

LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE : CONSORCIO VIAL PUERTO BERMÚDEZ
(en adelante, el CONSORCIO o el demandante)

DEMANDADO : PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL - PROVIAS NACIONAL (en adelante, PROVIAS NACIONAL o el demandado)

TIPO DE ARBITRAJE : Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL : Giovanni Priori Posada (Presidente)
Reynaldo Bustamante Alarcón (Árbitro)
Juan Carlos Valderrama Cueva (Árbitro)

SECRETARIA ARBITRAL : Silvia Rodríguez Vásquez
Secretaria General de Conciliación y Arbitraje

EXPEDIENTE N° : 647-51-15

Resolución N° 19

En Lima, a los 26 del mes de enero del año dos mil diecisiete, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y a las defensas formuladas en la contestación de la demanda; así como las pretensiones planteadas en la reconvenCIÓN y las defensas formuladas en la contestación de la reconvenCIÓN, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.





I. Existencia del Convenio Arbitral e Instalación del Tribunal Arbitral

1.1 El Convenio Arbitral

Está contenido en la Cláusula Vigésimo Séptima del Contrato de Consultoría de Obra N° 068-2011-MTC/20 "Estudio Definitivo para la Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Puerto Bermúdez - San Alejandro, Tramo: Puerto Súngaro - Dv. San Alejandro", celebrado entre las partes el 20 de setiembre de 2011.

1.2 Instalación del Tribunal Arbitral

El 18 de Junio del 2015 se instaló el Tribunal Arbitral, integrado por el doctor Giovanni Priori Posada (Presidente), el Dr. Reynaldo Bustamante Alarcón (Árbitro), y el Dr. Juan Carlos Valderrama Cueva (Árbitro) en donde se fijaron las reglas aplicables al presente proceso.

II. Normatividad aplicable al arbitraje

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación al presente arbitraje el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante el REGLAMENTO), el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

Asimismo, se estableció que, en caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado.

III. De la Demanda Arbitral presentada por CONSORCIO VIAL PUERTO BERMUDEZ con fecha 17 de julio de 2015.

- 3.1 Mediante escrito de fecha 17 de julio de 2015, el demandante interpuso su demanda arbitral señalando las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que el Tribunal declare ineficaz y sin efecto legal alguno la Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20 mediante la cual se aprobó la Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra N° 068-2011-MTC/20, en el extremo que determinó una Penalidad total en contra de nuestro Consorcio, equivalente a la suma de Doscientos Cinco Mil Cuatrocientos

Noventa y Dos con 32/100 Nuevos Soles (S/. 205,492,32) y, por ende, que no corresponde la imposición de penalidad alguna;

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que el Tribunal declare ineficaz y sin efecto legal alguno el Oficio N° 442-2015-MTC/20, de fecha 09.MAR.2015, mediante el cual, refiriéndose a la disconformidad expresada mediante nuestra Carta N° 005-2015-CVPB contra la Liquidación de Obra aprobada por Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20, PVN nos comunica que se ratifica en todos los extremos de la Resolución Directoral emitida.

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que el Tribunal ordene a PVN el pago inmediato del importe retenido por concepto de penalidad, equivalente a Doscientos Cinco Mil y Cuatrocientos Noventa y dos y 32/100 Nuevos Soles (S/. 205,492.32), así como los intereses legales que se devenguen desde la fecha en que debió ser efectivizado dicho importe, los mismos que deberán ser liquidados y, en su momento ordenados pagar, en el presente proceso arbitral, incluyendo las costas y costos del presente proceso arbitral.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Tribunal disponga la modificación y reducción del importe de la penalidad únicamente a la suma de S/. 19,261.00

$$\text{Penalidad diaria} = \underline{0.10} \times \underline{\text{Monto}} = \underline{0.10} \times \underline{295,480.41} = 437.75 \text{ soles/día}$$

inc. IGV

$$F \times \text{Plazo} \quad 0.25 \times 270$$

En función a dicha fórmula y a los 09 y 35 días de demora que, indebidamente, nos imputan, resulta:

$$\text{Penalidad} = (09 + 35) * 437.75 = S/. 19,261.00 \text{ inc. IGV}$$

PRIMERA PRETENSIÓN accesoria a la primera pretensiÓN SUBORDINADA

Que el Tribunal ordene a PVN el pago inmediato del importe retenido por concepto de penalidad, equivalente a Doscientos Cinco Mil y Cuatrocientos Noventa y dos y 32/100 Nuevos Soles (S/. 205,492.32), descontando el importe de la penalidad que se ordene reducir en virtud



de nuestra Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, a cuyo importe deberá adicionarse los intereses legales que se devenguen desde la fecha en que debió ser efectivizado dicho importe, el mismo que deberá ser liquidado y, en su momento ordenado pagar, en el presente proceso arbitral, incluyendo las costas y costos del presente proceso arbitral.

Antecedentes:

Al exponer los fundamentos de sus pretensiones, la parte demandante señala lo siguiente:

- Con fecha 20/SET/2011, nuestro Consorcio y PVN, suscribieron el Contrato de Consultoría de Obra N° 068-2011-MTC/20, mediante el cual nos obligamos a realizar, en favor de PVN, el Estudio Definitivo para la Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Puerto Bermúdez - San Alejandro, Tramo: Puerto Súngaro - Dv. San Alejandro".
- Dicho Estudio comprendía dos (2) grandes componentes: (i) Componente de Ingeniería que se encontraba bajo la administración y supervisión del propio PVN; y, (ii) Componente Ambiental, que se encontraba bajo la supervisión de la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Dichos componentes implicaban la presentación de cuatro (4) informes, por cada uno de ellos, los mismos que se detallan en el numeral 4. Productos a Obtener, puntos 4.1 y 4.3 de los Términos de Referencia, contra cuya aprobación operaba el pago correspondiente, según lo señalado en el numeral 13. Forma de Pago, de los Términos de Referencia, tal como se muestra a continuación:

Componente de Ingeniería

Descripción	Plazo	Forma de Pago
Informe de Avance N° 1	75 días de iniciado el servicio	25% del monto del contrato
Informe de Avance N° 2	140 días de iniciado el servicio	25% del monto del contrato
Borrador de Informe Final	250 días de iniciado el servicio	20% del monto del contrato
Informe Final	20 días de aprobado el Borrador de Informe Final	10% del monto del contrato

Componente de Impacto Ambiental

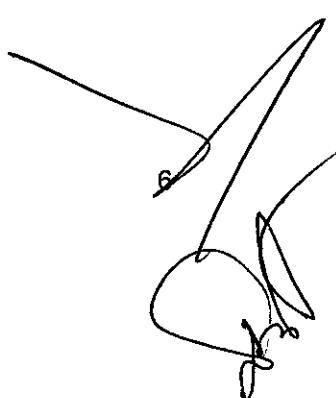
Descripción	Plazo	Forma de Pago
Informe de Avance N° 1	75 días de iniciado el servicio	5% del monto del contrato
Informe de Avance N° 2	140 días de iniciado el servicio	5% del monto del contrato
Borrador de Informe Final	250 días de iniciado el servicio	5% del monto del contrato
Informe Final	20 días de aprobado el Borrador de Informe Final	5% del monto del contrato

- Con fecha 05.OCT.2011 y a través del Oficio N°2637-2011-MTC/20.6, la Gerencia de Estudios de PROVÍAS NACIONAL comunica a nuestro Consorcio el inicio de actividades para la elaboración del Estudio Definitivo a partir del 17.OCT.2011.
- Con fecha 03.OCT.2012 y mediante Carta N° 084-2012/CVPB, nuestro Consorcio remite el Informe Final correspondientes al componente de Ingeniería y Arqueología.
- Con fecha 27 OCT. 2012 y a través del Oficio N° 2601-2012-MTC/20.6, PROVÍAS NACIONAL, emite la revisión del Informe N° 4 (Informe Final) del componente de Ingeniería y Arqueología, comunicando sus Observaciones por Primera vez.
- Con fecha 05 NOV. 2012 y mediante Carta N° 088-2012/CVPB, nuestro Consorcio emite el levantamiento de las observaciones del Informe N° 4 (Informe Final): componente de Ingeniería y Arqueología.
- Con fecha 23 NOV. 2012, y a través del Oficio N° 2861-2012-MTC/20.6, PROVÍAS NACIONAL emite la revisión del Informe N° 4 (Informe Final) del componente de Ingeniería y Arqueología, formulando Observaciones por Segunda vez.
- Con fecha 03 DIC. 2012 y mediante Carta N° 091-2012/CVPB, nuestro Consorcio emite el levantamiento de las observaciones al Informe N° 4 (Informe Final): componente de Ingeniería y Arqueología.

