

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Lima, 25 de enero de 2016

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

Corporación Peruana de Ingeniería

En adelante la DEMANDANTE, o el CONTRATISTA.

Demandado:

Ministerio de Educación UE 108

En adelante la DEMANDADA, o la ENTIDAD.

Tribunal Arbitral:

Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente).

Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo (Árbitro).

Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro).

Secretaria Arbitral:

Dra. Whitney Hernández Girón

I.- Antecedentes.

1. Con fecha 21 de enero de 2013, se suscribió el Contrato N° 059-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS, Proceso Especial N° 0082-2012-ED/UE 108 para la contratación de la Supervisión de la Obra - I.E Mariano Melgar - Mariano Melgar - Arequipa - Arequipa.
2. La cláusula Decimo Octava del citado contrato establece lo siguiente:

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

**"CLÁUSULA DECIMO OCTAVA: 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, 179 y 181 del Reglamento o, en su defecto, en el 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".

3. Como consecuencia de las controversias relacionadas con la resolución del contrato, practicada por La Entidad, a través de la Carta Notarial N° 085-2014-MINEDU/SG-OGA, de fecha 21 de enero de 2014; el Contratista procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Cláusula Decimo Octava del contrato celebrado entre ambas partes.

I. Desarrollo del proceso.

A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral.

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

1. A las 12:00 horas del día 16 de junio del 2014 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral en la Oficina Zonal Organismo Supervisor, de las Contrataciones del Estado -OSCE, sito en Edificio El Corregidor N° 108, Residencial San Felipe, Distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima; donde se reunieron el Dr. Humberto Flores Arévalo, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo, en su calidad de Árbitro, el Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna, en su calidad de Árbitro; conjuntamente con el representante de la Corporación Peruana de Ingeniería, señor Alan Félix Días Ramos, el representante del Ministerio de Educación - UE 108, Abog. Yrene Xiluska Huivin Gamarra, en calidad de responsable de la Dirección de Arbitraje Administrativo OSCE, el Sr. Diego Fernando García Vizcarra, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral encargado de resolver el presente arbitraje.
2. Con fecha 17 de junio de 2014, el demandante solicita la acumulación del procedo arbitral; el mismo que fue proveído mediante Resolución N° 1, de fecha 24 de junio de 2014; corriéndose traslado al demandado por el plazo de cinco (05) días hábiles a fin de que exprese lo conveniente a su derecho.
3. Con fecha 20 de junio de 2014, el demandante presentó un escrito solicitando el recalcado del monto del los honorarios; el mismo que fue declarando infundado mediante Resolución N° 2 de fecha 24 de junio de 2015.
4. Con fecha 03 de julio de 2014, el demandado cumplió con absolver el traslado conferido respecto de la acumulación de pretensiones solicitado por la demandante; solicitud que se declaró fundada mediante Resolución N° 3, de fecha 21 de julio de 2014.

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

5. Mediante Resolución N° 4, de fecha 21 de julio de 2014, se otorgó a las partes un plazo de cinco (05) días a fin que cumpla con el pago de los honorarios arbitrales. Con fecha 24 de julio de 2014, la demandante presenta escrito acreditando el pago del Tribunal Arbitral.
6. Con fecha 11 de julio de 2014, el demandante presentó su demanda arbitral. Mediante Resolución N° 5, de fecha 21 de julio de 2014, el Tribunal Arbitral otorga un plazo de tres (03) días a la contratista a fin que cumpla con subsanar la omisión incurrida.
7. Mediante Resolución N° 6, de fecha 04 de agosto de 2014, se tiene por cumplido el pago de honorarios por parte de la contratista, facultándola para que en el plazo de cinco (05) días hábiles cumpla con cancelar los honorarios a cargo de la entidad; asimismo, otorga un plazo de tres (03) días a fin de que cumpla con la devolución de los recibos por honorarios.
8. Mediante escrito de fecha 25 de julio de 2014, la demandante presentó escrito cumpliendo con subsanar las omisiones incurridas, admitiéndose a trámite la demanda mediante Resolución N° 7, de fecha 4 de agosto de 2014; del mismo modo, se corrió traslado de la citada demanda al demandado por el plazo de veinte (20) días hábiles a fin de que exprese lo conveniente a su derecho.
9. Con fecha 08 de agosto de 2014, el demandante cumplió con la devolución de los recibos por honorarios requeridos mediante resolución N° 6; asimismo, mediante escrito de fecha 13 de agosto de 2014, la demandante cumple con devolver los recibos por honorarios del tribunal a fin que se subsanen los mismo incluyendo los gastos de AFP.

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

10. Mediante Resolución N° 8, de fecha 05 de noviembre de 2014, El Tribunal Arbitral tiene por cumplido el mandato contenido en la Resolución N° 6 y, asimismo, cumple con aclarar a la demandante que la Ley N° 29903, Ley de Aporte Obligatorio a la AFP u ONP, ha sido derogado el 16 de setiembre de 2014, mediante la Ley N° 30237.

11. Mediante escrito de fecha 14 de agosto de 2014, la demandada presenta escrito formulando su objeción al arbitraje respecto de la tercera y quinta pretensión de la demanda arbitral, el mismo que fue proveído mediante Resolución N° 9 de fecha 05 de noviembre de 2014, otorgando a la demandante un plazo de tres (03) días a fin que cumpla con manifestar lo correspondiente a su derecho.

12. Mediante escrito de fecha 20 de agosto de 2014, la demandante solicita ampliación de demanda, la misma que fue admitida mediante Resolución N° 10 de fecha 05 de noviembre de 2014, otorgándole a la entidad un plazo de veinte (20) días a fin que cumpla con contestarla y de considerarlo conveniente formule reconvención.

13. Mediante escrito de fecha 04 de setiembre de 2014, la entidad deduce excepción y cumple con contestar la demanda; la misma que fue admitida mediante Resolución N° 11 de fecha 05 de noviembre de 2014, corriendo traslado de la excepción a la demandante por un plazo de veinte (20) días hábiles.

14. Mediante Resolución N° 12 de fecha 05 de noviembre de 2014, se deja constancia que la demandante ha cumplido con los honorarios arbitrales a su cargo. Asimismo, mediante Resolución N° 13 de fecha 05 de noviembre de

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

2014, el tribunal arbitral realizo la reliquidación de honorarios arbitrales correspondientes a la Acumulación de Pretensiones solicitada por la demandante.

15. Con fecha 21 de noviembre de 214, la demandada interpuso recurso de reconsideración contra la resolución N° 13, la misma que fue declarada fundada en parte mediante Resolución N° 14 de fecha 28 de enero de 2015.
16. Con fecha 10 de diciembre de 2014, la demandante cumplió con absolver el traslado de deducción de excepción y formula tacha.
17. Con fecha 16 de diciembre de 2014, la demandada presenta escrito contestando la acumulación de demanda, la misma que fue proveída mediante Resolución N° 15 de fecha 28 de enero de 2015, admitiendo a trámite el mencionado escrito, así mismo se puso de conocimiento de su contraparte.
18. Mediante Resolución N° 16 de fecha 25 de marzo de 2015, se admite a trámite la tacha formulada y se pone de conocimiento de su contraparte por un plazo de diez (10) días para que manifieste lo conveniente a su derecho. Asimismo, mediante Resolución N° 17 de fecha 01 de setiembre 2015, el Tribunal Arbitral declara improcedente la tacha formulada por la contratista.
19. Con fecha 21 de mayo de 2015, la entidad presenta escrito de apersonamiento, asimismo cumple con la devolución de los recibos por honorarios por haberse declarado fundada en parte su recurso de reconsideración. Con fecha 01 de junio de 2015, la contratista solicita pronunciamiento respecto de las tachas formuladas, asimismo solicita programación de Audiencia de Puntos Controvertidos. Con fecha 10 de junio de 2015, la entidad comunica la emisión de cheques correspondientes a la

*Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna*

reliquidación realizada. Finalmente, con fecha 21 de julio de 2015, la contratista solicita nuevamente pronunciamiento respecto de las tachas formuladas, asimismo solicita programación de Audiencia de Puntos Controvertidos.

20. Mediante resolución N° 18 de fecha 01 de setiembre de 2015, el Tribunal Arbitral cumple con proveer los escritos indicados en el párrafo anterior, asimismo otorga a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para que formulen su propuesta de puntos controvertidos.
21. Mediante Resolución N° 19 de fecha 01 de setiembre de 2015, se acepta la renuncia de la Secretaria Arbitral Abog. Kim Moy Camino Chung y se designa como nueva secretaria arbitral a la Abog. Whitney Hernández Girón, poniéndose a conocimiento de las partes la nueva designación de secretaria arbitral.
22. Con fecha 15 y 18 de setiembre de 2015, las partes cumplen con presentar su propuesta de puntos controvertidos, escritos proveídos mediante Resolución N° 20 de fecha 01 de setiembre de 105, la cual fija la fecha para la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el día 29 de Septiembre de 2015 a horas 12:30 P.M.
23. Mediante Resolución N° 21 de fecha 28 de setiembre de 2015, el Tribunal Arbitral reprograma la fecha para la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el día 21 de Octubre de 2015, a horas 04:30 P.M.
24. Asimismo, en la fecha, lugar y hora programado, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, con la asistencia de los representantes tanto del demandante como del demandado; así

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

como de los árbitros y secretario arbitral, con excepción del Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna, quien informó no poder asistir a la Audiencia por motivos de fuerza mayor.

25. Asimismo, al no poder arribarse a una conciliación entre las partes, se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas. Estos fueron fijados de la siguiente manera:

De la Demanda:

Primera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare la nulidad y se deje sin efecto el acto resolutorio del Contrato, contenido en la carta Notarial N° 085-2014-MINEDU/SG-OGA, por supuesta aplicación de otras penalidades y descuentos, las mismas que superarían el 10 % del monto establecido en el contrato N° 059-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS.

Segunda Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare la inexistencia de penalidades y/o descuentos deducidos por la Entidad, en la ejecución del contrato de supervisión.

Tercera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene al Ministerio de Educación el pago pendiente de las valoraciones 10,11 y 12 con los intereses de

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Ley, las mismas que corresponden a los servicios que han sido prestados por el Contratista antes de la resolución del contrato.

Cuarta Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene al Ministerio de Educación el pago de una indemnización por lucro cesante, el mismo que asciende a la suma de S/. 164,203.39 (Ciento sesenta y cuatro mil doscientos y 39/100 Nuevos Soles).

Quinta Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene al Ministerio de Educación la devolución de las cartas fianzas de fiel cumplimiento y adelanto directo, así como el reconocimiento de los gastos que irrogan la renovación de las mencionadas garantías, así como también la emisión de la constancia de prestación de servicios, que deberá ser emitida sin penalidades.

Sexta Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene al Ministerio de Educación el reconocimiento de los gastos arbitrales del presente proceso.

De la ampliación de Demanda:

Primera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal tenga por presentada y aprobada y sin penalidades, así como también ordene el pago de la

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

liquidación presentada con fecha 28 de Febrero mediante Carta N° n57-2014-CORPEI/RL.

Segunda Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene la restitución total ejecución de la carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0347-9800117652-22, por un monto ascendente de S/. 130.2173.99 Nuevos Soles, que fue ejecutada antes del vencimiento de la misma, así como también la devolución de los gastos administrativos por el trámite de la ejecución de la Carta Fianza.

Tercera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene la emisión del certificado de prestación de Servicios a favor del Contratista, en relación a la fecha del cumplimiento del contrato.

26. En la mencionada Audiencia, se admitieron como medios probatorios los documentos ofrecidos por la Corporación Peruana de Ingeniería en su escrito de demanda presentado el 11 de julio de 2014, incluidos en el acápite "IV. MEDIOS PROBATORIOS"; asimismo, se admitieron a trámite los documentos referidos en los anexos del escrito de fecha 25 de julio de 2015; Finalmente se admitió a trámite los documentos presentados en el escrito de ampliación de demanda de fecha 20 de agosto de 2015.
27. También, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio de Educación, en su escrito de deducción de excepción y contestación de demanda presentada el 04 de setiembre de 2014, incluidos en el acápite "IV MEDIOS PROBATORIOS DE NUESTRA CONTESTACION".

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

28. Al finalizar la mencionada Audiencia, el Tribunal Arbitral decretó el cierre de la etapa probatoria y otorgó a las partes el plazo de diez (10) días hábiles a efectos que cumplan con presentar sus escritos de alegatos y conclusiones finales.
29. En atención a ello, se tiene que con fecha 02 y 04 de noviembre del 2015, tanto el CONTRATISTA como la ENTIDAD presentaron sus respectivos escritos de alegatos; por lo que mediante Resolución N° 22 de fecha 06 de noviembre de 2015, se dispone tener presente los escritos de alegatos presentados por las partes, asimismo señaló fecha para la Audiencia de Informes Orales para el día Lunes 16 de Noviembre de 2015 a las 02:00 p.m.
30. Con fecha 11 de noviembre de 2015, la contratista solicita la suspensión de la Audiencia de Informes Orales, asimismo con fecha 12 de noviembre de 2015, la contratista se desiste de la solicitud de suspensión de Audiencia de Informes Orales y confirman su asistencia en la fecha y hora indicadas mediante Resolución N° 22. Mediante Resolución N° 23 de fecha 13 de noviembre de 2015, el Tribunal Arbitral tuvo por desistido el pedido de Corporación Peruana de Ingeniería S.A., prosiguiendo el trámite del proceso arbitral.
31. Del mismo modo, con fecha 16 de noviembre de 2015 se realizó la audiencia de Informes Orales con la presencia de ambas partes, escuchándose a las mismas con los respectivos derechos de replica y duplica. Asimismo, en dicha audiencia se procedió a fijar plazo para laudar en uno de treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente de realizada la audiencia, reservándose asimismo el Tribunal Arbitral la facultad de ampliar a su sola discreción el citado plazo por otros veinte (20) días hábiles adicionales, en caso

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

lo estimase necesario, conforme a lo previsto en el numeral 45) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

32. Atendiendo a ello, el presente laudo es emitido dentro del plazo fijado, teniendo en cuenta que:

- Los plazos se computan en días hábiles.
- Son días inhábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables o los días de duelo nacional no laborables declarados por el Poder Ejecutivo de la República del Perú.
- La sede del arbitraje se encuentra fijada en la ciudad de Lima.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

1.- CUESTIONES PRELIMINARES.

