunciar la ausencia de las actas de observación como recurso de defensa resulta insostenible porque en el contrato se estableció que no era necesario presentar dichas actas cuando se considerara que el servicio era tan deficiente que no podía ser aceptado, que es precisamente lo que hizo la Entidad en el presente caso, de modo tal que lo correcto hubiera sido que el Contratista utilice los mecanismos que la ley establece para cuestionar la afirmación de la Entidad de que los informes borrador eran claramente insatisfactorios.

Séptimo.- Si bien es cierto el Contratista solicitó la ampliación de plazo para la presentación del Informe borrador, dicha solicitud fue desestimada sin que el Contratista haya iniciado las

acciones legales destinadas a que se conceda la ampliación, de modo tal que es válido concluir que el Contratista consintió con la denegatoria de la ampliación.

Octavo.- El argumento en que la demandante apoya su primera pretensión se sustenta en el hecho objetivo, no negado por las partes, de que existió un retraso en la ejecución de la prestación, aunque la demandada sostiene que el retraso no le es imputable sino que se debió a la Entidad;

Noveno.- Cuando la prestación no puede ser ejecutada dentro del plazo establecido, el Contratista tiene la obligación de solicitar una ampliación de plazo, la misma que es concedida luego de ser evaluada por la Entidad. Si la Entidad deniega la ampliación solicitada, el Contratista podrá activar los mecanismos de solución de controversias. Así está establecido en el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado y es la manera en que OSCE entiende la procedencia de las ampliaciones de plazo de acuerdo a reiteradas opiniones, entre las cuales se puede citar, por ejemplo, las siguientes: 055-2011/DTN, 005-2014/DTN, y 033-2014/DTN.

Décimo.- Aunque la norma no lo dice expresamente, se entiende que la ampliación de plazo procede cuando la Entidad evalúa los hechos que sustentan el pedido de ampliación y concluye luego del examen de los mismos que el retraso no es imputable al Contratista, y en caso éste último no esté de acuerdo con la evaluación y resultado de la misma (es decir si se deniega o se concede de manera parcial) podrá activar los mecanismos de solución de controversias establecidos en la ley, pues de no hacerlo se entenderá que consiente lo resuelto por la Entidad.

Décimo Primero.- En el presente caso, la demandante denegó la ampliación de plazo solicitada y el demandado no cuestionó tal decisión por lo que la denegatoria quedó consentida. Al no haber ampliación de plazo aprobada, se debe concluir que el retraso es imputable al Contratista, por lo que la presentación del informe borrador fuera del plazo previsto constituye un retraso injustificado.

Décimo Segundo.- De conformidad con lo establecido en el artículo 165 del Reglamento, la aplicación de penalidades procede cuando el Contratista incumple injustificadamente sus prestaciones. En el presente caso, al no haber una ampliación aprobada, no existe justificación para la presentación extemporánea del informe borrador, y por otro lado las alegaciones del demandado de que la Entidad es la causante del retraso por no haber presentado las actas de observaciones resultan ser un argumento insuficiente como ya se ha explicado.

En consecuencia, por las consideraciones expuestas, procede la aplicación de la penalidad por mora, razón por la cual la primera pretensión debe ser declarada fundada.

Décimo Tercero.- Ha quedado demostrado en autos que la Entidad resolvió el Contrato porque aplicó penalidades por un valor mayor al diez por ciento del monto del mismo, resolución contra la cual el Contratista no ha activado los mecanismos de resolución de controversias.

Décimo Cuarto.- Si bien es cierto en la cláusula cuatro del contrato se estableció que el pago se haría en cuatro momentos según el avance del servicio, resulta claro que se trata de un único contrato que se ejecutaría mediante la presentación progresiva de informes que eran el resultado de actividades que se desarrollarían también progresivamente. En tal sentido, la prestación es una sola y se detalla en la segunda cláusula del contrato al describir el objeto del mismo: el servicio de peritaje de la obra Acondicionamiento Turístico de la Zona Centro de Playa Mancora.

Décimo Quinto:- Al haberse resuelto totalmente el Contrato, procede que que se restituyan las prestaciones de acuerdo a lo establecido en el artículo 1372 del Código Civil, norma aplicable de manera supletoria, motivo por el cual la segunda pretensión debe ser amparada y, en consecuencia, procede ordenar al Contratista que devuelva el importe de S/34,920.00 (Treinta y Cuatro mil Novecientos Veinte con 00/100 Nuevos Soles) a Plan COPESCO Nacional, monto que corresponde al 30% que se le otorgara al contratista como primera entrega de dinero en el contrato.

Décimo Sexto.- Al no haberse pactado la manera en que se imputarían o distribuirían los costos, el Árbitro considera que deben ser de cargo de la parte vencida, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 73 del Decreto Legislativo 1071, norma aplicable de manera supletoria. Sin embargo, el cálculo de los costos no corresponde ser efectuado en el laudo sino en ejecución del mismo, por lo que la tercera pretensión solo puede ser amparada parcialmente.

DECISIÓN.-

Que, finalmente, el Árbitro manifiesta que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración

de la prueba y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

En atención a ello y Árbitro LAUDA EN DERECHO de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión de la demanda y, en consecuencia, ordenar al Contratista LAYOS SAC. Que pague a favor de Plan COPESCO Nacional, el importe de S/. 11,540.00 (Once mil Seiscientos Cuarenta con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de penalidad por mora en que incurriera en la ejecución del Contrato de Servicio de Peritaje de la Obra "Acondicionamiento Turístico de Zona Centro de Playa Máncora", derivado de la Adjudicación Directa Selectiva Nº 038-2012-MINCETUR/COPESCO/CEP más los intereses legales que correspondan desde el 05 de diciembre de 2013 a la fecha que se haga efectiva la cancelación de la obligación de pago.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión, y por tanto ordena al Contratista LAYOS SAC. la devolución del importe de S/34,920.00 (Treinta y Cuatro mil Novecientos Veinte con 00/100 Nuevos Soles) a Plan COPESCO Nacional, monto que corresponde al 30% que se le otorgara al contratista como primera entrega de dinero en el contrato de Adjudicación Directa Selectiva Nº 038-2012- MINCETUR/COPESCO/CEP.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la tercera pretensión de la demanda y en consecuencia, ordenar que el demandado asuma el pago del íntegro de los gastos que irrogue el proceso arbitral (honorarios Arbitrales) cuyo monto final deberá de ser liquidado en ejecución de laudo.

Carrillo Cuestas
JOSÉ MIGUEL CARRILLO CUESTAS
ÁRBITRO ÚNICO