- Con fecha 20 DIC. 2012 y a través del Oficio N° 3036 -2012-MTC/20.6, PROVÍAS NACIONAL emite la revisión del Informe N° 4 (Informe Final) del componente de Ingeniería y Arquitectura, formulando Observaciones por Tercera vez.
- Con fecha 21 DIC. 2012 y mediante Carta N° 093-2012/CVPB, nuestro Consorcio emite el levantamiento de las observaciones del Informe N° 4 (Informe Final): Suelos y Pavimentos.
- Con fecha 25 ENE.2013, y a través de la Carta N° 001-2013/CVPB, nuestro Consorcio emite el levantamiento de las observaciones del Informe N° 4 (Informe Final): Estudio de Hidrología e Hidráulica, Geotecnia, Estructuras y Costos.
- Con fecha 26/FEBR/2015 y mediante Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20, PVN aprobó la Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra N° 068-2011-MTC/20, correspondiente al Estudio Definitivo para la Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Puerto Bermúdez – San Alejandro, Tramo: Puerto Sungaro – Dv. San Alejandro, la misma que es objeto de la presente demanda.
- Con fecha 04/MAR/2015, y a través de nuestra Carta N° 005-2015-CVPB, expresamos a PVN nuestra disconformidad con la Liquidación del Contrato aprobada por su Dirección Ejecutiva.
- Con fecha 09/MAR/2015, y a través del Oficio N° 442-2015-MTC/20, de fecha 09.MAR.2015, PVN se pronunció respecto a la disconformidad que nuestro Consorcio expresó con respecto a la Liquidación aprobada.

3.2 APROBACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA DE OBRA N° 068-2011-MTC/20 y la penalidad determinada EN ÉSTA

Como se advierte de los antecedentes, mediante Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20, de fecha 26/FEBR/2015, PVN aprobó la Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra N° 068-2011-MTC/20, correspondiente al Estudio Definitivo para la Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Puerto Bermúdez – San Alejandro, Tramo: Puerto Sungaro – Dv. San Alejandro, en la cual se determinaron los siguientes montos:



- Costo Final del Contrato: S/. 3 152 436.70 (Tres Millones Ciento Cincuenta y Dos Mil Cuatrocientos Treinta y Seis con 70/100 Nuevos Soles), incluido IGV.
- Montos pagados a EL CONSULTOR: S/. 2 870 713,74 (Dos Millones Ochocientos Setenta Mil Setecientos Trece con 74/100 Nuevos Soles), incluido IGV.
- Saldo de Liquidación a favor de EL CONSULTOR: S/. 281 722,96 (Doscientos Ochenta y Un Mil Setecientos Veintidós con 96/100 Nuevos Soles), incluido IGV.
- Penalidad por cobrar: S/. 95 492,32 (Noventa y Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Dos con 32/100 Nuevos Soles), incluido IGV.

Con relación al rubro: Penalidades, que es el que nos interesa, en el Anexo de la antes referida Resolución Directoral se encuentra considerado un importe total ascendente a Doscientos Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Dos con 32/100 Nuevos Soles (S/. 205,492.32), el mismo que se sustenta en el Informe N° 003-2015-MTC/20.6.1/CPT, de fecha 24.FEBR.2015, en el que sobre el particular se detalla la aplicación de dos (2) penalidades, invocándose como causal de las mismas: **DEMORA EN EL LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES AL INFORME FINAL**, siendo estas las siguientes:

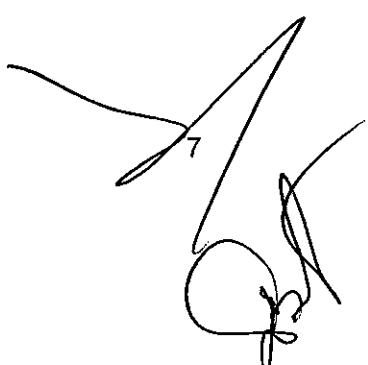
- A. *Penalidad por la demora de nueve (9) días correspondiente al Levantamiento de las Observaciones por 2da vez del Informe Final del 23.Nov.12. (Oficio N° 2861-2012-MTC/20.6) al 03-Dic.12 (Carta N° 091-2012/CVPB).*
- B. *Penalidad por la demora de treinta y cinco (35) días correspondiente al Levantamiento de las Observaciones por 3ra vez del Informe Final del 20.Dic.12. (Oficio N° 3036-2012-MTC/20.6) al 21.Dic.12 (Carta N° 093-2012/CVPB – especialidad de Suelos y Pavimentos) y al 25.Ene.13 (Carta N° 001-2013/CVPB – Otras especialidades).*

Conforme es de verse del referido Informe N° 003-2015-MTC/20.6.1/CPT, la imposición de las referidas penalidades se sustenta en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato de Consultoría, según la cual establecen:

$$\begin{aligned} \text{Penalidad diaria} &= 0.10 \times \text{Monto} = 0.10 \times 3'152\,436.70 = 4\,670.28 \\ &\text{soles/día inc. IGV} \\ &F \times \text{Plazo} \quad \quad \quad 0.25 \times 270 \end{aligned}$$

En función a dicha fórmula y a los 09 y 35 días de demora que nos imputan, señalan que se aplica lo siguiente:

~~✓~~ $\text{Penalidad} = (09 + 35) * 4\,670.28 = S/. 205\,492.32 \text{ inc. IGV}$



Tal como lo señaláramos en su oportunidad, no corresponde ni somos merecedores de ninguna penalidad, por lo que su imposición atenta contra la Buena Fe Contractual con la que en todo momento hemos actuado en el desarrollo de nuestra relación contractual, e incluso más allá de lo acordado; y, atenta también, contra el Principio de Legalidad que regula las actuaciones de la función pública, conforme así lo pasamos a sustentar en los siguientes puntos.

3.3 INEXISTENCIA DE RETRASO INJUSTIFICADO QUE AVALE IMPOSICIÓN DE PENALIDAD

La Cláusula Décimo Tercera del contrato que celebramos con la demandada, y que precisamente cita PVN como sustento de la penalidad impuesta, se refiere a ésta en los siguientes términos:

"CLAÚSULA DÉCIMO TERCERA: PENALIDADES

13.1 En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, PROVIAS NACIONAL le aplicará a EL CONSULTOR una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta del pago final o en la liquidación final; o, si fuera necesario, se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento.

(...)

13.2 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 materia de retraso

(...)

13.4 Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente de conformidad con lo establecido en el artículo 165º del REGLAMENTO" [el subrayado y negrillas es nuestro]

2.20 Por su parte, el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que se cita en dicha cláusula, refiriéndose a las Penalidades, señala lo siguiente:

"En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse (...)

(...)

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"

(...)" [el subrayado y negrillas es nuestro]

Surge de la cita expuesta, que uno de los supuestos esenciales de toda penalidad por mora al contratista, es que éste, de manera INJUSTIFICADA, se retrase en la ejecución de las prestaciones objeto de contrato.

Por tanto, es indudable que corresponde a la Entidad verificar si el contratista, en efecto, se ha retrasado injustificadamente en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato o no.