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- i. Que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre ambas partes del arbitraje.
- ii. Que en momento alguno se recusó alguno de los árbitros, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- iii. Que el DEMANDANTE presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

- iv. Que el DEMANDADO fue debidamente emplazado con la demanda, ejerciendo su derecho a contestarla y reconvenir dentro de los plazos establecidos.
- v. Que el DEMANDANTE fue debidamente emplazado con la reconvención, ejerciendo su derecho a contestarla dentro de los plazos dispuestos en el Acta de Instalación.
- vi. Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral.
- vii. Que de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1017, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.
- viii. Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

2.- MATERIA CONTROVERTIDA.

De acuerdo con lo establecido en Audiencia de Conciliación, Saneamiento Procesal, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 21 de octubre de 2015, en el presente caso corresponde al

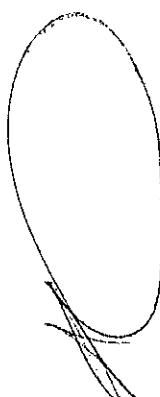
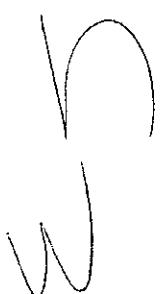
Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece 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.



Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

*La prueba pertenece al proceso y no a la parte que la propuso
y proporcionó" (1).*

El Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Que adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA DEDUCIDA POR MINEDU

Que, mediante escrito de fecha 04.09.2014, el MINEDU deduce excepción de Incompetencia respecto de la tercera y quinta pretensión de la demanda, indicando que, de conformidad con el artículo 218 del Reglamento de la Ley de

(1) TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Contrataciones, el Contratista debería haber presentado su solicitud arbitral de forma previa respecto de dichas pretensiones, para someter al presente arbitraje las mismas; supuesto que no habría ocurrido en este caso.

Dicha excepción guarda relación con la objeción al arbitraje presentada con fecha 14.08.2015, donde de igual modo la citada entidad manifiesta su posición sobre la supuesta ausencia de competencia del Tribunal Arbitral para el conocimiento de las referidas pretensiones.

Al respecto, este Tribunal Arbitral conviene tener presente los siguientes escritos presentados por la demandante:

- Carta N° 22-2014-CORPEI/RL de fecha 25.02.2014 (Corpei)
- Oficio N° 3206-2014-MINEDU-PP de fecha 14.05.2014 (Minedu)
- Escrito S/N de fecha 17.06.2014 Acumulación de proceso (Corpei)
- Escrito S/N de fecha 20.06.2014 (Corpei)
- Escrito S/N de fecha 11.07.2014 Demanda Arbitral (Corpei)
 - o Indica en su primer otro sí digo el pedido de pronunciamiento sobre acumulación.
- Escrito N° 03 de fecha 14.08.2014 Objeción al Arbitraje (Minedu)
- Escrito S/N de fecha 20.08.2014 Ampliación de demanda (Corpei)
- Escrito N° 06 de fecha 16.12.2014 Contesta Ampliación Demanda (Minedu)

En virtud de lo expuesto por las partes en los escritos antes detallados, así como aquellos posteriores en los cuales hicieron reiteradas argumentaciones sobre las materias que son objeto de la excepción de incompetencia planteada, este Tribunal tiene claro que las pretensiones cuestionadas fueron las siguientes:

"(...) Tercera Pretensión Principal:

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene al Ministerio de Educación el pago pendiente de las valoraciones 10,11 y 12 con los intereses de Ley, las mismas que corresponden a los servicios que han sido prestados por el Contratista antes de la resolución del contrato.

(...)

Quinta Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene al Ministerio de Educación la devolución de las cartas fianzas de fiel cumplimiento y adelanto directo, así como el reconocimiento de los gastos que irrogan la renovación de las mencionadas garantías, así como también la emisión de la constancia de prestación de servicios, que deberá ser emitida sin penalidades.”

En ese sentido, LA ENTIDAD considera que tanto la tercera como la quinta pretensión de la demanda difieren de forma expresa de las pretensiones señaladas en la solicitud arbitral, por lo que, a su entender CORPEI estaría transgrediendo lo establecido en el convenio arbitral al ampliar sus pretensiones.

Sin embargo, debe advertirse que la empresa CORPEI solicitó acumulación de pretensiones, de forma adicional al planteamiento de la ampliación de su demanda, situación configurada posterior al planteamiento de las pretensiones de su demanda. Ello debido a que las controversias contenidas tanto en la acumulación como de la ampliación (así denominadas en sus escritos) surgieron de forma posterior a la presentación de la solicitud de arbitraje.

De esta forma, se aprecia que mediante la citada Carta N° 22-2014-CORPEI/RL de fecha 25.02.2014, así como lo señalado en los escritos de fecha 17.06.2014 y 20.06.2014, la citada empresa demuestra que el MINEDU manifestó su posición (Oficio N° 3206-2014-MINEDU-PP de fecha 14.05.2014) sobre la materia controvertida adicional sometida a conocimiento de este Tribunal Arbitral.

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Sin perjuicio de ello, debemos advertir como aspecto fundamental que las pretensiones contenidas en la Tercera y quinta pretensión de la demanda que son materia de la excepción, poseen relación directa con las pretensiones planteadas en la Acumulación de proceso, presentada por la empresa Corpei, mediante Escrito S/N de fecha 17.06.2014, Sumilla: "Acumulación de proceso"; el mismo que fue contestado por el MINEDU mediante escrito S/N de fecha 20.06.2014 dentro del amparo de lo normado en la Ley de Arbitraje, la Ley de Contrataciones y el Acta de Instalación pactada por las partes, sin oponerse a dicha acumulación.

De lo expuesto, se tiene que de conformidad con el numeral 38 del Acta de Instalación de fecha 16.04.2014:

"De la Acumulación"

De surgir nuevas controversias relativas al mismo contrato, cualquiera de las partes puede pedir al Tribunal Arbitral la acumulación de las pretensiones a este proceso, debiendo hacerlo dentro del plazo de caducidad previsto en numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley, siempre que no se haya procedido a declarar la conclusión de la etapa probatoria.

Cuando no se establezca expresamente en el convenio arbitral que sólo procederá la acumulación de pretensiones cuando ambas partes estén de acuerdo, una vez iniciada la actuación de pruebas, el Tribunal Arbitral podrá decidir sobre la acumulación tomando en cuenta la naturaleza de las nuevas pretensiones, el estado de avance en que se encuentre el arbitraje y las demás circunstancias que sean pertinentes". (El resultado es nuestro)

Asimismo, tanto el artículo 52.5 de la Ley de Contrataciones como el artículo 229 del Reglamento contemplan que "cualquiera de las partes puede pedir a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley, siempre que no se haya procedido a declarar la conclusión de la etapa probatoria".

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

En esta medida resulta claro que las pretensiones de pago de las valorizaciones 10, 11 y 12 (tercera pretensión del escrito de demanda de fecha 11.07.2014) están INCLUIDAS en la pretensión de pago de la liquidación presentada (primera pretensión principal del escrito de Ampliación de demanda de fecha 20.08.2014). De igual modo, la pretensión de devolución de las Cartas Fianza, gastos de renovación de las mismas, y emisión de conformidad (quinta pretensión del escrito de demanda de fecha 11.07.2014) está directamente relacionada con la pretensión de Restitución total de la indebida ejecución de las cartas fianzas, y emisión de certificado de prestación de servicios, contenidas en la segunda y tercera pretensión principal del escrito de Ampliación de demanda de fecha 20.08.2014.

Como último aspecto, debemos indicar que tal como lo establece el Acta de Instalación, al no poseer el Convenio Arbitral ninguna fórmula adicional para sometimiento a arbitrajes respecto de nuevas controversias (Como por Ej. Cláusulas Escalonadas donde no puede someterse a arbitraje aspectos no sometidos a conciliación obligatoriamente), resulta POTESTAD de este Tribunal Arbitral decidir sobre su propia competencia, y tal como lo acordaron las partes en el Acta de Instalación, al NO HABERSE ESTABLECIDO expresamente en el convenio arbitral que sólo procederá la acumulación de pretensiones cuando ambas partes estén de acuerdo, una vez iniciada la actuación de pruebas, el Tribunal Arbitral podrá decidir sobre la acumulación tomando en cuenta la naturaleza de las nuevas pretensiones, el estado de avance en que se encuentre el arbitraje y las demás circunstancias que sean pertinentes

En ese sentido, en aplicación de la normativa legal aplicable, adicional a la facultad otorgada por las partes, este Tribunal ha decidido que resulta procedente la acumulación de las pretensiones. Ello, toda vez que: i) las mismas han surgido con

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

posterioridad a la presentación de la solicitud de arbitraje inicial (derivada del primer acto de resolución contractual realizado por la Entidad); ii) derivan de la ejecución del mismo contrato; y iii) existe identidad de las partes.

Por lo que se declara INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA deducida por la demandada.

RESPECTO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS Y LAS PRETENSIONES PLANTEADAS.

Primera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare la nulidad y se deje sin efecto el acto resolutorio del Contrato, contenido en la carta Notarial N° 085-2014-MINEDU/SG-OGA, por supuesta aplicación de otras penalidades y descuentos, las mismas que superarían el 10% del monto establecido en el contrato N° 059-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS.

En primer lugar, con la finalidad de determinar si corresponde o no que el Tribunal declare la nulidad y deje sin efecto el acto resolutorio del Contrato, representado en la Carta Notarial N° 085-2014-MINEDU/SG-OGA, de fecha 21 de enero de 201, es importante analizar si la aplicación de penalidades llevada a cabo por la entidad se ha realizado conforme a ley.

En ese sentido, debe indicarse que, en el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista puede determinar que la Entidad decida aplicarle penalidades y/o resolver el contrato.

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Al respecto, debe indicarse que las penalidades que puede aplicar la Entidad al contratista cumplen una doble función: desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso u otros incumplimientos en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado.

En este contexto, las penalidades que la Entidad puede aplicar al contratista son la "*penalidad por mora en la ejecución de la prestación*" y las "*otras penalidades*", reguladas en los artículos 165 y 166 del Reglamento, respectivamente.

Así, el artículo 165 del Reglamento regula la aplicación de la "*penalidad por mora en la ejecución de la prestación*", precisando que la misma debe aplicarse al contratista que injustificadamente se retrase en la ejecución de las prestaciones a su cargo, a razón de una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Además, el citado artículo desarrolla la fórmula que debe utilizarse para calcular el monto de la penalidad diaria a ser aplicada al contratista ⁽²⁾. Dicha fórmula considera como elementos del cálculo al monto y al plazo de la prestación cuya ejecución ha sufrido el atraso, precisándose que "Tanto el monto como el plazo se

(2) El artículo 165 del Reglamento desarrolla la siguiente fórmula para el cálculo de la "*penalidad por mora en la ejecución de la prestación*":

$$\text{"Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde F tendrá los siguientes valores:

- a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: $F = 0.40$.
- b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:
 - b.1) Para bienes y servicios: $F = 0.25$.
 - b.2) Para obras: $F = 0.15$.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso." (El subrayado es agregado).

Por otra parte, cabe señalar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 165 del Reglamento, el monto resultante de la "*penalidad por mora en la ejecución de la prestación*" será deducido por la Entidad de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final, según sea el caso, en atención al objeto de la contratación (bienes, servicios, consultoría o ejecución de obras), o, de ser necesario, del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.

A mayor abundamiento, debe indicarse que, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la Ley, "Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente. Tratándose de contratos de ejecución y consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente (...)" (El subrayado es agregado).

Por su parte, el artículo 197 del Reglamento señala que en las contrataciones que tienen por objeto la ejecución de una obra, se podrá realizar el pago de valorizaciones elaboradas el último día de cada periodo previsto en las Bases, por el inspector o por el supervisor y el contratista, el mismo que tendrá carácter de pago a cuenta.

De otro lado, el artículo 166 del Reglamento regula la aplicación de las "*otras penalidades*" al contratista, conforme a lo siguiente: "*En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente (se refiere al artículo 165), siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto*

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora." (El subrayado es agregado).

De acuerdo con el artículo citado, las Entidades pueden establecer en las Bases de los procesos de selección que convocan penalidades distintas a la "*penalidad por mora en la ejecución de la prestación*", las que se calculan de forma independiente a esta y hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del monto vigente del ítem que debió ejecutarse.

Esta potestad de las Entidades debe ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria.

- (i) La objetividad implica que la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serán penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación;
- (ii) Por su parte, la razonabilidad implica que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicará al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento.
- (iii) Finalmente, la congruencia con el objeto de la convocatoria implica que se penalice el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria.

*Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna*

De esta manera, la previsión de penalidades distintas a la "*penalidad por mora en la ejecución de la prestación*" en las Bases de un proceso de selección implica observar los parámetros antes mencionados, con la finalidad de evitar que durante la ejecución contractual surjan discrepancias entre la Entidad y el contratista respecto de la aplicación de estas penalidades.

Cabe indicar que en el contrato se establecieron las penalidades a aplicarse las cuales se detallan a continuación:

CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: PENALIDADES

EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, **LA ENTIDAD** le aplicará una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o del monto del ítem vigente que debió ejecutarse, en concordancia con el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, entre otros, por los siguientes conceptos:

- a) Por no presentar oportunamente o presentar en forma deficiente y/o incompleta, los siguientes documentos: el calendario de avance acelerado (CAA), el calendario de avance de obra actualizado (CAOA).
 - b) Por demora en la presentación de los informes: inicial, mensuales, especiales, de valorizaciones, de expedientes de presupuestos adicionales o de deductivos, de Liquidaciones, de ampliaciones de plazo o de informes específicos.