En el caso que nos ocupa ello no ha sucedido, pues sin conocimiento de causa ni verificación alguna, el nuevo administrador del contrato, Ing. Carlos Palacios Tovar¹, emitió el Informe N° 048-2013-MTC/20.6.1/CPT, de fecha 17/NOV/2013, en el que sin motivación, análisis, cálculo, ni explicación alguna, informó, en su primera actuación como nuevo Administrador del Contrato, que correspondía aplicar a nuestro Consorcio, una penalidad ascendente a S/. 295,480.41, lo cual determinó sin brindar explicación o indicación alguna sobre cuáles eran los días de retraso incurridos, ni menos considerar las especiales circunstancias que rodeaban la prestación de nuestros servicios, y que entorpecían el normal desarrollo de los mismos, generando con su irresponsable proceder una retención a todas luces abusiva e injustificada de S/. 110,000.00 Nuevos Soles sobre nuestra Valorización N° 7 (noviembre del 2013), señalando incluso que en la Valorización N° 8 aplicaría la penalidad restante, equivalente a S/. 185,480.41 Nuevos Soles.

Dichas particulares circunstancias que rodeaban el estudio en ejecución, estaban dadas por la aparición del Consorcio Servicios

¹ Profesional que sin el conocimiento cabal de los alcances del Contrato y de las particulares circunstancias que lo rodeaban, reemplazó al Ing. David Astudillo Sánchez, quien fue el Administrador del Contrato desde su celebración, y por tanto, conocía perfectamente el marco contractual del estudio, la forma en que este se desarrolló, así como las particulares circunstancias que rodeaban su ejecución.



Viales, quien fuera contratado por PVN (Contrato N° 042-2010-MTC/20) a instancias de la Unidad Gerencial de Mantenimiento de PROVIAS NACIONAL; de manera que ejecute trabajos de mejoramiento y mantenimiento en el tramo asignado a nuestro Consorcio en el marco del Proyecto Perú que en ese entonces impulsaba PVN para mejorar la transitabilidad de la Red Vial Nacional. El referido Consorcio, a las pocas semanas de iniciado el Estudio Definitivo de Ingeniería a nuestro cargo, empezó a intervenir simultáneamente en la misma zona de trabajo en la que nosotros nos desempeñábamos.

Ello fue gravitante, pues su intervención en la zona, realizando trabajos con maquinaria pesada alteraron, fundamentalmente, la topografía del terreno, la estructura del pavimento, así como las dimensiones y características de las diversas obras de arte y drenaje existentes a lo largo del tramo (como por ejemplo: alcantarillas, pontones y puentes), ello conllevó a que se altere la información levantada en campo por nuestro Consorcio respecto a la topografía, estructura del pavimento e inventario de obras de drenaje, situación que con posterioridad ocasionó las sucesivas observaciones que los profesionales especialistas de PVN realizaron a nuestro Informe Final.

Un aspecto que merece destacar es el hecho que el Informe Final objeto de observación fue elaborado sobre la base del Borrador de Informe Final² previamente aprobado por PVN, claro está, con los demás agregados que exigen los Términos de Referencia, como es el caso de: Planos Originales, Resumen Ejecutivo, entre otros, por lo que la presentación del Informe Final constituía en el fondo un aspecto de mero trámite que no exigía mayor complejidad, por lo que cualquier observación al mismo, solo tenía sentido si hubieran cuestiones ajenas a nuestro Consorcio que hacían que el Informe Final no termine de ajustarse a la realidad.

Ello queda acreditado con las observaciones que nos efectuaron por 1er. 2da., y 3era. vez al Informe Final, en las que, de la lectura de los Informes elaborados por los Especialistas de PVN, como es el caso de los informes siguientes: Informe N° 086-2012-MTC/20.1.6.1/CDAC del 24/OCT/2012; Informe N° 091-2012-MTC/20.1.6.1/CDAC del 16/NOV/2012; Informe N° 101-2012-MTC/20.1.6.1/CDAC del 17/DIC/2012; Informe N° 073-2012-MTC/20.1.6.1/JMG del 17/OCT/2012; Informe N° 084-2012-MTC/20.1.6.1/JMG del 17/DIC/2012; Informe N° 079-2012-MTC/20.1.6.1/JLIM del

² El mismo que, antes de su aprobación, incluso mereció dos rondas de observaciones (Oficio N° 1576-2012-MTC/20.6 del 12/JUL/2012; y, Oficio N° 1852-2012-MTC720.6 del 09/AGO/2012), que fueron absueltas a total satisfacción de PVN, quien mediante Oficio N° 2158-2012-MTC/20.06 del 12/SET/2012 finalmente dio su conformidad al mismo.

15/OCT/2012; Informe N° 096-2012-MTC/20.1.6.1/JLIM del 20/NOV/2012; e Informe N° 110-2012-MTC/20.1.6.1/JLIM del 12/DIC/2012; de los cuales se advierte que dichos profesionales encontraron diferencias entre la información que contenía el Borrador del Informe Final y la nueva realidad que existía en campo, producto de las intervenciones que venía realizando el Consorcio Servicios Viales, las mismas que fueron advertidas producto de la visita de campo que llevaron a cabo con posterioridad a la aprobación del Borrador de Informe Final, en la que precisamente advirtieron nuevas intervenciones en temas relacionados a la topografía, explanación, obras de arte y drenaje y pavimento, lo que generó que nuestro Consorcio se vea en la necesidad de tener que hacer -incluso- nuevos trabajos de campo y los consecuentes ajustes en los diseños de gabinete, los mismos que, por cierto, excedían los términos del contrato, demandando un mayor número de días para poder adecuar ciertos componentes del proyecto a la realidad que venía cambiando día a día.

Ello, como se desprende de lo señalado, se debió a situaciones totalmente ajenas a nuestro Consorcio, obligándonos a realizar un nuevo levantamiento de información de campo a efectos de poder adecuar los diseños de la vía a la nueva realidad que presentaba ésta, lo cual precisamente fue advertido con antelación a PVN mediante nuestras Cartas N° 009 y 010-2011/CVPB, ambas de fecha 05/OCT/2011, así como en las sucesivas reuniones que sostuvimos con los funcionarios de PVN y en los informes de avance que nuestro Consorcio presentó.

Por todas estas razones, que bien pueden ser corroboradas además, del propio Contrato de Conservación por Niveles de Servicio (Contrato N° 042-2010-MTC/20) suscrito por PVN con el Consorcio Servicios Viales, así como de su correspondiente Informe Final, en los que debe constar los trabajos realizados y la oportunidad de los mismos, podrá apreciarse que ellos coinciden, entre otros, con el tiempo que demandó la presentación del levantamiento de observaciones por segunda y tercera vez; lo que corrobora que cualquier mayor tiempo que nos hayamos tomado se debió, única y exclusivamente, a causas ajenas a nuestro Consorcio y, por el contrario, atribuibles al propio PVN, por lo que no corresponde imposición de penalidad alguna, debiendo, en tal circunstancia, ampararse nuestra Primera Pretensión Principal.

3.4 OBSERVACIONES FORMULADAS POR 2DA. Y 3ERA. AL INFORME FINAL VEZ FUERON EXTEMPORÁNEAS Y, NO PUEDEN SURTIR EFECTO

A mayor abundamiento, es de suma importancia destacar el carácter obligatorio de la normatividad vigente, así como de lo pactado en los contratos, de lo cual resulta que los plazos establecidos en la LCE, en el Reglamento de la LCE, en el Contrato y en los Términos de Referencia son de obligatorio cumplimiento para ambas partes.

En tal sentido, dado que un retraso de PVN en la revisión y formulación de observaciones, esto es, más allá de los diez (10) días hábiles que señalan los Términos de Referencia, romperá el equilibrio del contrato, y la seguridad jurídica del mismo, pues éste no tiene prevista sanción pecuniaria alguna para los atrasos en que incurra PVN, más sí para el contratista. En consecuencia cualquier observación fuera del plazo acordado no cumplirá la exigencia contractual acordada y, por ende, no podrá surtir efecto por haberse efectuado vulnerando lo establecido en los Términos de Referencia.

Ello tiene vital relevancia si tenemos en cuenta que el pedido de levantamiento de observaciones por 2da vez fue formulado luego de catorce (14) días de recibida la Carta N° 088-2012/CVPB, de fecha 05/NOV/2013, con la que entregamos el levantamiento de observaciones por 1era vez.

Y, así también, si tenemos en cuenta que el pedido de levantamiento de observaciones por 3ra vez fue formulado luego de trece (13) días de recibida la Carta N° 091-2012/CVPB, de fecha 03/DIC/2012, con la que entregamos el levantamiento de observaciones por 2da vez.