Las penalidades descritas serán aplicadas administrativamente por "EL MINISTERIO", procediéndose a su descuento en la valorización que corresponda, de los servicios de "EL CONTRATISTA".

corresponda, de los servicios de "EL CONTRATISTA" la ENTIDAD
Asimismo, según los Términos de Referencia de las Bases, LA ENTIDAD
aplicara las siguientes sanciones según los supuestos siguientes:

- a) Una penalidad del 1% del monto del Contrato reajustado, por autorizar la ejecución y/o valoriza obras adicionales sin haber generado y tramitado ante la OINFE, el respectivo Expediente Técnico con el presupuesto del adicional.

b) Si "EL CONTRATISTA" no tramitará oportunamente o remitiera en forma defectuosa o incompleta valorizaciones de Obra (principal y/o adicionales) asumirá el pago del 100 % de los intereses que el

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Contratista de la Obra reclame como consecuencia de no haberse cancelado oportunamente sus valorizaciones.

- e) Por no generar o elaborar los presupuestos adicionales y no trámitarlos oportunamente a la OINPE, y que como consecuencia de ello se tenga que ampliar el plazo al Contratista de la Obra, con reconocimiento de mayores gastos generales, "EL CONTRATISTA", asumirá el pago del 100 % de los mayores gastos generales que le corresponda al Contratista de la Obra, a la vez no se le reconocerá pago alguno por el tiempo correspondiente a la ampliación de plazo de sus servicios.
- d) Por no absolver las consultas y/o requerimientos del Contratista de la Obra, en un plazo máximo de cinco (05) días. La OINPE en la primera oportunidad, suspenderá por treinta (30) días calendario el pago de sus honorarios profesionales del mes que corresponda y si es coincidente, se le aplicará adicionalmente una penalidad del 0.25 % del monto de su contrato reajustado, por cada día de retraso.
- e) Se le aplicará una penalidad del 1% de su Contrato reajustado, si "EL CONTRATISTA" no hiciera las deducciones o descuentos oportunamente, en las valorizaciones del Contratista de la Obra, con la finalidad de que al término de obra no exista o reduzca el saldo a favor de "EL MINISTERIO".
Se le aplicará una penalidad del 1% de su Contrato reajustado, si "EL CONTRATISTA" no comunicará a la OINPE dentro de los cinco (05) días de haber recibido de parte del Contratista de la Obra, la solicitud de Recepción de Obra.
- g) Se le aplicará una penalidad del 0.5 % del monto reajustado de su Contrato correspondiente al periodo mensual, por cada día de ausencia injustificada de "EL CONTRATISTA", la ausencia injustificada en obra de tres (03) días consecutivos o cinco (05) días alternados, será causal de Resolución de Contrato, prevista en el presente contrato de servicios de Supervisión.
- h) Se aplicará una penalidad del 0.5 % del monto total de su contrato reajustado por lo siguiente:
 - h.1) Por valorizar sin ceñirse a las bases de pago y/o por valorizar obras adicionales dentro de la planilla de la obra contratada.
 - h.2) Por no absolver y regularizar en la valorización siguiente, cualquier partida de una valorización observada por la OINPE.
 - h.3) Por valorizar obras y/o metrados no ejecutados (sobre - valorizaciones) y pagos en exceso, valorizaciones adelantadas u otro actos que derivan en pagos indebidos o no encuadrados en las disposiciones vigentes.
 - h.4) Por no controlar eficientemente la ejecución de la obra y/o no haber adoptado oportunamente las acciones necesarias para un correcto trabajo; por no controlar la señalización (diurna y nocturna) durante la ejecución de Obra requiere para evitar accidentes y brindar la seguridad suficiente al usuario.

De la revisión de las mismas se verifica que, en el literal g) la entidad prevé "(...)" una penalidad del 0.5% del monto reajustado de su contrato correspondiente al periodo

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

mensual, por cada día de ausencia injustificada en obra de tres (03) días consecutivos o cinco (05) días alternados, será causal de resolución de contrato (...)"

Sin embargo, dicho supuesto de ausencia de profesionales también estaba contemplado dentro de las bases en lo referente a las deducciones por incumplimiento del contratista de tener a su personal en obra.

Por otro lado, el primer párrafo del artículo 41 de la Ley establece que *"Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje."* (El subrayado es agregado).

Como se aprecia, el artículo citado establece la potestad de la Entidad de, excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria, ordenar la reducción ⁽³⁾ de prestaciones de obra hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que ello sea indispensable para alcanzar la finalidad de este.

Al respecto, es importante precisar que la potestad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de obra, así como su reducción, ha sido conferida a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público en los contratos que celebra para abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para cumplir con las funciones que le ha conferido la ley.

(3) Se entiende por "reducción" a la ejecución de menores prestaciones a las originalmente previstas en el expediente técnico o en el contrato, con la finalidad de alcanzar la meta prevista.

Tribunal Arbitral:

Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Así, esta potestad responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina "*cláusulas exorbitantes*" que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público -como es el régimen de contrataciones del Estado-, en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado ⁽⁴⁾.

No obstante, la potestad de la Entidad de ordenar la reducción de prestaciones de obra debe ser ejercida dentro de los límites que establece el artículo 41 de la Ley, por lo que la Entidad no puede ordenar la reducción de prestaciones por más de veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original; y tal como la Ley establece distinción de ambos supuestos, el contrato y las Bases de este proceso también establecen distinciones para la regulación y tratamiento de ambos supuestos: penalidades y descuentos.

A mayor abundamiento, el punto 10.0 de los Términos de Referencia de las Bases del proceso se hace una clara distinción entre las penalidades y los descuentos, los cuales tienen una naturaleza distinta, pues en el primer caso estamos básicamente ante una medida que opera como un castigo al contratista ante un supuesto incumplimiento, mientras que el segundo consiste más bien en una reducción de las prestaciones suponiendo que las mismas se hayan realizado. Asimismo, los términos de referencia establecen para el caso de penalidades fórmulas de cálculo, que para el caso concreto lo establece en el numeral g) al señalar que "*se aplicara una penalidad del 0.5% de su contrato correspondiente al periodo mensual, por cada día de ausencia injustificada en obra de tres (03) días consecutivos o cinco (05) días alternados, será causal de Resolución de Contrato, prevista en el Contrato de Supervisión*".

(4) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Las cláusulas exorbitantes*. en: THEMIS, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 39, Pág. 7.

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Por su parte, en el caso de descuentos, el literal k) señala que "*En caso de que EL SUPERVISOR no cumpliera en presentar en obra, alguno de los profesionales y/o especialistas que figuran en su estructura de costos propuesto, en los tiempos indicados en su cronograma, se le descontará el monto que corresponde a los honorarios de dicho profesional y/o especialista*".

Teniendo en cuenta dicha diferencia de conceptos, y de lo revisado durante el proceso arbitral, tomando en cuenta las pruebas aportadas por las partes y lo expuesto en el arbitraje, este Tribunal Arbitral ha analizado que el porcentaje de penalidades ascendería al 8.57%, mientras que el de los descuentos sería del 21.85%; siendo ambos conceptos diferentes, y sin perjuicio de la defensa de la Demandante respecto de la contradicción sobre los referidos descuentos (aspecto de fondo tratado en otro punto controvertido).

En ese sentido, resulta evidente que no existiría razonabilidad por parte de la entidad para cobrar doblemente dichos conceptos, o para asemejar la naturaleza del descuento a la de penalidades, ya que como hemos demostrado en los párrafos precedentes, estos tienen finalidades distintas.

Siendo ello así, se verifica que NO se habría superado el 10% de penalidad que establece la norma para la resolución contractual sin previo requerimiento del cumplimiento de obligaciones; por ende la entidad debió seguir el procedimiento establecido en el artículo 169 reglamento el cual indica lo siguiente:

"Artículo 169º.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. (...)".

Sin embargo, de lo indicado por ambas partes durante el proceso, queda claro que la entidad no siguió el procedimiento establecido si no que, a entender de ésta, el contratista habría acumulado el monto máximo de penalidades (ello al sumar las penalidades más los descuentos realizados) por lo que no era “necesario” apercibir al contratista para el cumplimiento de sus obligaciones.

Por lo tanto, luego del análisis respectivo, este tribunal arbitral opina que la resolución de contrato de supervisión deviene en nula, toda vez que se sustentó en una causal inexistente por no superarse el límite máximo de penalidades indicado en el numeral 2 del artículo 168 del Reglamento, así como no cumplir con el procedimiento previsto para resolver el contrato en caso de incumplimiento de obligaciones.

Segunda Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare la inexistencia de penalidades y/o descuentos deducidos por la Entidad, en la ejecución del contrato de supervisión.

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

En relación con la citada pretensión de la demanda, la DEMANDANTE expone a este colegiado que la ENTIDAD, mediante Carta Notarial Nro. 085-2014-MINEDU/SG-OGA sustentada en el Informe Nro. 308-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-AAO, le comunica que no estarían cumpliendo con tener presente la plantilla de profesionales propuestos; supuesto que configura un incumplimiento contractual.

Sin embargo, advierte que el citado Informe Nro. 308-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-AAO contiene como sustento principal de sus observaciones y advertencias, un Informe Nro. 002-2013-INSP-MSG/GUE-MMV emitido por el Lic. Juan Taco, este en calidad de Director de la Institución Educativa objeto de la prestación del servicio con el siguiente tenor:

“(...) Para informarle sobre la labor encomendada como es la asistencia del equipo de Supervisión de la obra de la referencia, lo que puedo reiterar que esta no es pertinente de acuerdo al personal propuesto (...)”

En ese sentido, la DEMANDANTE argumenta que de acuerdo al Contrato suscrito con el MINEDU, y conforme a todos los documentos que forman parte de este (Bases, Expediente, Terminos de Referencia, Propuesta, etc.) las partes del contrato se encuentran claramente establecidas, por lo que los informes emitidos por terceros ajenos al contrato no pueden ser vinculantes para las partes contractuales; menos aun tratándose de personal no calificado (ni legitimado por las partes) para ejercer dichas labores.

Asimismo, indica que *“los informes que emita la Dirección del Centro Educativo carece de carácter oficial, no pudiendo constituir prueba indubitable, que pueda acreditar incumplimiento de mi representada”*.

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Al respecto debe tenerse presente, tal como señala el DEMANDANTE, que de conformidad con lo establecido en el Art.^a 193 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado “*(...) La Entidad controlará los trabajos efectuados por el contratista a través de un inspector o del supervisor, según corresponda, quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato (...)*”, no teniendo correlato con el accionar de la Entidad al sustentarse en informes de personas que no pertenecen al MINEDU y que tampoco ostentan la calidad de inspectores/supervisores.

Como últimos aspectos indica el DEMANDANTE que la supervisión no ha incumplido en ningún momento con sus obligaciones contractuales, visualizándose un avance al 85.10% del monto de Contrato de Obra, no siendo objeto de retraso por causas imputables al supervisor; más aun, no resulta correcta la imputación de ausencia del plantel de profesionales, ya que mediante Cartas e Informes que presenta como medios de prueba, demuestra la participación de los profesionales que ofreció en su plantel en las labores para las que fueron ofrecidos:

- Carta Nro. 0778-2013-CORPEI/JS del 03.12.2013
- Informe Nro. 009-2013-PROA-CORPEI/SEEIE
- Informe Nro. 010-2013-PROA-CORPEI/SEEIE
- Informe Nro. 011-2013-PROA-CORPEI/SEEIE
- Carta Nro. 069-2013-CORPEI/JS del 22.11.2013
- Informe de Obra Nro. 007-2013-PROA-CORPEI/SEEIE
- Informe Nro. 005-2013-NBVO/EA/SO
- Carta Nro. 068-2013-CORPEI/JS del 22.11.2013
- Informe Nro. 008-2013-PROA-CORPEI/SEEIE
- Informe Nro. 003-2013-PROA-CORPEI/SEEIE
- Carta Nro. 062-2013-CORPEI/JS del 04.11.2013

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

- Informe Nro. 004-2013-PROA-CORPEI/SEEIE
- Carta Nro. 057-2013-CORPEI/JS del 31.10.2013
- Informe Nro. 005-2013-PROA-CORPEI/SEEIE

Indicando además que los referidos informes, así como todos los demás presentados durante la ejecución contractual han sido elaborados y trabajados en campo por los profesionales especialistas en cada materia, los mismos que se ajuntan de acuerdo a un cronograma de participación, en la cual se puede apreciar las fechas en las que debe asistir cada uno de ello, no siendo su participación de forma permanente en la obra.

Al respecto, se ha evaluado los argumentos de la Entidad, relacionados con su posición referida a que, si bien el Director de la Institución Educativa no ha suscrito el Contrato, dicha persona tiene ***"INTERES LEGITIMO EN EL CONTRATO"*** en su calidad de usuario final, por lo que toda documentación o comunicación que dicha persona haya remitido, se ha dado conforme a la objetividad en su calidad de Director que ostenta.

Asimismo, puntualiza indicando que la prueba debe ser entendida como ***"todo documento que sirve para acreditar hechos sin importar la calidad del sujeto que la haya emitido"***, culminando su posición afirmando que el Ing. Alfredo Marmolejo Cucho, Jefe de Supervisión de la Obra no se habría constituido en la Obra de forma permanente en la medida que habría ejercido el cargo de Jefe de Supervisión de la Obra de la Empresa Consorcio Progreso, para la obra ***"Mejoramiento y Ampliación de la IE 40284 Pedro Paulet Mostajo en el nivel secundario del Centro Poblado San Juan el alto, en el distrito de Majes - Cayoma - Arequipa,*** incumpliendo así sus obligaciones esenciales y de igual modo, diversas Opiniones del OSCE y criterios establecidos por dicho ente rector.

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

De lo expuesto por las partes, este Tribunal Arbitral considera pertinente indicar que ha tomado en consideración lo desarrollado en sus escritos y las pruebas presentadas, así como lo expuesto por las partes en sus informes orales, tomando como válida la posición amparada en derecho relacionada con la identidad de las partes contractuales y la facultad que SOLO ellas pueden otorgar a terceros no acreditados por el Contrato, las Bases o cualquier otro documento que haya formado parte del proceso de selección. De esta forma, se han advertido diversos informes que poseen el siguiente tenor, los mismos que no podrían ser reconocidos como pasibles de oponerse al DEMANDANTE como incumplimiento de obligaciones por carecer dicha persona de legitimidad y/o facultad para emitir pronunciamiento o comunicación vinculante al contrato y las obligaciones de las partes:

“- Informe Nro. 01-2013 I.E. 0309187-C.N.FO-DGUE”MMV” de fecha 15.05.2013 que indica que “(...) de lo verificado y constatado debo informar que durante el mes de mayo de 2013 solo estuvo trabajando el Ing. Alfredo Marmolejo Cucho (...)"

– Informe Nro. 03-2013 I.E. 0309187-C.N.FO-DGUE”MMV” de fecha 02.06.2013 que indica que “(...) de lo verificado y constatado debo informar que durante el mes de mayo de 2013 solo estuvo trabajando el Ing. Alfredo Marmolejo Cucho y no el equipo completo propuesto en su oferta técnica (...)"

– Informe Nro. 02-2013 I.E. 0309187-C.N.FO-DGUE”MMV” de fecha 14.06.2013 que indica que “(...) de lo verificado y constatado debo informar que al unico que se le encuentra laborando en la referida obra es el Ing. Alfredo Marmolejo Cucho, acompañado de (02) Bachilleres (...)"

– Informe Nro. 308-2013-MINEDU-OINFE-USOM-AAH de fecha 17.12.2013 el cual señala que “(...) en atención al documento de la referencia, mediante el cual el director de l I.E Mariano Melgar manifiesta que persiste la ausencia

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

de parte de los profesionales propuestos en el Equipo de Supervisión cuyo informe es como sigue (...)"

En efecto, toda vez que el presente arbitraje es uno de derecho, este colegiado no puede apartarse de las fuentes de las obligaciones de las partes, y los acuerdos adoptados por ambas durante la etapa de selección, suscripción de contrato y ejecución contractual, no pudiendo admitir aquella posición en la cual un tercero ajeno al contrato, que no posee conocimientos técnicos o capacitación adecuada, pueda emitir informes o comunicaciones que puedan oponerse a la Demandante para la determinación de incumplimientos, penalidades y/o descuentos.

Ello, en la medida que una posición distinta solo llevaría a tergiversar la finalidad del contrato y la voluntad de las partes, facultando abiertamente y sin restricciones las opiniones de cualquier tercero, para cualquier aspecto, rompiendo no solo el equilibrio contractual de las partes sino también, desconociendo la designación de la calidad de un inspector y/o supervisor para emitir opiniones técnicas. Esta posición se encuentra recogida en el Reglamento de la Ley de Contrataciones, por cuanto no resulta amparable en derecho, una posición que se aparte de dicha línea.

Asimismo, la supuesta ausencia del Ing. Alfredo Marmolejo Cuchó, Jefe de Supervisión de la Obra, no se habría probado correctamente en la medida que no se han presentado pruebas que evidencien alguna labor o presencia física que se superponga con el periodo de tiempo que debía dedicarle a la Obra que es materia del presente arbitraje. En efecto, tal como se expuso en la Audiencia de Informes Orales, dicho profesional pudo haber sido ofrecido como parte de un planteo técnico en otras obras de distintas partes del Perú; sin embargo, ello no prueba que dicho profesional se haya apartado de sus funciones y obligaciones.

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

De hecho, no se advierte un documento que produzca certeza del incumplimiento de funciones o duplicidad de presencia en dos obras.

Por lo expuesto, en la medida que las penalidades y descuentos se encuentran sustentadas en informes técnicos que a su vez se sustentan en comunicaciones e informes de terceros ajenos al contrato de supervisión; y en la medida que no se ha acreditado que el Ing. Alfredo Marmolejo Cuchó haya incumplido sus obligaciones contractuales, este colegiado en la medida que se encuentra frente a un arbitraje de derecho, no puede desconocer la aplicación de la normativa legal pertinente, y encuentra fundada la pretensión de la DEMANDANTE.

Tercera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene al Ministerio de Educación el pago pendiente de las valoraciones 10, 11 y 12 con los intereses de Ley, las mismas que corresponden a los servicios que han sido prestados por el Contratista antes de la resolución del contrato.

Cuarta Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene al Ministerio de Educación el pago de una indemnización por lucro cesante, el mismo que asciende a la suma de S/. 164,203.39 (Ciento sesenta y cuatro mil doscientos y 39/100 Nuevos Soles).

Primera Pretensión Principal de Ampliación de Demanda

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Determinar si corresponde o no que el Tribunal tenga por presentada y aprobada y sin penalidades, así como también ordene el pago de la liquidación presentada con fecha 28 de Febrero mediante Carta N° 57-2014-CORPEI/RL.

Toda vez que las pretensiones tercera y cuarta de la demanda se encuentran relacionadas con la primera pretensión principal de la ampliación de demanda, resulta necesario analizarlas de forma conjunta. Ello, en la medida que se ha advertido que los montos solicitados en las pretensiones señaladas se encuentran indicados como parte de la liquidación presentada por el Supervisor a la Entidad, la misma que solicita sea aprobada.

Valorizaciones

En primer lugar, debe indicarse que, de conformidad con el numeral 53 del Anexo Único del Reglamento, "Anexo de Definiciones", la valorización "Es la cuantificación económica de un avance físico en la ejecución de la obra, realizada en un periodo determinado." Asimismo, el primer párrafo del artículo 197 del Reglamento establece que las valorizaciones tienen el carácter de "pagos a cuenta".

Adicionalmente, en los párrafos segundo ⁽⁵⁾ y tercero ⁽⁶⁾ del artículo 197 del Reglamento, se establece la metodología que debe emplearse para elaborar o formular las valorizaciones, dependiendo del sistema de contratación mediante el cual se ejecuta la obra, precios unitarios o suma alzada, según corresponda.

- (5) "En el caso de las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios ofertados, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el contratista; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas."
- (6) "En el caso de las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados contratados con los precios unitarios del valor referencial, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad del valor referencial. El subtotal así obtenido se multiplicará por el factor de relación, calculado hasta la quinta cifra decimal; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas."

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Asimismo, el cuarto párrafo del referido artículo precisa que mientras que en las obras contratadas a precios unitarios se valoriza hasta el total de los metrados (7) realmente ejecutados, en las obras ejecutadas a suma alzada se valoriza hasta el total de los metrados del presupuesto de obra.

Finalmente, del primer y antepenúltimo párrafo del artículo 197 del Reglamento, se desprende que corresponde al contratista y al supervisor o inspector, de forma conjunta, formular y valorizar los metrados de obra ejecutados.

Ahora bien, en el primer y penúltimo párrafo del artículo 197 del Reglamento, se establecen las disposiciones sobre los plazos para la formulación, aprobación y pago de las valorizaciones de obra, disposiciones que resultan aplicables independientemente del sistema de contratación bajo el cual se ejecuta la obra.

Así, el primer párrafo de artículo 197 establece que las valorizaciones son "*elaboradas el último día de cada período previsto en las Bases*"; por su parte, el penúltimo párrafo del referido artículo establece que "*El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para períodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y será cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes. Cuando las valorizaciones se refieran a períodos distintos a los previstos en este párrafo, las Bases establecerán el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo.*"

De las disposiciones citadas, se advierte que las valorizaciones deben ser elaboradas o formuladas el último día de cada período previsto en las Bases, el que puede ser un período mensual o un período distinto.

(7) De acuerdo con el numeral 31 del Anexo Único del Reglamento, "Anexo de Definiciones", "Metrado: (...) Es el cálculo o la cuantificación por partidos de la cantidad de obra a ejecutar."

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Ahora bien, cuando en las Bases se ha previsto que las valorizaciones se realizarán por periodos mensuales, debe tenerse en consideración la regla para el cómputo de plazos establecida en el numeral 2) del artículo 183 del Código Civil (8): "El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falle tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes"; así como la establecida en el numeral 4) del mismo artículo: "El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento." (El subrayado es agregado). De esta manera, para efectos de realizar las valorizaciones, el inicio y fin de cada periodo mensual debe computarse conforme a las reglas previstas en los numerales 2) y 4) del artículo 183 del Código Civil.

Asimismo, una vez formulada la valorización de un periodo mensual, el inspector o supervisor debe aprobarla y remitirla a la Entidad, dentro de los cinco (5) primeros días hábiles del siguiente periodo mensual, correspondiendo a la Entidad cancelar dicha valorización hasta el último día de este periodo mensual, pues, de lo contrario, se generaría la obligación de reconocer intereses legales al contratista, según lo dispuesto en el último párrafo (9) del artículo 197 del Reglamento.

Adicionalmente, debe señalarse que, de conformidad con lo establecido en el

- (8) De conformidad con el artículo 151 del Reglamento:

"Artículo 151.- Cómputo de los plazos

Durante la vigencia del contrato, los plazos se computarán en días calendario, excepto en los casos en los que el Reglamento indique lo contrario.

El plazo de ejecución contractual se computa en días calendario desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases. En el caso de contrataciones perfeccionadas mediante orden de compra o de servicio, el plazo de ejecución se computa desde el día siguiente de recibida.

En ambos casos se aplicará supletoriamente lo dispuesto por los artículos 183 y 184 del Código Civil. (El subrayado es agregado).

- (9) "A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la Entidad, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil. Para el pago de los intereses se formulará una Valorización de intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes."

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

primer párrafo del artículo 199 del Reglamento, las discrepancias que surjan respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados, se resolverán con ocasión de la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

Asimismo, formulada la valorización de un periodo mensual, el inspector o supervisor debe aprobarla y remitirla a la Entidad, dentro de los cinco (5) primeros días hábiles del siguiente periodo mensual, correspondiendo a la Entidad cancelar dicha valorización hasta el último día de este periodo mensual, pues, de lo contrario, se generaría la obligación de reconocer intereses legales al contratista, según lo dispuesto en el último párrafo ⁽¹⁰⁾ del artículo 197 del Reglamento.

En el caso de autos, LA CONTRATISTA señala que, mediante Carta N° 383-2013-CORPEI-2013-RL, de fecha 05.12.2013, le hicieron llegar a LA ENTIDAD la valorización N° 10 correspondiente al mes de noviembre 2013 a fin que la demandada proceda al pago integral de la misma; al respecto, cabe indicar que mediante escrito de contestación de demanda (numeral 3.59) la entidad reconoce que a la fecha está pendiente el pago de la valorización antes mencionada, indicando lo siguiente:

"Respecto de la VALORIZACIÓN N° 10, que corresponde al mes de noviembre del 2013, y fue presentada con Carta N° 383-2013-CORPEI-2013-RL el 05.12.2013, la misma que se encuentra en estado de trámite tal como se

⁽¹⁰⁾ *"A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la Entidad, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil. Para el pago de los intereses se formulará una Valorización de Intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes."*

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

puede advertir de la comunicación remitida al supervisor mediante Oficio N° 0750-2014-MINEDU/VMGI-OINFE". (El subrayado es nuestro)

Al respecto, queda acreditado que a la fecha está pendiente el pago de la valorización N° 11, el mismo que debe ser reconocido por el MINEDU.

Asimismo, mediante Carta N° 391-2013-CORPEI-RL, la demandante presenta la valorización N° 11 correspondiente al mes de diciembre 2013 la misma que, al igual que la anterior no ha sido pagada, todo ello antes de la resolución contractual efectuada por la entidad; no obstante ello, de la revisión del expediente se verifica que la entidad habría otorgado la conformidad para proceder al pago de la mencionada valorización, pero que ésta no ha sido pagada debido a la falta del comprobante de pago, el cual está a cargo de la contratista.

En ese sentido, a fin de proceder al pago solicitado la contratista deberá cumplir con la presentación del documento faltante en la valorización N° 11, en tanto que este ya habría sido aprobado por el MINEDU; sin embargo, al haber ocurrido la resolución contractual, y encontrarse en controversia el requerimiento de pago, este deberá ser ordenado por este Tribunal Arbitral.

Respecto de la valorización N° 12 presentada mediante Carta N° 48-2014-CORPEI-RL, la contratista indica que la misma fue devuelta por la entidad por no contener el informe mensual requerido; en ese sentido, mediante Oficio N° 0578-2014-MINEDU/VMGI-OINFE, la Jefatura de OINFE solicita la presentación del informe final de supervisión, así como el acervo documentario y la entrega de cargo al Ing. Adolfo Celso Alvarez Osco; procediéndose a la entrega de lo solicitado.

Que, en el desarrollo del presente proceso la entidad no ha cuestionado la existencia de las valorizaciones Nros. 10, 11 y 12, habiendo objetado solo la falta de

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

algunos documentos subsanables; sin embargo, dichos requerimientos de pago resultaron posteriores al acto resolutivo, recayendo en la competencia de este Tribunal la determinación del pago. En efecto, tal como indica la Demandada en su escrito de Contestación de Demanda de fecha 04.09.2014, el MINEDU señala:

"3.59 Respecto a la VALORIZACION NRO.10 (...) la misma se encuentra en estado de trámite, tal como se puede advertir de la comunicación remitida al supervisor mediante Oficio Nro. 0750-2014-MINEDU/VMGI-OINFE.