Por consiguiente, habiéndose formulado las referidas observaciones fuera del plazo que es ley para las partes, en efecto no podrán surtir ningún efecto en el marco del contrato, menos de carácter sancionatorio, por lo que este segundo argumento de fondo es evidente que tampoco correspondería imposición de penalidad alguna, lo cual abunda en los fundamentos para ampararse nuestra Primera Pretensión Principal tal como así lo hemos solicitado en los puntos que anteceden.

3.5 RETENCION INDEBIDA DE PENALIDADES NOS DA DERECHO A SU DEVOLUCIÓN Y PAGO DE INTERESES

En virtud de esto último, corresponde entonces que PVN nos abone el importe que indebidamente nos ha retenido por concepto de penalidad, equivalente a Doscientos Cinco Mil y Cuatrocientos Noventa y dos y 32/100 Nuevos Soles (S/. 205,492.32), puesto que como lo podrá corroborar en su oportunidad, no solo hemos cumplido a cabalidad con el servicio contratado en los términos del Contrato de



Consultoría de Obra N° 068-2011-MTC/20, sino que además, no corresponde la imposición de las penalidades de las que hemos sido objeto, las mismas que no tienen justificación alguna.

Sumado a ello es que solicitamos que al momento de laudar se tenga presente y aplique lo estipulado en el artículo 181 del Reglamento de la LCE, según el cual, en caso de retraso en el pago, **el contratista tendrá derecho al pago de intereses** conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley³, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

En el caso que nos ocupa, de manera objetiva puede comprobarse que el pago de nuestra valorización **no se ha efectuado conforme al porcentaje, importe y oportunidad acordada**, por lo que no cabe duda que en aplicación de la norma precitada corresponde se ordene el pago de los intereses que vengo a demandar.

A mayor abundamiento, cabe citar también lo establecido en el artículo 1242 del Código Civil, de modo que en su momento se repare la mora en el pago generada por PVN al habernos retenido S/. 205,492.32 por concepto de penalidades que no corresponde haberse aplicado.

Al efecto, resultan válidas las sentencias que ha emitido el Poder Judicial, según las cuales:

CASACIÓN N° 577-99

"La inejecución de obligaciones de dar suma de dinero genera intereses moratorios desde que el deudor incurre en mora, sin que sea necesario para ello que se pruebe la existencia de daños y perjuicios". [el subrayado es nuestro]

Como correlato de lo expuesto a partir del punto 2.24 de la presente demanda es que consideramos y solicitamos **se ampare, en todos sus extremos, nuestra Primera Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal**.

³ El artículo 48 de la LCE señala lo siguiente:

Artículo 48.- Intereses y penalidades

En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora.

El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento

3.6 SUSTENTO PARA DECLARAR INEFICAZ Y SIN EFECTO LEGAL ALGUNO EL OFICIO N° 442-2015-MTC/20, DE FECHA 09.MAR.2015

Como lo señaláramos en la parte introductoria de la presente demanda arbitral, mediante Oficio N° 442-2015-MTC/20, de fecha 09.MAR.2015, PVN se pronunció respecto a la disconformidad que nuestro Consorcio expresó mediante Carta N° 005-2015-CVPB, señalando lacónicamente que se ratificaban en todos su extremos respecto a la Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20, sin exponer ninguna sola razón que fundamente dicha decisión ratificatoria.

Al respecto, es de señalar que el Principio del Debido Procedimiento que resulta aplicable al caso, señala lo siguiente:

(...)

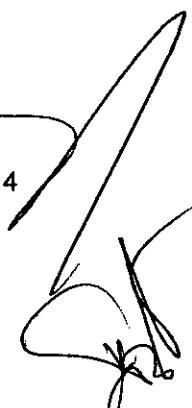
1.2 Principio del debido procedimiento.- Los administrativos gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

(...)

En razón a ello, es innegable que lo resuelto a través del Oficio N° 442-2015-MTC/20 no cumple con la exigencia legal anotada, toda vez que su argumento es absolutamente vago e insuficiente que no resultan suficientemente esclarecedoras para la motivación del acto, pues no se cita el fundamento que los lleve a afirmar la conclusión a la que llegan. Esta situación no hace más que configurar la situación de no admisibilidad como motivación del acto administrativo contenida en el numeral 6.3 del artículo 6º de la Ley N° 27444, el cual señala:

"(...)

6.3. No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción, o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.





Al respecto, es propicio señalar que el Tribunal Constitucional ha señalado que *"se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico"*.⁽⁴⁾

En función a lo expuesto precedentemente, consideramos que no existe una adecuada motivación en el Oficio N° 442-2015-MTC/20, toda vez que se han ratificado penalidades sin analizarse ni pronunciarse sobre ninguno de los argumentos expuestos en nuestra Carta N° 005-2015-CVPB, como lo exige la ley, por lo que corresponde dejarlo sin efecto ni valor alguno, tal como así lo solicitamos en nuestra **Segunda Pretensión Principal**.

3.7 CONTRATO CON PRESTACIONES PARCIALES DETERMINA QUE LA PENALIDAD SE CALCULA SOBRE EL MONTO Y EL PLAZO DE LA PRESTACIÓN PARCIAL QUE HABRÍA SIDO INCUMPLIDA

No obstante que por el solo hecho de no haberse producido un atraso injustificado imputable a nuestro Consorcio es indudable que no procede la penalidad impuesta, es de resaltar que en el supuesto que vuestro Tribunal considere que sí incurrimos en retraso injustificado en la prestación objeto de contrato y, por tanto, que somos merecedores de la imposición de penalidades, solicitamos que en el supuesto negado que ello se produzca, las penalidades consideradas por PVN en la Liquidación del Contrato de Consultoría suscrito con nuestro Consorcio sean modificadas a efectos de reducir su importe en mérito a las razones que pasamos a exponer en los siguientes puntos.

En principio, es de señalar que sobre la base de lo señalado en el artículo 165º del Reglamento de la LCE, queda abierta la posibilidad que se aplique la penalidad: o por el monto total del contrato o ítem respectivo; o, por la prestación parcial materia de atraso, según lo que se haya establecido en el contrato específico respectivo.

Por tanto, a efectos de determinar si corresponde aplicar la penalidad por el monto total del contrato o ítem, o por el monto de la prestación parcial (Informe) que se debe entregar, es preciso esclarecer si el contrato es uno de ejecución instantánea o uno de ejecución continuada.

⁽⁴⁾ Sentencia recaída en el Expediente N° 04298-2012-PA/TC. Fundamento Décimo Tercero.

Al respecto, la Dirección Técnica Normativa del OSCE, a través de sus diversas y uniformes opiniones emitidas sobre el tema⁵, ha señalado lo siguiente:

“... desde la perspectiva de la ejecución de los contratos, estos se clasifican en contratos de “ejecución única” y contratos “de duración”(...)

A su vez, los contratos “de duración” se subdividen en contratos de “ejecución continuada” y contratos de “ejecución periódica”. Messineo señala que un contrato es de “ejecución continuada” cuando “la prestación (por regla general, de hacer, pero también de no hacer) es única pero sin interrupción (locación, arrendamiento, suministro de energías, comodato o similares) y es de “ejecución periódica” cuando existen varias prestaciones (por regla general de hacer) que se presentan en fechas establecidas de antemano (por ejemplo, renta y contrato vitalicio; venta de uno de sus particulares aspectos; arg. Art. 151 parágrafo), o bien intermitentes, a pedido de una de las partes (Ejemplo, cuenta corriente, apertura de crédito en cuenta corriente, seguro de abono)

(...)

De otro lado, en los contratos de “ejecución periódica”, la penalidad diaria se calcula teniendo en consideración el monto y el plazo de la prestación parcial incumplida (...)" [el subrayado y negrillas es nuestro]

Pues bien, sobre la base de dicha posición es de mencionar que, en el presente caso, nuestro Consorcio, a través del contrato celebrado, asumió la responsabilidad de llevar a cabo dos (2) grandes prestaciones que culminaban con la presentación de un Informe Final por cada una de ellas: uno vinculado al Componente de Ingeniería y, el otro vinculado al Componente Ambiental, los mismos que como ya señalamos en el punto 2.2 de la presente demanda se encontraban a cargo de diferentes dependencias del MTC; en el caso del componente de Ingeniería, de PVN en cuanto a su administración, supervisión revisión y aprobación; mientras que en el componente de Impacto Ambiental, de la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales - DGASA- del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en cuanto a su supervisión, revisión y aprobación, conforme es de verse, por ejemplo, en la Resolución Directoral N° 539-2013-MTC/16, del 16.DIC.2013.