3.60 Con relación a la VALORIZACION NRO.11 (...) presenta la conformidad de la Entidad para proceder al pago del servicio de supervisión.

3.61 Sin embargo, (...) CARECE DE COMPROBANTE DE PAGO (...)

3.64 Finalmente en lo concerniente a la VALORIZACION NRO.12 presentada (...) no podía ser tramitada debido a que no se había presentado un documento básico para acreditar el pago, el cual es el Informe Mensual, y cargo de la valorización mensual (...)

Debe tenerse en cuenta que de las diferentes pruebas presentadas, así como lo expuesto por las partes en sus diferentes escritos, así como en sus alegatos y exposiciones orales, la Demandada no ha cuestionado la realización del servicio de supervisión, o cuestionado las referidas valorizaciones en las obligaciones cumplidas por el Supervisor, por lo que corresponde disponer el pago de estas valorizaciones; puesto que se verifica que las mismas corresponden a labores ejecutadas, dentro del plazo establecido en el contrato, que no han sido observadas sino únicamente en lo referente a la forma.

Sin perjuicio de lo indicado, resulta pertinente añadir que los montos señalados en las referidas valorizaciones han sido, conjuntamente con la pretensión relacionada con el Lucro Cesante, contenido de la Liquidación presentada por la empresa Demandante a la Entidad, por lo que la presente pretensión guarda

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

relación directa con la primera pretensión principal contenida en la Ampliación de Demanda que es materia del presente acápite en posterior análisis.

Lucro Cesante

En relación con la tercera pretensión que versa sobre el lucro cesante, sostiene el demandante en su escrito de demanda que la supuesta ilegal resolución del contrato practicada por la entidad le habría ocasionado una pérdida económica ascendente a S/. 164,203.39, argumentando entre otros aspectos que de acuerdo al sistema de contratación de suma alzada, establecido en el contrato, la propuesta económica realizada por dicha empresa cuando ostentaba la calidad de postor, fue realizada por un monto fijo y por un determinado plazo de ejecución. Ello conlleva al hecho de la previsión económica calculada por el tiempo de trabajo invertido no recuperado ni ganada; plazo que habría sido interrumpido abruptamente por la resolución contractual efectuada, y que le habría retenido ilegalmente los montos de las Cartas Fianzas.

Asimismo, indica que el lucro cesante hace referencia al lucro o ganancia que una persona deja de percibir (calificada como un tipo de daño) como consecuencia de un acto ilegal (realizado con culpa o dolo). En ese sentido, identificado el tipo de acto ilegal realizado por la Entidad (hecho generador el daño) indica que, según el Art. 1321 del Código Civil, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve; siendo el resarcimiento por la inejecución de obligaciones (o por su cumplimiento parcial tardío o defectuoso) uno que comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Por su parte, la Entidad demandada en su escrito de contestación sostiene que la resolución contractual efectuada fue dada conforme a las normas que regulan las

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

contrataciones públicas, ratificándose en sus argumentos relacionados con que el Supervisor ha superado el 10% del monto contractual en penalidades, no siendo amparable la pretensión relacionada con el lucro cesante, ya que la resolución de pleno derecho resultó legítima.

En efecto, indican que *"un efecto directo de la resolución del contrato es la paralización inmediata de la ejecución de las prestaciones, por lo que al no haber más prestación por parte de supervisor, tampoco le corresponde el pago de lo que hubiese percibido de no haber cumplido con sus obligaciones"*. Dicho razonamiento, si bien es mencionado de forma independiente al análisis de la responsabilidad civil contractual, el MINEDU mantiene como argumento de fondo la supuesta legalidad de la resolución contractual realizada por ellos, citando las normas del código civil e indicando únicamente que la demandante no habría probado los daños sufridos ni los elementos de la de la responsabilidad civil en general.

Al respecto debemos indicar que el tema de la valorización de los daños resulta en extremo importante, sobre todo porque es a través de las indemnizaciones que el Derecho trata de suplir aquellas deficiencias en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones contraídas y resarcir a los perjudicados, de manera tal que no se quebranten principios básicos de equidad y justicia.

Antes de realizar un análisis respecto al presente punto controvertido, debemos tener presente ante qué tipo de responsabilidad nos encontramos en el presente arbitraje. Así, la doctrina establece que existen dos tipos de responsabilidad: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

La Responsabilidad es, tal como lo establece el doctor Juan Espinoza Espinoza, "una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado (11)".

De otro lado, en la doctrina se establece que la responsabilidad contractual consiste en aquel daño que es producto del incumplimiento de una obligación que le corresponde a una de las partes; en cambio, en la responsabilidad civil extracontractual, el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico de que la actividad no sea causante de daño a los demás.

Al respecto, el doctor Lizardo Taboada (12) expresa que "(...) La diferencia esencial entre ambos aspectos de la responsabilidad civil radica como es evidente en que en un caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada y en el otro caso el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás (...)" . En ese sentido, el daño al cual nos enfrentamos en el presente análisis es uno que, al ser producto de una indebida resolución contractual, encajaría dentro de la figura de la responsabilidad contractual.

Sin embargo, no obstante nos encontramos ante la misma figura jurídica, sobre la responsabilidad administrativa se tiene que la normativa de contrataciones contempla la indemnización en resolución contractual de la siguiente manera:

"Artículo 227.- Efectos de la resolución

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. Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular o la máxima

(11) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Editorial Rhodas S.A.C. Lima: 2002. Pág. 42.

(12) TABOADA CORDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L. 2º Edición. Lima: 2003, pág. 31.

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda. Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido ese plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.” (El subrayado es agregado)

Así, este Tribunal Arbitral advierte que el peticionario indemnizatorio solicita una indemnización por lucro cesante, siendo la causa de ello la indebida resolución contractual de la Entidad. Por lo expuesto, se tiene que la norma contempla la indemnización o resarcimiento para el afectado, en la medida que se verifique una actuación ilegal de la entidad o un incumplimiento contractual ilegítimo, y un perjuicio o daño irrogado.

Sobre el particular, se tiene que el demandante ha sustentado su pretensión indemnizatoria en la resolución contractual por parte de la entidad, respecto de la referida indemnización que considera el lucro cesante causado a la contratista, incluyendo los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago

“2.1 Como consecuencia de la ilegal resolución de contrato practicada por la entidad, ha ocasionado una pérdida económica de utilidades ascendente a S/. 164.203.39 (Ciento Sesenta y Cuatro Mil Doscientos Tres con 39/100 Nuevos soles) (...)

(...)

Asimismo es necesario señalar que al momento de la resolución del contrato, incluyendo nuestra última valorización N° 12 que corresponde hasta la fecha de entrega de cargo que se dio el 03 de febrero del presente año el contrato se supervisión de obra tenía un avance del 81.16% faltando por ejecutar del contrato 13.84% lo que representa un monto de a S/. 164.203.39 (Ciento Sesenta

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

y Cuatro Mil Doscientos Tres con 39/100 Nuevos soles), monto que hemos dejado de percibir a causa de la ilegal resolución de contrato practicada por la entidad".

De lo expuesto hasta el presente punto controvertido este Tribunal ha advertido que existió una indebida resolución contractual efectuada por la Entidad, contraviniendo la normativa de contrataciones públicas, por lo que el hecho generador del daño se habría probado. Ello toda vez que no se llegó a acumular el 10% de penalidades del monto contractual, y el Contrato no debería haberse resuelto. De igual modo se tiene que el dinero dejado de percibir estaría relacionado con el sistema de suma alzada establecido en el Contrato y la previsión económica calculada por el tiempo de trabajo invertido no recuperada ni ganada por la empresa demandante. En ese sentido, el daño sería efectivo, valioso e individualizado, cumpliéndose así con los requisitos de la norma.

Asimismo, en relación con el nexo causal, definida como la aquella condición de que solo será indemnizable el perjuicio proveniente de daños que el administrado no tenga el deber jurídico de soportar, es criterio de este Tribunal Arbitral que el mismo se habría cumplido en la medida que la resolución contractual ejecutada, suspensión de la relación jurídica por un lapso mayor al pactado (asimismo las Cartas fianzas mantenidas vigentes), así como la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, serían sustento de dicho requisito jurídico culminar con los elementos de la responsabilidad.

Como último aspecto se advierte que la empresa demandante habría desarrollado dentro del contenido de la liquidación presentada a la Entidad, los conceptos antes indicados, por lo que la determinación de su aprobación o no, observación o disconformidad resulta fundamental para ahondar en algún desarrollo de los conceptos indicados en el presente punto.

Caso Arbitral: Corporación Peruana de Ingeniería vs. Ministerio de Educación UE 108.
Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Asunto: 009-2013 MINISTERIO DE EDUCACION
 Dirección de la Obra de la M. Mariano Melgarejo, ubicado en el Distrito de Mariano Melgarejo - Arequipa
 MINISTERIO DE EDUCACION - PROCESAMIENTO INICIAL DE LA REESTRUCTURA EDUCATIVA
 CORTE A.R.

RECALCULO DE LAS VALORIZACIONES DE SUPERVISION

Monto del Agencia entregado	S/. 355,932.20	sin I.G.V.	
Monto del contrato de supervisión	S/. 1,186,440.68	sin I.G.V.	
<hr/>			
Nº	VALORIZACION PERIODO DE SERVICIO Incluye	% de Avance de Otra	VALORIZACION NETA (%)
1	08/02/2013	28/02/2013	4.45%
2	01/03/2013	31/03/2013	7.30%
3	01/04/2013	30/04/2013	7.60%
4	01/05/2013	31/05/2013	8.15%
5	01/06/2013	30/06/2013	7.91%
6	01/07/2013	31/07/2013	7.92%
7	01/08/2013	31/08/2013	3.92%
8	01/09/2013	30/09/2013	8.52%
9	01/10/2013	31/10/2013	7.27%
10	01/11/2013	30/11/2013	7.57%
11	01/12/2013	31/12/2013	8.74%
12	01/01/2014	31/01/2014	(*) 8.81%
<hr/>			
Monto dejado de percibir por resolución arbitralaria por parte de la Entidad			
13	01/02/2014	03/04/2014	13.84%
<hr/>			
MONTO TOTAL (SIN I.G.V.)		100,00%	
		1,186,440.68	
<hr/>			
SALDO		0.00	

(*) El 03.02.2014 se realiza la entrega de cargo al Inspector de obra.

En la Cláusula Cuarta del contrato de supervisión se establece que el pago de la prestación del servicio será a suma alzada.

CORPORACION PERUANA DE INGENIERIA
humberto flores
 BLANCA YELLA PACHAS CRISTOBAL
 Representante Legal

Tal como puede apreciarse, el monto ascendente a S/. 164,203.39 reclamado como lucro cesante habría sido incluido en los conceptos contenidos en la liquidación (Folios 142 al 145 de dicho documento presentado con fecha 28.02.2014), por lo que la observación principal e inicial le habría correspondido a la entidad.

En ese sentido, hasta este punto este Tribunal Arbitral habría corroborado el cumplimiento de los requisitos de la responsabilidad para el lucro cesante (siendo el hecho generador, el daño y el nexo causal los más saltantes), siendo procedente

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

el pago solicitado por dicho concepto. Sin embargo, resulta preciso analizar lo correspondiente a la liquidación.

LIQUIDACION

Sobre el particular, tenemos que según lo solicitado por LA CONTRATISTA la liquidación debería quedar aprobada por cuanto no habría sido materia de observación. Ello en aplicación del artículo 179º del Reglamento.

Del mismo modo, en base a esta misma norma legal LA ENTIDAD sostiene que no puede haber quedado aprobada tal liquidación por cuanto no se cumplió con levantar las observaciones efectuadas al denominado informe final, así como la existencia de un proceso arbitral.

En ese sentido, de los documentos presentados por las partes y los hechos expuestos, se tiene como no controvertido lo siguiente:

- Mediante Carta Nro. 101-2014-CORPEI/JS recepcionada el 07.02.2014 la empresa demandante remite el informe final al MINEDU.
- Mediante Oficio Nro. 926-2014-MINEDU/VMGI-OINFE, recepcionada con fecha 13.02.2014, el MINEDU comunica a la empresa demandante, la conformidad de la última prestación.

Asimismo resulta importante advertir que del texto del citado oficio del MINEDU, la citada entidad pública le comunica a la empresa supervisora lo siguiente:

"(...)En tal sentido, la fecha de recepción del presente se considera como inicio del plazo para la presentación de la liquidación del Contrato de Servicios de Supervisión de Obra, según lo establecido por la disposición (...)"

*Caso Arbitral: Corporación Peruana de Ingeniería vs. Ministerio de Educación UE 108
Laudo Arbitral de Derecho*

*Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna*

**Aprobado la Representación de la Industria Empresarial
Presidente de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - FARC*

Lima, 12 FEB. 2014

OFICIO N° 926 -2014-MINEDU/VMGI-OINFE

Señora
BLANCA PÁCHAS CRISOSTOMO
Representante Legal
CORPORACION PERUANA DE INGENIERIA S.A.
Supervisión I.E. Mariano Melgar
Jr. Alava N° 170 Oficina 402 Urb. Javier Prado V Etapa
San Luis
Presente.

Asunto : CONFORMIDAD A LA ULTIMA PRESTACIÓN
Proceso Especial N° 0082-2012-ED/UE 108
Contrato N° 059-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS
Supervisión de la Obra I.E. Mariano Melgar

Referencia : Carta N° 101-2014-CORPEIJS
Expediente N° 21749

De mi consideración:

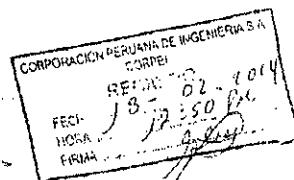
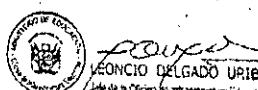
Tengo el agrado de dirigirme a usted, en atención al documento de la referencia, mediante el cual vuestra representada remite el Informe Final de la prestación de los servicios de supervisión.

Al respecto, mediante el Informe N° 30-2014-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-AAO, la Unidad de Supervisión de Obras y Mantenimiento, expresa su conformidad con el contenido de vuestro informe final, al que se considera como última prestación.

En tal sentido, la fecha de recepción del presente se considera como inicio del plazo para la presentación de la liquidación del Contrato de Servicios de Supervisión de Obra, según lo establecido por la disposición específica en el Art. 179º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Es propicia la ocasión para expresar a usted las muestras de mi especial consideración.

Atentamente,



Tal como se desarrollara en el siguiente punto controvertido, el presente Oficio tiene como sustento el Informe Nro. 30-2014-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-AAO, del cual se aprecia en sus conclusiones y recomendaciones "(...) otorgar la conformidad al informe Final del servicio de Consultoría realizado por la empresa supervisora (...) y solicitar que presente la Liquidación del Contrato Nro. 059-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS".

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

En ese sentido, los argumentos esgrimidos por la entidad en relación con la existencia de observaciones al informe final quedan sin sustento, por existir una comunicación expresa de la misma entidad (sustentada en documento técnico) que da cuenta de la conformidad al servicio e informe final.

Por lo expuesto, resulta claro que la empresa demandante se encontraba legalmente en aptitud de presentar su liquidación, en la medida que (no obstante se encontraba en arbitraje un aspecto relacionado con la ejecución contractual) los otros aspectos relacionados con la culminación del contrato podrían continuar su trámite respectivo (dentro de lo ordenado por la normativa de contrataciones del Estado). Al respecto debe tenerse presente que estamos ante un contrato de servicios de consultoría y no frente a uno de ejecución de obras.

Asimismo, resulta necesario tener en consideración que, tal como hemos indicado en los puntos controvertidos precedentes: i) al ser la resolución contractual practicada por la Entidad, una que adolece de vicios de nulidad, esta no podría haber generado efectos (siendo uno de los efectos de la declaración de nulidad retrotraer los efectos desplegados hasta la realización del acto nulo); y ii) al no haber determinado el MINEDU las penalidades o descuentos de forma correcta, al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, la Liquidación practicada por la empresa CORPEI podría haber sido presentada y dicho documento someterse al procedimiento que establece el Art. 179 del Reglamento de la Ley.

En efecto, la norma antes indicada, señala lo siguiente:

"Art. 179.- Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra

El contratista presentará a la Entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad

*Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna*

de la última prestación. La Entidad deberá pronunciarse respecto de dicha liquidación y notificar su pronunciamiento dentro de los quince (15) días siguientes de recibida; de no hacerlo se tendrá por aprobada la liquidación presentada por el contratista".

En este punto se tiene, de los actuados del proceso, que LA CONTRATISTA presenta su liquidación mediante Carta N° 57-2014-CORPEI/RL de fecha 28.02.2014, obteniendo respuesta de la entidad mediante Oficio Nro. 1651-2014-MINEDU/VMGI-OINFE de fecha 14.03.2014, devolviendo la liquidación del contrato de supervisión e indicando que la misma resulta improcedente debido a haberse iniciado un proceso arbitral por resolución de contrato. Es decir, omitiendo pronunciarse sobre el contenido de la liquidación presentada, y únicamente limitándose a rechazar la liquidación sobre la base de la resolución contractual declarada por ellos mismos.

Sobre este extremo debemos indicar que toda vez que la citada norma establece que cualquier controversia relacionada con la liquidación, puede ser sometida a arbitraje, este Tribunal Arbitral es competente para conocer la misma y su contenido, debiendo tomar como base el documento de Liquidación presentado por la Demandante, con las observaciones que haya advertido la Entidad.

En ese sentido, resulta evidente del texto mismo de los informes y oficios emitidos por la Entidad durante la ejecución contractual, que la referida liquidación no ha sido observada en su contenido por el MINEDU, sino únicamente se ha manifestado su rechazo por existir un proceso arbitral, en una interpretación que han realizado sobre el artículo 211 y 179 del Reglamento basándose en una aparente suspensión del procedimiento de liquidación. Así lo expone en su escrito de fecha 16.12.2014 "Contesta Acumulación de Demanda".

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

- “(...) es perfectamente aplicable lo establecido en el Artículo 211 del RLCE (...) en lo referente a que “**NO SE PROCEDERA A LA LIQUIDACION MIENTRAS EXISTAN CONTROVERSIAS PENDIENTES POR RESOLVER”**

Sin embargo, a criterio de este Tribunal Arbitral dicho artículo resulta específico aplicable a los contratos de obra (ejecución), y no así a los contratos de servicios o de consultoría de obra, los mismos que NO poseen un texto semejante:

Artículo 179º.- Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra

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

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

En el caso que el contratista no acoga las observaciones formuladas por la Entidad, deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, según corresponda, en la forma establecida en los artículos 214 y/o 215.
(...)

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

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago de acuerdo a lo previsto en el contrato.

En ese sentido, no pueden aplicarse por analogía las referidas normas, ni mucho menos este Tribunal Arbitral puede realizar distingos donde la norma no lo realiza, o viceversa: dejar de aplicar las diferencias cuando la norma así lo establece para casos de naturaleza distinta.

Se aprecia de este modo que el MINEDU, no obstante haber indicado en su Oficio Nro. 926-2014 de fecha 13.02.2014 ¹³ que la fecha de recepción de dicho oficio se consideraba como inicio del plazo para la presentación de la liquidación del contrato de servicios de supervisión según el citado Art. 179. Dicho argumento (y hecho factico que se aprecia de la lectura de los oficios) se contradice con la posición de una “suspensión del procedimiento de liquidación del contrato de supervisión” como expone en la Pag. 12 de su escrito de Contestación a la Ampliación de Demanda. De igual modo, resulta equivocado (a criterio de este Tribunal) la supuesta diferencia de interpretación que indica en su numeral 3.23 señalado en la Pag. 13:

“3.23. (...) ya que son distintas las consecuencias derivadas de una resolución de contrato, por la cual la Entidad puede realizar la liquidación de contrato para cobrar los montos a su favor, tal como estaba desarrollando la Unidad Ejecutora 108; y por otro lado, la suspensión del procedimiento de liquidación de contrato, como consecuencia del INICIO de un proceso arbitral en el cual la materia versa

¹³ No obstante con fecha 22.01.2014 se dio inicio al arbitraje por resolución contractual. Es decir, que la respuesta emitida con fecha 13.02.2014 fue con conocimiento de la existencia de un procedimiento arbitral.

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

sobre los cálculos de los montos finales (...)"

Por lo expuesto, y volviendo al análisis del citado Artículo 179, con la finalidad de verificar la legalidad del contenido de la liquidación y su presentación, se aprecia que resulta valida la presentación de la misma, y dado que SI hubo respuesta de la entidad, se cumple que esta NO es consentida, dado que hubo un rechazo de la misma.

Sin embargo, dicho rechazo de forma, basado en la resolución contractual por acumulación de penalidades practicada por la Entidad y la existencia de un arbitraje sobre dicho aspecto, no resultan correctos como observaciones al contenido; máxime cuando este Tribunal Arbitral ya advirtió en el primer punto controvertido que la citada resolución contractual no fue acorde a derecho y deviene en nula, y en el segundo punto controvertido que las penalidades y descuentos aplicables no poseen asidero en derecho.

En ese sentido, la pretensión sometida a la competencia de este Tribunal posee el siguiente tenor: *"Que solicitamos se tenga por presentada, aprobada y sin penalidades y en consecuencia el Tribunal Arbitral ordene el pago de nuestra liquidación presentada con fecha 28 de Febrero"*, siendo procedente dicho pedido toda vez que no habría operado el consentimiento, sino una controversia legítima relacionada con la liquidación presentada a la entidad. Ello, ya que la misma fue devuelta sin observaciones de fondo, sino únicamente basándose en una resolución contractual y existencia de proceso arbitral.

En base a ello, de la documentación contenida en el documento de liquidación presentado con fecha 20.10.2014 a este Tribunal Arbitral, se aprecia que, sin perjuicio de indicar lo correspondiente a la conformidad del Informe final, el

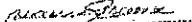
Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

contenido resumen de la liquidación presentada sería el siguiente¹⁴:

RECALCULO DE LAS VALORIZACIONES DE SUPERVISION				
Monto del Ajustamiento restringido	SI. 955,032.20	sin I.G.V.		
Monto del restringido de supervisión	SI. 1,186,440.86	sin I.G.V.		
VALORIZACION				
PERIODO DE SERVICIO				
Inicia	Fin	%	VALORIZACION	
Montos por servicios prestados				
1 06/02/2013	28/02/2013	4.45%	52,798.61	
2 01/03/2013	31/03/2013	7.30%	86,510.17	
3 01/04/2013	30/04/2013	7.00%	90,108.49	
4 01/05/2013	31/05/2013	6.15%	96,694.42	
5 01/06/2013	30/06/2013	7.91%	93,647.46	
6 01/07/2013	31/07/2013	7.92%	93,006.19	
7 01/08/2013	31/08/2013	9.02%	105,209.47	
8 01/09/2013	30/09/2013	8.52%	101,094.75	
9 01/10/2013	31/10/2013	7.27%	86,254.24	
10 01/11/2013	30/11/2013	7.57%	89,813.55	
11 01/12/2013	31/12/2013	0.74%	103,894.92	
12 01/01/2014	31/01/2014	(*) 8.81%	80,796.61	
Monto dejado de percibir por resolución arbitralaria por parte de la Entidad				
13 01/02/2014	03/04/2014	13.84%	164,203.39	
MONTO TOTAL (SIN I.G.V.)		100.00%	1,186,440.86	
SALDO			0.00	

(*) El 03.02.2014 se realiza la entrega de cargo al Inspector de obra.

En la Cláusula Cuarta del contrato de supervisión se establece que el pago de la prestación del servicio será a sumas alzada.

CORPORACION PERUANA DE INGENIERIA

 HUMBERTO FLORES AREVALO
 FLANCA YERCA PACHAS CRISTOBAL
 Representante Legal

¹⁴ Debe indicarse que, conforme se han desarrollado en los sub temas desarrollados en la presente agrupación de puntos controvertidos, la liquidación posee en su contenido los montos solicitados de las Valorizaciones 10, 11 y 12, así como el lucro cesante reclamado, por lo que la declaración de fundado o infundado de este punto influye de forma directa en las pretensiones antes indicadas.

Caso Arbitral: Corporación Peruana de Ingeniería vs. Ministerio de Educación UE 108
Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escabedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

01.40	
CALCULO DE LIQUIDACION DE CONTRATO DE SUPERVISION	
I. AUTORIZADO Y PAGADO (S/. Q.V.)	
1.1.0. AUTORIZADO	
1.1.1. POR CONTRATO PRINCIPAL	
- VALORACIONES RECALCULADAS	1,186,449.00
1.1.2. POR IMPUESTOS ADIMONIALES	
- RECAUDACIONES EN CANTO A IAD	0.00
	TOTAL AUTORIZADO
	3,139,449.00
1.2.0. PAGADO	
1.2.1. POR CONTRATO PRINCIPAL	
- MONDO PAGADO POR VALORIZACION	720,160.00
1.2.2. POR IMPUESTOS ADIMONIALES	
- MONDO PAGADO POR VALORIZACION	0.00
	TOTAL PAGADO
	720,160.00
SALDO A FAVOR DE LA SUPERVISION	
	300,289.00
II. ADELANTOS (S/. Q.V.)	
2.1.0. CONCEDIDOS	
- EN EFECTIVO	366,032.00
2.2.0. AMORTIZAR	
- EN EFECTIVO	210,016.05
	VALDO A CARGO DE LA SUPERVISION
	327,038.25
III. INTERES (Inclusivo I.G.V.)	
Por demora en pago de valorizacion de supervision	
4.1.0. AUTORIZADO	1,505.10
	0.00
4.2.0. APLICADA	
	1,505.10
SALDO A FAVOR DE LA SUPERVISION	
	1,505.10
IV. PENALIDAD Y DESCUENTO (Inclusivo I.G.V.)	
4.1.0. AUTORIZADO	0.00
	0.00
4.2.0. APLICADA	287,154.55
	287,154.55
SALDO A FAVOR DE LA SUPERVISION	
	287,154.55