⁵ Opinión N° 074-2012/DTN, concordante con la Opinión N° 035-2014/DTN y Opinión N° 067-2014/DTN.

Pero además, es de resaltar también que dichos dos (2) grandes componentes, a su vez, tenían cada uno de ellos, otras cuatro (4) prestaciones diferenciadas, siendo estas las siguientes:

Componente de Ingeniería

Descripción	Plazo	Forma de Pago
Informe de Avance N° 1	75 días de iniciado el servicio	25% del monto del contrato
Informe de Avance N° 2	140 días de iniciado el servicio	25% del monto del contrato
Borrador de Informe Final	250 días de iniciado el servicio	20% del monto del contrato
Informe Final	20 días de aprobado el Borrador de Informe Final	10% del monto del contrato

Componente de Impacto Ambiental

Descripción	Plazo	Forma de Pago
Informe de Avance N° 1	75 días de iniciado el servicio	5% del monto del contrato
Informe de Avance N° 2	140 días de iniciado el servicio	5% del monto del contrato
Borrador de Informe Final	250 días de iniciado el servicio	5% del monto del contrato
Informe Final	20 días de aprobado el Borrador de Informe Final	5% del monto del contrato

Como es de verse, en un primer momento podemos advertir que se tratan de dos (2) grandes prestaciones parciales (Componente de Ingeniería y Componente Ambiental) plenamente identificables, las mismas que son consecutivas, están debidamente diferenciadas, tienen carácter preclusivo, y cuentan con montos asignados, al extremo que si la DGASA no aprueba el Estudio de Impacto Ambiental, PVN no podría haber aprobado el Estudio Definitivo.

Por otro lado, tenemos que ambas prestaciones se subdividían a su vez en otras cuatro (4) prestaciones que también son consecutivas, están debidamente diferenciadas, tienen carácter preclusivo, y cuentan con montos asignados.

Sobre la base del razonamiento efectuado así como a los criterios esbozados por el OSCE, se advierte que nuestro contrato



indudablemente es uno de "ejecución periódica" pues cada una de sus dos (2) principales prestaciones y luego, las otras cuatro (4) prestaciones individuales se desarrollan: (i) en un plazo determinado o fecha establecida con antelación, y, (ii) están sujetas al pago de un monto definido para aquella prestación parcial.

Frente a este escenario, no cabe duda que para aplicar cualquier penalidad en el contrato que tenemos suscrito, habría correspondido que estas se calculen teniendo en consideración el monto y el plazo de la prestación parcial que habría sido incumplida, más no el monto total del contrato, pues ello sería desproporcionado con la obligación incumplida o cumplida tardíamente y, por tanto, alejado de toda lógica, razonabilidad y legalidad.

Al respecto, cabe poner de manifiesto que la finalidad esencial de estipular una cláusula sobre penalidades en un contrato es cuantificar, de manera anticipada, los costos de un resarcimiento por el eventual incumplimiento de las obligaciones comprometidas, mas no obtener un lucro y/o incremento patrimonial desmesurado en perjuicio de la parte que incumplió o cumplió tardíamente su obligación.

En tal sentido, tiene lógica la tendencia de evitar que una penalidad constituya un enriquecimiento a costa del deudor u obligado. No es que pretendamos que la interpretación que se haga de la cláusula en cuestión sea más favorable a nuestro Consorcio, en detrimento de PVN, sino que sobre la base de las reglas de la buena fe contractual, se interprete de la manera más equitativa y razonable posible.

Por tanto, habida cuenta que el tenor de la cláusula en mención hace referencia a la posibilidad de prestaciones parciales, es indudable que interpretar lo contrario; es decir, interpretar que la penalidad se aplica sobre la base del monto total del contrato, sería, sin duda, una interpretación contraria a la finalidad esencial de la cláusula penal.

Debe tenerse en cuenta los criterios de justicia y equidad y, principalmente, las reglas de la buena fe en las que se inspiró la suscripción de nuestro contrato; asimismo, lo expresamente pactado en el contrato, y, la posición que sobre la aplicación de penalidades a adoptado el OSCE, con lo cual esperamos se corrija la indebida penalidad que nos aplicaron respecto del Informe N° 4 - Informe Final.

Por las consideraciones expuestas, fluye que cualquier penalidad que pudiera imponérse nos debe calcularse sobre la base de la prestación parcial que habría sido incumplida, más no el monto total del contrato, ✓ en tal sentido, es lógico, razonable y justo que, en su caso, se



modifique la penalidad impuesta a efectos que se reduzca ésta en función al valor de la referida prestación incumplida y, en tal circunstancia, se ampare nuestra Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.

En tal sentido, corresponderá entonces que PVN nos abone el importe que indebidamente nos ha retenido por concepto de penalidad, equivalente a Doscientos Cinco Mil y Cuatrocientos Noventa y dos y 32/100 Nuevos Soles (S/. 205,492.32), descontando el importe de la penalidad que se ordene reducir en virtud de nuestra Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, puesto que conforme a lo expuesto, interpretar que la penalidad se aplica sobre la base del monto total del contrato, sería sin duda una interpretación contraria a la finalidad esencial de la cláusula penal, así como a los criterios de justicia y equidad que debe imperar en toda relación contractual.

Aquello, máxime si se tiene en cuenta que nuestro Consorcio cumplió oportunamente y cabalmente con la presentación de los Informes N° 1, 2, 3, 4, 5 y 6⁶ conforme a las exigencias de contenido y plazo previstas en el Contrato y sus correspondientes Términos de Referencia, no habiéndoseos aplicado penalidad alguna respecto a ninguno de ellos, lo que demuestra a las claras la actitud seria y responsable que hemos observado a lo largo de todo el contrato, llegando incluso a efectuar ajustes al Estudio que escapaban al marco de nuestras obligaciones, y estaban relacionados a las interferencias relatadas en los puntos 2.24 al 2.28, sin que ello haya ocasionado costo alguno para la Entidad, por lo que incluso, por un acto de reciprocidad, debiera compensarse dicho trabajo excepcional con cualquier eventual penalidad.

⁶ El Informe N° 1 (Componente Ingeniería), correspondiente a la Valorización 1, fue aprobado y tramitado para pago, sin penalidad alguna, mediante Memorándum N° 765-2012-MTC/20.6, el cual se sustentó en el Informe N° 009-2012-MTC/20.6.1/DAS.

El Informe N° 1 (Componente Ambiental) correspondiente a la Valorización 2, fue aprobado y tramitado para pago, sin penalidad alguna, mediante Memorándum N° 1865-2012-MTC/20.6, el cual se sustentó en el Informe N° 016-2012-MTC/20.6.1/DAS.

El Informe N° 2 (Componente Ingeniería), correspondiente a la Valorización 3, fue aprobado y tramitado para pago, sin penalidad alguna, mediante Memorándum N° 1948-2012-MTC/20.6, el cual se sustentó en el Informe N° 017-2012-MTC/20.6.1/DAS.

El Informe N° 2 (Componente Ambiental) correspondiente a la Valorización 4, fue aprobado y tramitado para pago, sin penalidad alguna, mediante Memorándum N° 3452-2012-MTC/20.6, el cual se sustentó en el Informe N° 024-2012-MTC/20.6.1/DAS.

El Informe N° 3, Borrador de Informe Final (Componente Ingeniería), correspondiente a la Valorización 5, fue aprobado y tramitado para pago, sin penalidad alguna, mediante Memorándum N° 4939-2012-MTC/20.6, el cual se sustentó en el Informe N° 034-2012-MTC/20.6.1/DAS.