01
 02
 03
 04
 05
 06
 07
 08
 09
 10
 11
 12
 13
 14
 15
 16
 17
 18
 19
 20
 21
 22
 23
 24
 25
 26
 27
 28
 29
 30
 31
 32
 33
 34
 35
 36
 37
 38
 39
 40
 41
 42
 43
 44
 45
 46
 47
 48
 49
 50
 51
 52
 53
 54
 55
 56
 57
 58
 59
 60
 61
 62
 63
 64
 65
 66
 67
 68
 69
 70
 71
 72
 73
 74
 75
 76
 77
 78
 79
 80
 81
 82
 83
 84
 85
 86
 87
 88
 89
 90
 91
 92
 93
 94
 95
 96
 97
 98
 99
 100
 101
 102
 103
 104
 105
 106
 107
 108
 109
 110
 111
 112
 113
 114
 115
 116
 117
 118
 119
 120
 121
 122
 123
 124
 125
 126
 127
 128
 129
 130
 131
 132
 133
 134
 135
 136
 137
 138
 139
 140
 141
 142
 143
 144
 145
 146
 147
 148
 149
 150
 151
 152
 153
 154
 155
 156
 157
 158
 159
 160
 161
 162
 163
 164
 165
 166
 167
 168
 169
 170
 171
 172
 173
 174
 175
 176
 177
 178
 179
 180
 181
 182
 183
 184
 185
 186
 187
 188
 189
 190
 191
 192
 193
 194
 195
 196
 197
 198
 199
 200
 201
 202
 203
 204
 205
 206
 207
 208
 209
 210
 211
 212
 213
 214
 215
 216
 217
 218
 219
 220
 221
 222
 223
 224
 225
 226
 227
 228
 229
 230
 231
 232
 233
 234
 235
 236
 237
 238
 239
 240
 241
 242
 243
 244
 245
 246
 247
 248
 249
 250
 251
 252
 253
 254
 255
 256
 257
 258
 259
 260
 261
 262
 263
 264
 265
 266
 267
 268
 269
 270
 271
 272
 273
 274
 275
 276
 277
 278
 279
 280
 281
 282
 283
 284
 285
 286
 287
 288
 289
 290
 291
 292
 293
 294
 295
 296
 297
 298
 299
 300
 301
 302
 303
 304
 305
 306
 307
 308
 309
 310
 311
 312
 313
 314
 315
 316
 317
 318
 319
 320
 321
 322
 323
 324
 325
 326
 327
 328
 329
 330
 331
 332
 333
 334
 335
 336
 337
 338
 339
 340
 341
 342
 343
 344
 345
 346
 347
 348
 349
 350
 351
 352
 353
 354
 355
 356
 357
 358
 359
 360
 361
 362
 363
 364
 365
 366
 367
 368
 369
 370
 371
 372
 373
 374
 375
 376
 377
 378
 379
 380
 381
 382
 383
 384
 385
 386
 387
 388
 389
 390
 391
 392
 393
 394
 395
 396
 397
 398
 399
 400
 401
 402
 403
 404
 405
 406
 407
 408
 409
 410
 411
 412
 413
 414
 415
 416
 417
 418
 419
 420
 421
 422
 423
 424
 425
 426
 427
 428
 429
 430
 431
 432
 433
 434
 435
 436
 437
 438
 439
 440
 441
 442
 443
 444
 445
 446
 447
 448
 449
 450
 451
 452
 453
 454
 455
 456
 457
 458
 459
 460
 461
 462
 463
 464
 465
 466
 467
 468
 469
 470
 471
 472
 473
 474
 475
 476
 477
 478
 479
 480
 481
 482
 483
 484
 485
 486
 487
 488
 489
 490
 491
 492
 493
 494
 495
 496
 497
 498
 499
 500
 501
 502
 503
 504
 505
 506
 507
 508
 509
 510
 511
 512
 513
 514
 515
 516
 517
 518
 519
 520
 521
 522
 523
 524
 525
 526
 527
 528
 529
 530
 531
 532
 533
 534
 535
 536
 537
 538
 539
 540
 541
 542
 543
 544
 545
 546
 547
 548
 549
 550
 551
 552
 553
 554
 555
 556
 557
 558
 559
 560
 561
 562
 563
 564
 565
 566
 567
 568
 569
 570
 571
 572
 573
 574
 575
 576
 577
 578
 579
 580
 581
 582
 583
 584
 585
 586
 587
 588
 589
 590
 591
 592
 593
 594
 595
 596
 597
 598
 599
 600
 601
 602
 603
 604
 605
 606
 607
 608
 609
 610
 611
 612
 613
 614
 615
 616
 617
 618
 619
 620
 621
 622
 623
 624
 625
 626
 627
 628
 629
 630
 631
 632
 633
 634
 635
 636
 637
 638
 639
 640
 641
 642
 643
 644
 645
 646
 647
 648
 649
 650
 651
 652
 653
 654
 655
 656
 657
 658
 659
 660
 661
 662
 663
 664
 665
 666
 667
 668
 669
 670
 671
 672
 673
 674
 675
 676
 677
 678
 679
 680
 681
 682
 683
 684
 685
 686
 687
 688
 689
 690
 691
 692
 693
 694
 695
 696
 697
 698
 699
 700
 701
 702
 703
 704
 705
 706
 707
 708
 709
 710
 711
 712
 713
 714
 715
 716
 717
 718
 719
 720
 721
 722
 723
 724
 725
 726
 727
 728
 729
 730
 731
 732
 733
 734
 735
 736
 737
 738
 739
 740
 741
 742
 743
 744
 745
 746
 747
 748
 749
 750
 751
 752
 753
 754
 755
 756
 757
 758
 759
 760
 761
 762
 763
 764
 765
 766
 767
 768
 769
 770
 771
 772
 773
 774
 775
 776
 777
 778
 779
 780
 781
 782
 783
 784
 785
 786
 787
 788
 789
 790
 791
 792
 793
 794
 795
 796
 797
 798
 799
 800
 801
 802
 803
 804
 805
 806
 807
 808
 809
 810
 811
 812
 813
 814
 815
 816
 817
 818
 819
 820
 821
 822
 823
 824
 825
 826
 827
 828
 829
 830
 831
 832
 833
 834
 835
 836
 837
 838
 839
 840
 841
 842
 843
 844
 845
 846
 847
 848
 849
 850
 851
 852
 853
 854
 855
 856
 857
 858
 859
 860
 861
 862
 863
 864
 865
 866
 867
 868
 869
 870
 871
 872
 873
 874
 875
 876
 877
 878
 879
 880
 881
 882
 883
 884
 885
 886
 887
 888
 889
 890
 891
 892
 893
 894
 895
 896
 897
 898
 899
 900
 901
 902
 903
 904
 905
 906
 907
 908
 909
 910
 911
 912
 913
 914
 915
 916
 917
 918
 919
 920
 921
 922
 923
 924
 925
 926
 927
 928
 929
 930
 931
 932
 933
 934
 935
 936
 937
 938
 939
 940
 941
 942
 943
 944
 945
 946
 947
 948
 949
 950
 951
 952
 953
 954
 955
 956
 957
 958
 959
 960
 961
 962
 963
 964
 965
 966
 967
 968
 969
 970
 971
 972
 973
 974
 975
 976
 977
 978
 979
 980
 981
 982
 983
 984
 985
 986
 987
 988
 989
 990
 991
 992
 993
 994
 995
 996
 997
 998
 999
 1000
 1001
 1002
 1003
 1004
 1005
 1006
 1007
 1008
 1009
 10010
 10011
 10012
 10013
 10014
 10015
 10016
 10017
 10018
 10019
 10020
 10021
 10022
 10023
 10024
 10025
 10026
 10027
 10028
 10029
 10030
 10031
 10032
 10033
 10034
 10035
 10036
 10037
 10038
 10039
 10040
 10041
 10042
 10043
 10044
 10045
 10046
 10047
 10048
 10049
 10050
 10051
 10052
 10053
 10054
 10055
 10056
 10057
 10058
 10059
 10060
 10061
 10062
 10063
 10064
 10065
 10066
 10067
 10068
 10069
 10070
 10071
 10072
 10073
 10074
 10075
 10076
 10077
 10078
 10079
 10080
 10081
 10082
 10083
 10084
 10085
 10086
 10087
 10088
 10089
 10090
 10091
 10092
 10093
 10094
 10095
 10096
 10097
 10098
 10099
 100100
 100101
 100102
 100103
 100104
 100105
 100106
 100107
 100108
 100109
 100110
 100111
 100112
 100113
 100114
 100115
 100116
 100117
 100118
 100119
 100120
 100121
 100122
 100123
 100124
 100125
 100126
 100127
 100128
 100129
 100130
 100131
 100132
 100133
 100134
 100135
 100136
 100137
 100138
 100139
 100140
 100141
 100142
 100143
 100144
 100145
 100146
 100147
 100148
 100149
 100150
 100151
 100152
 100153
 100154
 100155
 100156
 100157
 100158
 100159
 100160
 100161
 100162
 100163
 100164
 100165
 100166
 100167
 100168
 100169
 100170
 100171
 100172
 100173
 100174
 100175
 100176
 100177
 100178
 100179
 100180
 100181
 100182
 100183
 100184
 100185
 100186
 100187
 100188
 100189
 100190
 100191
 100192
 100193
 100194
 100195
 100196
 100197
 100198
 100199
 100200
 100201
 100202
 100203
 100204
 100205
 100206
 100207
 100208
 100209
 100210
 100211
 100212
 100213
 100214
 100215
 100216
 100217
 100218
 100219
 100220
 100221
 100222
 100223
 100224
 100225
 100226
 100227
 100228
 100229
 100230
 100231
 100232
 100233
 100234
 100235
 100236
 100237
 100238
 100239
 100240
 100241
 100242
 100243
 100244
 100245
 100246
 100247
 100248
 100249
 100250
 100251
 100252
 100253
 100254
 100255
 100256
 100257
 100258
 100259
 100260
 100261
 100262
 100263
 100264
 100265
 100266

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

En ese sentido, al no haber observado LA ENTIDAD el contenido de la Liquidación presentada, durante la ejecución contractual, ni durante el proceso arbitral, basando su defensa únicamente en la resolución contractual por acumulación de penalidades, las mismas que ya han sido materia de pronunciamiento de este colegiado en los puntos controvertidos precedentes, este Tribunal Arbitral encuentra conforme la liquidación presentada, así como su presentación y procedimiento legal seguido ante la entidad y dentro del presente arbitraje por lo que debe procederse con su pago, incluyendo en este punto controvertido, los relacionados con el pago de las valorizaciones 10, 11 y 12 y el lucro cesante reclamados.

Cabe indicar que, el pago de la liquidación presentada, obedece siempre a una conformidad del servicio, la misma que no obstante resulta objeto principal del siguiente punto controvertido, ha sido materia de análisis del presente acápite cuando se ha analizado el contenido del Oficio Nro. 926-2014-MINEDU/VMGI-OINFE, de fecha 13.02.2014, donde el MINEDU comunica a la empresa demandante, la conformidad de la última prestación, y asimismo, el contenido del Informe Nro. 30-2014-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-AAO, del cual se aprecia en sus conclusiones y recomendaciones que el área técnica opina “*(...) otorgar la conformidad al informe Final del servicio de Consultoría realizado por la empresa supervisora (...) y solicitar que presente la Liquidación del Contrato Nro. 059-2013-MINEDU/SC-OGA-UABAS-APS*”.

Tercera Pretensión de la Ampliación de Demanda:

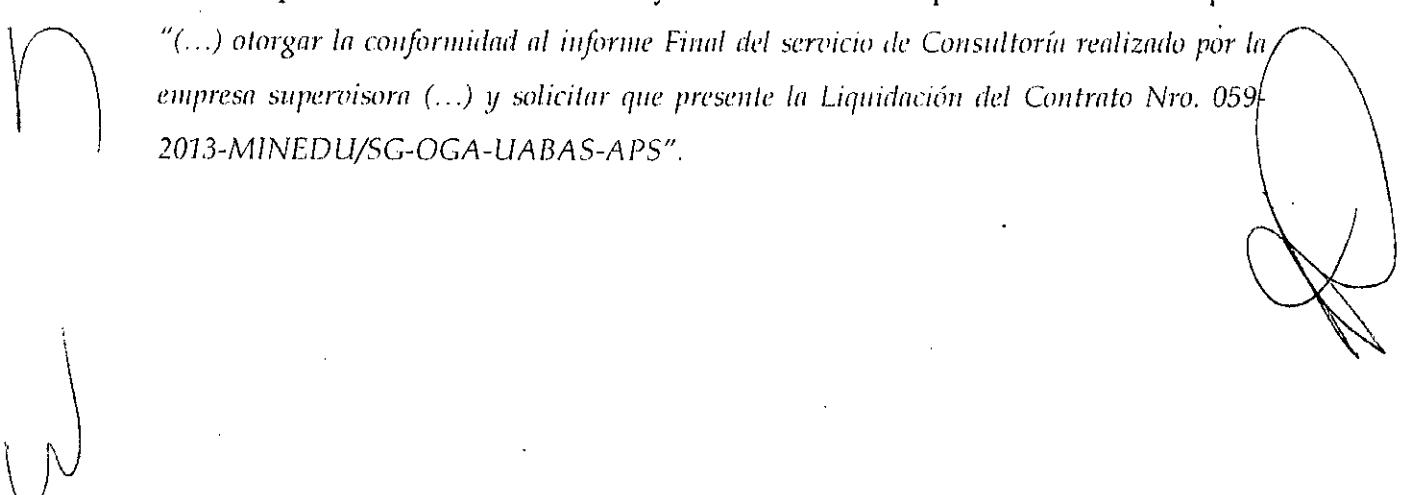
Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene la emisión del certificado de prestación de Servicios a favor del Contratista, en relación a la fecha del cumplimiento del contrato.

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

En relación con la presente pretensión, se tiene que ninguno de los informes presentados por la empresa demandante han sido observados en contenido, o se ha negado el reconocimiento de pago (salvo por la ausencia de comprobantes de pago de algunas valorizaciones). Sobre este extremo conviene recordar lo desarrollado en la primera parte del presente Acápite relacionado con el pago de las valorizaciones 10, 11 y 12, correspondiendo su pago.

Asimismo, tal como se desarrolló en el análisis de la segunda pretensión principal de la demanda, el servicio se ha brindado sin penalidades, en derecho, por lo que proceden los pagos antes referidos, sin realizar descuento alguno calculado por la Entidad de la naturaleza antes indicada.

Como ultimo aspecto conviene indicar que según se desprende del Oficio Nro. 926-2014-MINEDU/VMGI-OINFE, de fecha 13.02.2014, el MINEDU comunica a la empresa demandante, la conformidad de la última prestación, y asimismo, el contenido del Informe Nro. 30-2014-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-AAO, del cual se aprecia en sus conclusiones y recomendaciones que el área técnica opina “(...) otorgar la conformidad al informe Final del servicio de Consultoría realizado por la empresa supervisora (...) y solicitar que presente la Liquidación del Contrato Nro. 059-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS”.



Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Estado de la Provincia de la Industria Responsable y de la Minería
Diseño de los Proyectos con Desarrollo en el Perú 2020

2014-02-11
RECEPCIONADO
100%

INFORME N° 30 -2014-MINEDU/VMG-OINFE-USOM-AAO

A : ING. RAUL ANTONIO MORA GUILLEN
Unidad de Supervisión de Obras y Mantenimiento

Asunto : CONFORMIDAD DEL INFORME FINAL
Consultoría : "Supervisión de Obra - I.E. Mariano Melgar"
Ubicación : Mariano Melgar - Arequipa - Arequipa
Tipo de Proceso : Proceso Especial N° 0082-2012-ED/UE 108
Contrato : N° 059-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS
Supervisor : Corporación Peruana de Ingeniería S.A.