El Informe N° 3, Borrador de Informe Final (Componente Ambiental) correspondiente a la Valorización 6, fue aprobado y tramitado para pago, sin penalidad alguna, mediante Memorándum N° 855-2013-MTC/20.6, el cual se sustentó en el Informe N° 004-2013-MTC/20.6.1/DAS.

A la reducción de penalidad que solicitamos en nuestra Pretensión Subordinada deberá adicionarse los intereses legales que se devenguen desde la fecha en que debió ser efectivizado el importe que corresponda, el mismo que deberá ser liquidados y, en su momento ordenado pagar, en el presente proceso arbitral, incluyendo las costas y costos del presente proceso arbitral, para lo cual invocamos y solicitamos se tenga en consideración el mismo sustento legal desarrollado en los puntos 2.32 al 2.35 de la presente demanda, en base al cual se debiera amparar nuestra Primera Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Subordinada.

IV. De la Contestación a la demanda arbitral y reconvención presentadas por PROVIAS NACIONAL, con fecha 19/08/15:

- 4.1 Mediante escrito de fecha 19/08/15 el demandado contesta la demanda y solicita que las pretensiones presentadas por la parte demandante sean declaradas infundadas en su oportunidad por carecer de todo sustento jurídico y por no contar con ningún medio probatorio mínimamente suficiente.

4.2 Antecedentes

Al exponer los fundamentos de su defensa, la parte demandada esgrime los siguientes fundamentos:

- Con fecha 20.09.2011, Proviás Nacional suscribió con el Consorcio Vial Puerto Bermúdez (Investigación y Control de Calidad S.A. Sucursal del Perú (INCOSA Sucursal Perú) – DREMC Consultores S.A.), el Contrato de Consultoría de Obra N° 068-2011-MTC/20 para la elaboración del Estudio Definitivo para la Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Puerto Bermúdez – San Alejandro, Tramo: Puerto Súngaro – Dv. San Alejandro, por el monto contractual de S/. 2'954 804.08 (Dos Millones Novecientos Cincuenta y Cuatro Mil Ochocientos Cuatro con 08/100 Nuevos Soles), incluido IGV, con precios referidos a Agosto del 2010; y un plazo de 270 días calendario.
- Mediante Oficio N° 2637-2011-MTC/20.6 del 05.10.2011, la Unidad Gerencial de Estudios de Proviás Nacional comunicó al Consorcio Vial Puerto Bermúdez, que el Inicio de Actividades para la elaboración del Estudio Definitivo sería el 17.10.2011.

 Del Adelanto Directo:

- Mediante Memorándum N° 5228-2011-MTC/20.6 de fecha 04.10.2011, la Unidad Gerencial de Estudios remitió a la Unidad Gerencial de Administración, el Informe N° 031-2011-MTC/20.6.1/DAS mediante el cual se recomendó se otorgue al Consorcio Vial Puerto Bermúdez, el Adelanto Directo de S/. 590,960.81 incluido IGV.

De la Penalidad:

- Mediante Carta N° 084-2012/CVPB recibido el 03.10.2012, el Consorcio Vial Puerto Bermúdez remitió a la Unidad Gerencial de Estudios - Proviñas Nacional, el Informe Final del Componente Ingeniería y Arqueología del Estudio Definitivo (Dentro del plazo contractual).
- Mediante Oficio N° 2601-2012-MTC/20.6 recibido el 27.10.2012, la Unidad Gerencial de Estudios - Proviñas Nacional remitió al Consorcio Vial Puerto Bermúdez, las Observaciones, por Primera vez, al Informe Final del Componente Ingeniería y Arqueología del Estudio Definitivo.
- Mediante Carta N° 088-2012/CVPB recibido el 05.11.2012, el Consorcio Vial Puerto Bermúdez remitió a la Unidad Gerencial de Estudios - Proviñas Nacional, el Levantamiento de Observaciones del Informe Final del Componente Ingeniería y Arqueología del Estudio Definitivo (Dentro del plazo contractual).
- Mediante Oficio N° 2861-2012-MTC/20.6 recibido el 23.11.2012, la Unidad Gerencial de Estudios - Proviñas Nacional remite al Consorcio Vial Puerto Bermúdez, las Observaciones, por Segunda vez, al Informe Final del Componente Ingeniería y Arqueología del Estudio Definitivo.
- Mediante Carta N° 091-2012/CVPB recibido el 03.12.2012, el Consorcio Vial Puerto Bermúdez remitió a la Unidad Gerencial de Estudios - Proviñas Nacional, el Segundo Levantamiento de Observaciones del Informe Final del Componente Ingeniería y Arqueología del Estudio Definitivo.
- Mediante Oficio N° 3036-2012-MTC/20.6 recibido el 20.12.2012, la Unidad Gerencial de Estudios - Proviñas Nacional remitió al Consorcio Vial Puerto Bermúdez, las Observaciones, por Tercera vez, al Informe Final del Componente Ingeniería y Arqueología del Estudio Definitivo.

- Mediante Carta N° 093-2012/CVPB recibido el 21.12.2012, el Consorcio Vial Puerto Bermúdez remitió a la Unidad Gerencial de Estudios – Provías Nacional, el Tercer Levantamiento de Observaciones del Informe Final (Suelos y Pavimentos) del Componente Ingeniería y Arqueología del Estudio Definitivo.
- Mediante Carta N° 001-2013/CVPB recibido el 25.01.2013, el Consorcio Vial Puerto Bermúdez remitió a la Unidad Gerencial de Estudios – Provías Nacional, el Tercer Levantamiento de Observaciones del Informe Final (Hidrología e Hidráulica) del Componente Ingeniería y Arqueología del Estudio Definitivo.
- Mediante Carta N° 025-2013/CVPB recibido el 22.07.2013, el Consorcio Vial Puerto Bermúdez remitió a la Unidad Gerencial de Estudios – Provías Nacional, el Informe Final del Estudio Definitivo.
- Mediante Carta N° 040-2013/CVPB recibido el 19.09.2013, el Consorcio Vial Puerto Bermúdez remitió a la Unidad Gerencial de Estudios – Provías Nacional, el Informe Final Actualizado del Estudio Definitivo.
- Mediante Carta N° 023-2014/CVPB recibido el 22.10.2014, el Consorcio Vial Puerto Bermúdez presentó a Provías Nacional, el Informe Final de los Metrados del Estudio Definitivo.
- Mediante Carta N° 024-2014/CVPB recibido el 23.10.2014, el Consorcio Vial Puerto Bermúdez presentó a Provías Nacional, el Informe Final de las Especificaciones Técnicas del Estudio Definitivo.
- Mediante Carta N° 025-2014/CVPB recibido el 28.10.2014, el Consorcio Vial Puerto Bermúdez presentó a Provías Nacional, el Informe Final de Costos y Presupuestos del Estudio Definitivo.
- Mediante Carta N° J/200-2014/CVPB recibido el 11.11.2014, el Consorcio Vial Puerto Bermúdez presentó a Provías Nacional, copia del estudio de Costos del Informe Final del Estudio Definitivo.
- Mediante Carta N° 030-2014/CVPB recibido el 25.11.2014, el Consorcio Vial Puerto Bermúdez presentó a Provías Nacional, el Resumen Ejecutivo, Memoria Descriptiva y Evaluación Económica del Informe Final del Estudio Definitivo.

4.3 RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Mediante Resolución Directoral N° 034-2015-MTC/20 recibido el 27.01.2015, se aprobó Administrativamente el Estudio Definitivo para la Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Puerto Bermúdez - San Alejandro, Tramo: Puerto Súngaro - Dv. San Alejandro.

El Consorcio Vial Puerto Bermúdez (Investigación y Control de Calidad S.A. Sucursal del Perú (INCOSA Sucursal Perú) - DREMC Consultores S.A.), no cumplió con presentar la Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra, razón por la cual, de conformidad con el artículo 179 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y el numeral 26.1 de la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato de Consultoría de Obra:

"Cuando el Contratista no presenta la liquidación en el plazo indicado, la entidad deberá efectuarla y notificarla dentro de los quince (15) días siguientes, a costo del contratista; si éste no se pronuncia de los cinco días (05) de notificado, dicha liquidación quedará consentida".