Referencia : Expediente N° 21749
Carta N° 101-2014-CORPEIJS

Fecha : Lima, 11 FEB. 2014

Tengo a bien dirigirme a usted, en atención a la Carta N° 101-2014-CORPEIJS, mediante la cual el supervisor: Corporación de Ingeniería S.A., presenta su Informe Final relacionado con la supervisión de la Obra I.E. Mariano Melgar.

ANTECEDENTES

Mediante Carta N° 101-2014-CORPEIJS, recibida el 07 de febrero del 2014, el supervisor presenta el Informe Final del servicio de la consultoría de la supervisión de la Obra I.E. Mariano Melgar ubicada en el distrito de Mariano Melgar, provincia y departamento de Arequipa.

ANALISIS

Al respecto, se ha efectuado la revisión y evaluación del Informe Final, por lo que se considera procedente otorgar su conformidad.

Asimismo, se informa que la citada empresa, aún no presenta la liquidación de su contrato, por lo cual, se les debe comunicar que luego de la conformidad al Informe Final, deberán cumplir con presentarla dentro de los plazos establecidos en el Art. 179º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Se recomienda Otorgar la Conformidad al Informe Final del servicio de Consultoría realizado por la empresa supervisora: Corporación de Ingeniería S.A. y solicitar que presente la Liquidación del Contrato N° 059-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS de Supervisión de Obra - I.E. Mariano Melgar, correspondiente al Proceso Especial N° 0082-2012-ED/UE 108, según lo establecido por la disposición específica en el Art. 179º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Asimismo, el supervisor debe de adjuntar en la liquidación del contrato la siguiente documentación:

- Contrato de servicios de Supervisión (incluir términos de referencia)
- Documento que determina el inicio de la prestación del servicio de supervisión (incluye Acta de Entrega de Terreno)

En ese sentido, de conformidad con el artículo N° 178 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, el contratista tiene derecho a recibir un Certificado de Conformidad de Servicios una vez que culmine la ejecución del contrato sin que

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

existen observaciones ni penalidades pendientes, como es el caso materia del presente arbitraje.

En razón a lo expuesto, y sin que mayor ahondamiento, ya que la conformidad resulta EXPRESA de parte de la ENTIDAD en sus documentos emitidos durante la ejecución contractual, este Tribunal debe ordenar al MINEDU cumpla con emitir a favor del CONTRATISTA otorgue el Certificado de Conformidad de la Prestación de Servicio ejecutadas dentro del marco del Contrato N° 059-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS.

Quinta Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene al Ministerio de Educación la devolución de las cartas fianzas de fiel cumplimiento y adelanto directo, así como el reconocimiento de los gastos que irrogan la renovación de las mencionadas garantías, así como también la emisión de la constancia de prestación de servicios, que deberá ser emitida sin penalidades.

Segunda Pretensión de la Ampliación de Demanda:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene la restitución total ejecución de la carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0347-9800117652-22, por un monto ascendente de S/. 130.2173.99 Nuevos Soles, que fue ejecutada antes del vencimiento de la misma, así como también la devolución de los gastos administrativos por el trámite de la ejecución de la Carta Fianza.

En relación con las pretensiones antes referidas, debe indicarse que inicialmente se requirió la devolución de las cartas fianzas de fiel cumplimiento y adelanto directo; sin embargo, evidenciándose la ejecución de una de las garantías antes

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

indicadas, la referida pretensión de devolución, debe ser entendida como una de restitución del monto ejecutado, al tratarse de la misma garantía. Ahora bien, respecto a la restitución del íntegro de la Carta fianza de Fiel Cumplimiento, es oportuno transcribir el artículo 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

"Artículo 164º.- Ejecución de garantías

Las garantías se ejecutarán a simple requerimiento de la Entidad en los siguientes supuestos:

1. *Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno.*

Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por entenderse amortizado el adelanto otorgado.

2. *La garantía de fiel cumplimiento y la garantía por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.*
3. *Igualmente, la garantía de fiel cumplimiento y, se der necesario, la garantía por el monto diferencial de propuesta, se ejecutarán cuando transcurridos tres (3) días de haber sido requerido por la Entidad, el contratista no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo establecido en el acta de conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, debidamente consentida o ejecutoriada, en el caso de ejecución de obras. Esta ejecución*

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

será solicitada por un monto equivalente al citado saldo a cargo del contratista". (El subrayado es nuestro)

En ese sentido, el inciso 2 del artículo antes citado indica claramente que las garantías "se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato", lo cual no ha sucedido en el presente caso, contraviniéndose lo dispuesto en la citada norma.

Al respecto, teniendo claro lo que establece la normativa de contrataciones del Estado al respecto, tenemos que la quinta pretensión de la demanda contiene un pedido de devolución, en la medida que el plazo contractual ya habría culminado (a dicha fecha) y a decir del Demandante, no existiría vínculo contractual que sostenga o justifique mantener renovando las referidas cartas fianza (de adelanto directo y de fiel cumplimiento).

Sin embargo, se advierte del escrito de Ampliación de demanda, y medios probatorios adjuntos, que con fecha 19.06.2014 la Entidad habría solicitado la ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, la misma que tenía como fecha de vencimiento el 25.07.2014. A lo cual el DEMANDANTE sostiene que la ENTIDAD habría contravenido la norma de contrataciones al ejecutar la garantía de fiel cumplimiento sin que existan los supuestos de hecho que la norma prevé para que proceda la mencionada ejecución.

Por su parte, la ENTIDAD en su escrito de contestación de demanda, ha sostenido que las garantías no podrían haber sido devueltas porque sirven de respaldo hasta la culminación del contrato (la de fiel cumplimiento); sin embargo, en relación con la garantía del adelanto directo (numerales 3.90, 3.91 y 3.92 de su escrito) no ha

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

desarrollado la justificación (técnica o legal) para no haberla devuelto ya que las mismas ya habrían sido amortizadas en su totalidad, conforme puede apreciarse de las valorizaciones y liquidación final del contrato de supervisión, que se ha presentado como prueba en el proceso arbitral:

"(...) Carta de Adelanto Directo; al respecto cabe indicar que el supervisor no está tomando en cuenta la naturaleza de este tipo de garantías, la cual tiene por finalidad facilitarle el financiamiento necesario para la ejecución de la prestación y prevenir el encarecimiento de la contratación, evitando así que tenga que recurrir a fuentes externas (...)"

Asimismo, en su escrito de contestación de la ampliación de demanda, LA ENTIDAD señala que la DEMANDANTE se ha equivocado pues no existe Carta Fianza de Fiel Cumplimiento Nro. 001-0347-9800117652-22 ejecutada, puesto que la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento presentada por el DEMANDANTE es la Nro. 441003966300 del BIF por S/.140,000.00.

Continua indicando que la Carta que posee la numeración indicada por la DEMANDANTE es la de Adelanto Directo, otorgada por el Banco Continental, la misma que reconocen fue entregada por dicho banco por la suma de S/. 420,000.00, cifra que según indica en su Pag. 21, en el numeral 3.47:

"(...) el total de amortizaciones correspondientes al Adelanto Directo otorgado al supervisor asciende al monto de S/. 289,762.00 a dicho monto se tiene que descontar del total entregado efectivamente por el MINEDU, el mismo que fue por la suma de S/. 420,000.00, de lo cual resulta la suma de S/. 130,238.00, suma que el demandante reclama le sea restituido."

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

Por lo que señala que mediante Memorándum Nro. 2533-2014-MINEDU/VMGL-OINFE de fecha 19.05.2014 solicito a la Unidad Administrativa Financiera que, con la finalidad de proteger los fondos públicos del Estado, proceda a efectivizar la Carta Fianza que garantiza el Adelanto Directo otorgado al supervisor hasta por el monto de S/. 130,238.00, sustentándose además en opiniones de OSCE en las que se afirma que las entidades estas facultadas para ejecutar las garantías en caso de resolución de contrato y paralizaciones, cuando ello ponga en riesgo o afecte el interés de la entidad.

Sin embargo, dicho supuesto no se cumplió en el presente caso pues la Carta Fianza de Adelanto Directo estaba vigente, asimismo no se había consentido la resolución del contrato y, tal como se ha indicado en los puntos controvertidos precedentes, no se han practicado ni calculado las penalidades de forma acorde con la normativa de contrataciones públicas, siendo la resolución contractual una que deviene en nula. Si bien OSCE no precisa que la resolución del contrato a la que hace referencia tiene que estar consentida; a criterio de este Tribunal y sendos laudos publicados en materia de contrataciones públicas, no obstante la decisión de la entidad de resolver el contrato, ello no la autoriza o legitima a ejecutar la carta fianza de adelanto directo pues aun no se consentía la resolución y la carta estaba vigente; es decir, los fondos estaban plenamente garantizados al momento de la resolución del contrato; máxime cuando los montos entregados por adelanto se encontraban respaldados y justificados en las valorizaciones presentadas.

En ese sentido, no obstante ha existido un error en la identificación del tipo de garantía, el Demandante ha identificado la numeración de la Carta Fianza ejecutada, habiéndose probado (y aceptado expresamente) la indebida ejecución en cuestión, por lo que a criterio de este Tribunal Arbitral se ha transgredido la razonabilidad en tanto que la ejecución de la carta fianza no es razonable

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

cuantitativa ni cualitativamente, ni satisface el interés público pues la sola vigencia de la carta fianza mantenía garantizado los recursos públicos. Asimismo, se transgrede la equidad por cuanto dicha medida hace que las prestaciones y derechos de las partes no guarden razonable relación de equivalencia y proporcionalidad poniendo a la entidad en una situación de ventaja y privilegio respecto del contratista, por lo que corresponde:

- La restitución del monto ejecutado, relacionado con la Carta Fianza Nro. 001-0347-9800117652-22 y el pago de los gastos administrativos respectivos.
- La devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

Sexta Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene al Ministerio de Educación el reconocimiento de los gastos arbitrales del presente proceso.

El numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70º del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º 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, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional sobre dicho aspecto atendiendo

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

a la conducta procesal de las partes y las normas que regulen dicho supuesto en el ordenamiento jurídico.

Al respecto, bajo el mismo razonamiento y línea interpretativa, siendo legítima la controversia entre las partes, ambas deben asumir los costos del proceso arbitral en las partes proporcionales que les fueran ordenadas mediante las resoluciones respectivas de pago. Asimismo, en tanto las costas obedecen a la propia diligencia de las partes para enfrentar las controversias con una adecuada defensa legal, ambas son responsables de las costas que hayan asumido para dicho fin.

En ese sentido, este Tribunal Arbitral considera que ambas partes asuman los pagos y conceptos de gastos arbitrales correspondientes.

LIQUIDACION DE HONORARIOS ARBITRALES

Los honorarios arbitrales quedan liquidados en:

- S/. 11,200.00 (Once Mil Doscientos y 00/100 Nuevos Soles) para cada árbitro por acuerdo contenido en el Acta de Instalación de fecha 16.06.2014
- S/. 7,760.00 (Siete Mil Setecientos Sesenta y 00/100 Nuevos Soles) para el Secretario Arbitral por acuerdo contenido en el Acta de Instalación de fecha 16.06.2014
- S/. 5,500.00 (Cinco Mil Quinientos y 00/100 Nuevos Soles) para cada árbitro de acuerdo a lo ordenado mediante Resolución Nro. 14
- S/. 3,300.00 (Tres Mil Trescientos y 00/100 Nuevos Soles) para el Secretario Arbitral de acuerdo a lo ordenado mediante Resolución Nro. 14

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral en Derecho, LAUDA:

PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADA la excepción de incompetencia deducida por LA ENTIDAD.

SEGUNDO.- DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda de LA CONTRATISTA, y en consecuencia NULA la resolución contractual planteada por LA ENTIDAD.

TERCERO.- DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la demanda de LA CONTRATISTA, y en consecuencia declarar la INEXISTENCIA de penalidades y/o descuentos deducidos por LA ENTIDAD.

CUARTO.- DECLARAR FUNDADA la Tercera y Cuarta Pretensiones Principales de la demanda de LA CONTRATISTA, las mismas que se encuentran incluidas en la Liquidación presentada a LA ENTIDAD contenida en la primera pretensión del escrito de Ampliación de Demanda; y asimismo, FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Ampliación de Demanda, debiendo efectuarse el pago de la Liquidación presentada, conforme se desarrolla en la parte considerativa del presente laudo.

QUINTO.- DECLARAR FUNDADA la Quinta Pretensión Principal de la demanda de LA CONTRATISTA, y asimismo FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la Ampliación de Demanda. En consecuencia, ORDENAR la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, y la restitución de lo

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo (Presidente)
Dr. Juan Carlos Pinto Escobedo
Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna

ejecutado respecto de la Carta Fianza de Adelanto Directo, conforme se desarrolla en parte considerativa.

SEXTO.- DECLARAR FUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la Ampliación de Demanda de LA CONTRATISTA, y en consecuencia **ORDENAR** la emisión de la Constancia de Prestación de Servicios.

SETIMO.- DECLARAR INFUNDADA la Sexta Pretensión Principal de LA CONTRATISTA, cada una de las partes debe asumir los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubieran incurrido, y en partes iguales los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral.

OCTAVO.- REMITÍTASE un ejemplar del presente laudo arbitral a la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE.

Notifíquese a las partes.

HUMBERTO FLORES AREVALO

Presidente del Tribunal Arbitral

JUAN CARLOS PINTO ESCOBEDO

Árbitro

WHITNEY HERNANDEZ GIRÓN

Secretario Arbitral