Mediante Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20 recibido el 26.02.2015, se aprobó la Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra N° 068-2011-MTC/20 para la elaboración del Estudio Definitivo para la Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Puerto Bermúdez - San Alejandro, Tramo: Puerto Súngaro - Dv. San Alejandro.

La Liquidación efectuada del Contrato de Consultoría de Obra del Estudio Definitivo para la Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Puerto Bermúdez - San Alejandro, Tramo: Puerto Súngaro - Dv. San Alejandro; aprobado con Resolución Directoral N° 034-2015-MTC/20 de fecha 21.01.2015 se ha elaborado teniendo en consideración el Estado Económico - Financiero remitido por la Unidad Gerencial de Administración con Memorándum N° 427-2015-MTC/20.2, en el que se ha efectuado el pago hasta la Valorización N° 07, quedando pendiente el pago de la Valorización N° 08, cuyo pago se considera en la referida liquidación; así como la diferencia por la actualización de los Índices de Precios al Consumidor (IPC) con reajustes aplicados a la fecha de la Valorización.

De la Penalidad:

De acuerdo, a la Cláusula Décimo Tercera: Penalidades del Contrato de Consultoría, podemos establecer lo siguiente:

0.10 x Monto	0.10 x 3'152 436.70
Penalidad diaria = soles/día inc. IGV.	= 4 670.28
F x Plazo	0.25 x 270

Penalidad por la demora de nueve (09) días correspondiente al Levantamiento de las Observaciones por 2da vez del Informe Final del 23.Nov.12 (Oficio N° 2861-2012-MTC/20.6) al 03.Dic.12 (Carta N° 091-2012/CVPB).

Penalidad por la demora de treinta y cinco (35) días correspondiente al Levantamiento de las Observaciones por 3ra vez del Informe Final del 20.Dic.12 (Oficio N° 3036-2012-MTC/20.6) al 21.Dic.12 (Carta N° 093-2012/CVPB - especialidad de Suelos y Pavimentos) y al 25.Ene.13 (Carta N° 001-2013/CVPB - Otras especialidades).

Por tanto, la penalidad aplicable es:

$$\text{Penalidad} = (09+35)* 4 670.28 = \text{S/. } 205\,492.32 \text{ inc. IGV.}$$

Cabe señalar, que mediante Informe N° 048-2013-MTC/20.6.1/CPT (Valorización N° 7 (Ambiental)), se aplicó a la Valorización N° 7 (Componente Ambiental) la penalidad ascendente a S/. 110,000.00 incluido IGV, quedando un saldo por descontar por penalidad de S/. 95,492.32 incluye IGV.

Estando a lo antes expuesto, el Costo Final del Contrato asciende a S/. 3'152,436.70 (Tres Millones Ciento Cincuenta y Dos Mil Cuatrocientos Treinta y Seis con 70/100 Nuevos Soles) incluido IGV.

Del resultado de la liquidación efectuada, existe un saldo a favor del Consorcio Vial Puerto Bermúdez (Investigación y Control de Calidad S.A. Sucursal del Perú (INCOSA Sucursal Perú) - DREMC Consultores S.A.) ascendente a S/. 281,722.96 (Doscientos Ochenta y Un Mil Setecientos Veintidós con 96/100 Nuevos Soles) incluido el IGV.

Es así que el neto a pagar a favor del Consorcio Vial Puerto Bermúdez asciende a S/. 186,230.64 (Ciento Ochenta y Seis Mil Doscientos Treinta con 64/100 Nuevos Soles) incluido IGV.

Por lo expuesto, queda claro que la Aplicación de la Penalidad fue determinada de acuerdo al numeral 14 de los Términos de Referencia y siempre en el marco de la Ley de Contrataciones y su Reglamento.

Por otro lado, el Consorcio Vial Puerto Bermúdez (Investigación y Control de Calidad S.A. Sucursal del Perú (INCOSA Sucursal Perú) - DREMC Consultores S.A.) manifiesta que por la aparición del Consorcio Servicios Viales (Contrato N° 042-2010-MTC/20) para la ejecución de trabajos de mejoramiento y mantenimiento para mejorar la transitabilidad de la Red Vial Nacional, alteraron la topografía del terreno, la estructura del pavimento, dimensiones y características de las obras de Arte.

Al respecto debemos de señalar:

- Mediante Oficio N° 2637-2011-MTC/20.6 del 05.10.2011, la Unidad Gerencial de Estudios de Proviñas Nacional comunicó al Consorcio Vial Puerto Bermúdez, que el Inicio de Actividades para la elaboración del Estudio Definitivo sería el 17.10.2011.

De acuerdo a los Términos de Referencia, se pactó respecto a la presentación de los Informes:

Descripción	Plazo	Fecha de Presentación
Informe de Avance N° 01	75 días de iniciado el Servicio	31.12.2011
Informe de Avance N° 02	140 días de iniciado el Servicio	05.03.2012
Borrador del Informe Final (N° 03)	250 días de iniciado el Servicio	23.06.2012
Informe Final (N° 04)	20 días de aprobado el BIF	13.07.12

Se precisa que de acuerdo a los Términos de Referencia los Trabajos de Campo terminaban el 05.03.2012.

Mediante Carta N° 009-2011/CVPB recibido el 06.10.2011, el Consorcio Vial Puerto Bermúdez comunicó a PVN, durante el recorrido realizado por sus especialistas los días 01.10.2011 y 02.10.2011 al Tramo: Puerto Súngaro - Dv. San Alejandro, se observó que el personal del Consorcio Servicios Viales (Proyecto Perú) venía ejecutando trabajos de mantenimiento de la vía y reposición de estructuras.

Mediante Carta N° 010-2011/CVPB recibido el 06.10.2011, el Consorcio Vial Puerto Bermúdez comunica a PVN, durante el recorrido realizado por sus especialistas los días 01.10.2011 y



02.10.2011 al Tramo: Puerto Súngaro - Dv. San Alejandro, se observó que el Consultor encargado del Tramo: Ciudad Constitución - Puerto Súngaro finaliza su tramo en la progresiva denominada Km. 112+110, entre otros.

Mediante Carta N° 013-2011/CVPB recibido el 14.10.2011, el Consorcio Vial Puerto Bermúdez presenta a PVN, el calendario de presentación de informes y recepción de observaciones, cronograma de barras mostrando el proyecto por etapas y el cronograma de ejecución de las actividades genéricas del estudio, programación GANT (muestra los tiempos de ejecución de las tareas a realizar y las metas a cumplir), diagrama de utilización del personal y diagrama de utilización de equipos.

Por lo expuesto, se concluye que el Consorcio Vial Puerto Bermúdez mediante las Cartas N° 009 y 010-2011/CVPB manifestó sobre la intervención del Consorcio Servicios Viales (Contrato N° 042-2010-MTC/20) y respecto a los trabajos realizados por el consultor en el Tramo: Ciudad Constitución - Puerto Súngaro; en ese sentido, el Jefe de Estudio y especialistas del Consorcio mediante Carta N° 013-2011/CVPB remitieron el calendario de presentación de informes y recepción de observaciones, cronograma de barras mostrando el proyecto por etapas y el cronograma de ejecución de las actividades genéricas del estudio, programación GANT (de donde se puede apreciar los tiempos de ejecución de las tareas a realizar y las metas a cumplir), diagrama de utilización del personal y diagrama de utilización de equipos.

Se precisa que los trabajos realizados por el Consorcio Servicios Viales (Contrato N° 042-2010-MTC/20) no afectaron la elaboración del estudio; toda vez que fueron tomados en cuenta por el Jefe de Estudio y especialistas del Consorcio mediante Carta N° 013-2011/CVPB.

Asimismo, de acuerdo a la Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20 que aprobó la Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra N° 068-2011-MTC/20 para la elaboración del Estudio Definitivo para la Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Puerto Bermúdez - San Alejandro, Tramo: Puerto Súngaro - Dv. San Alejandro; y los documentos consignados por el Consorcio Vial Puerto Bermúdez en su Demanda Arbitral; se concluye que los trabajos realizados por el Consorcio Servicios Viales (Contrato N° 042-2010-MTC/20) no afectaron en la elaboración del estudio; toda vez que no se aplicó penalidad en los Informes de Avance N° 01 y 02, los mismos que corresponden a trabajos de campo de acuerdo a los Términos de Referencia.



4.4 RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Conforme podrá apreciar el Tribunal Arbitral de nuestros argumentos de contestación de demanda referidos la primera pretensión principal, la liquidación elaborada por la Entidad se dio conforme al contrato y conforme a ley, razón por la que corresponde declarar infundada la presente pretensión.

Nótese que mediante el Oficio N° 442-2015-MTC/20 de fecha 09.03.2015, la Entidad hace suyo los argumentos expuestos en la Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20, RAZÓN POR LA CUAL NO EXISTE AFECTACION ALGUNA A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.

4.5 RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Conforme podrá apreciar el Tribunal Arbitral de nuestros argumentos de contestación de demanda referidos la primera y segunda pretensión principal, corresponde la Aplicación de las Penalidades, la misma que está sustentada de acuerdo a lo Términos de Referencia, Bases Integradas, Contrato de Consultoría de Obra N° 068-2011-MTC/20, Ley de Contrataciones y su Reglamento.

En ese contexto, no corresponde pago alguno de intereses legales, costos y costas a favor del Consorcio.

4.6 RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA

Tal y como se puede apreciar del contenido del escrito de demanda, el Consorcio en su afán de reducir el monto de la penalidad correctamente impuesta por la Entidad, señala que el objeto del contrato involucra dos grandes componentes y estos a su vez involucran 4 prestaciones diferenciadas, razón por la cual, al ser un contrato de ejecución periódica, correspondería aplicar la penalidad teniendo en consideración el monto y el plazo de la prestación parcial que habría sido incumplida y no el monto total del contrato.

Previamente a desvirtuar los argumentos del Consorcio, este tribunal arbitral debe tener presente que del propio contenido de la pretensión subordinada se puede apreciar el reconocimiento del consorcio respecto a la procedencia de las penalidades impuestas por la entidad,



siendo que no se cuestiona la causa de la penalidad sino sólo el monto de la misma.

Respecto a la pretensión subordinada, debemos de señalar que el Contrato de Consultoría de Obra N° 068-2011-MTC/20 establece en su Cláusula Tercera:

"Por el presente Contrato EL CONSULTOR se obliga a realizar para PROVIAS NACIONAL, EL ESTUDIO indicado en el Numeral 1.1 de la Cláusula Primera del presente Contrato, en concordancia con los Términos de Referencia, Bases Integradas, su Propuesta Técnica y Económica, revisadas y aceptadas por PROVIAS NACIONAL, y bajo los términos y condiciones estipulados en el Contrato." (Las negritas y el subrayado son nuestros).

Asimismo, en el Numeral 1.1. de la Cláusula Primera del Contrato se señala:

"Con fecha 30.12.2010, PROVIAS NACIONAL convocó el proceso de selección del Concurso Público N° 0043-2010-MTC/20, para seleccionar al Consultor que brindará la Consultoría de Obra para la Elaboración del Estudio Definitivo para la Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Puerto Bermúdez - San Alejandro, Tramo: Puerto Súngaro - Dv. San Alejandro."

Tal y como se puede apreciar, las partes pactaron la elaboración de un estudio definitivo, sólo uno, razón por la cual, la posición esgrimida por el consorcio raya en lo ilógico y vulnera flagrantemente lo pactado en el contrato de consultoría de obra N° 068-2011-MTC/20.

Nótese que conforme al referido contrato existía una sola prestación por parte del consorcio (elaboración del estudio) mientras que existía una sola contraprestación por parte de la entidad (pago por la elaboración del estudio). El hecho de que las partes hayan acordado el pago por armadas, no transforma la naturaleza jurídica del contrato de consultoría de obra a un contrato de trato sucesivo.

Este Tribunal Arbitral debe tener presente, que la Entidad ha actuado en todo momento dentro del marco de la buena fe contractual. Es así, que la imposición de penalidades se ha dado de conformidad con la Cláusula Décimo Tercera del Contrato de Consultoría de Obra N° 068-2011-MTC/20 y el numeral 14 de los Términos de Referencia.



Finalmente, y dado que la Entidad ha actuado dentro del marco legal y contractual, corresponder que se confirme la penalidad impuesta en la Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20.

RECONVENCIÓN

PROVIAS NACIONAL

Mediante escrito de fecha 19 de agosto de 215, reconviene planteando la siguiente pretensión:

"Que se declare la validez y eficacia de la Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20."

Sobre el particular, PROVIAS NACIONAL sustenta su pretensión reconvencional, en los argumentos esgrimidos a lo largo de su escrito de contestación de demanda.

CONSORCIO PUERTO VIAL BERMUDES

Mediante escrito de fecha 24 de setiembre de 2015, el Consorcio absuelve la reconvención señalando, entre otros, lo siguiente:

Provias reconoce en su escrito de contestación que existe un neto a pagar a favor del Consorcio ascendente a la suma de S/ 186,230.64 soles.

El único argumento que esbozan para negar la pretensión es que los trabajos realizados por el Consorcio Servicios Viales no afectaron la elaboración del Estudio a cargo del demandante.

El consorcio advirtió tempranamente que las estructuras que estaban siendo elaboradas por el Consorcio Servicios Viales deberían ser reemplazadas por estructuras con geometría y emplazamiento adecuados.

El consorcio ha informado sucesivamente sobre la intervención simultánea que el Consorcio Servicios Viales venía realizando, la cual, alteraba la configuración inicial del camino.

La alteración en el camino realizada por el Consorcio Servicios Viales generó la necesidad de un mayor espacio de tiempo para absolver las observaciones, incluso extemporáneas formuladas al informe final.



V. Fijación de Puntos Controvertidos y admisión de Medios Probatorios

- 5.1 Con fecha 13 de enero de 2016, se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, fijándose como puntos controvertidos los siguientes:

Respecto a la demanda (presentada el 17/07/15) y la contestación de la demanda (presentada el 19/08/15):

Primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare ineficaz y sin efecto legal alguno la Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20 mediante la cual se aprobó la Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra N° 068-2011-MTC/20, en el extremo que determinó una Penalidad total en contra de nuestro Consorcio, equivalente a la suma de Doscientos Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Dos con 32/100 Nuevos Soles (S/. 205,492,32) y, por ende, que no corresponde la imposición de penalidad alguna.

Primera Pretensión Accesoria a la primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a PROVÍAS NACIONAL el pago inmediato del importe retenido por concepto de penalidad, equivalente a Doscientos Cinco Mil y Cuatrocientos Noventa y dos y 32/100 Nuevos Soles (S/. 205,492.32), así como los intereses legales que se devenguen desde la fecha en que debió ser efectivizado dicho importe, los mismos que deberán ser liquidados y, en su momento ordenados pagar, en el presente proceso arbitral, incluyendo las costas y costos del presente proceso arbitral.

Primera Pretensión Subordinada a la primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral disponga la modificación y reducción del importe de la penalidad únicamente a la suma de S/. 19,261.00.

$$\text{Penalidad diaria} = \underline{0.10 \times \text{Monto}} = \underline{0.10 \times 295,480.41} = 437.75 \text{ soles/día}$$

inc. IGV

$$F \times \text{Plazo} \qquad \qquad \qquad 0.25 \times 270$$

En función a dicha fórmula y a los 09 y 35 días de demora que, indebidamente, nos imputan, resulta:

$$\text{Penalidad} = (09 + 35) * 437.75 = S/. 19,261.00 \text{ inc. IGV}$$

Primeras Pretensiones Accesorias a la primera pretensión subordinada: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral

ordene a PROVÍAS NACIONAL el pago inmediato del importe retenido por concepto de penalidad, equivalente a Doscientos Cinco Mil y Cuatrocientos Noventa y dos y 32/100 Nuevos Soles (S/. 205,492.32), descontando el importe de la penalidad que se ordene reducir en virtud de la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, a cuyo importe deberá adicionarse los intereses legales que se devenguen desde la fecha en que debió ser efectivizado dicho importe, el mismo que deberá ser liquidado y, en su momento ordenado pagar, en el presente proceso arbitral, incluyendo las costas y costos del presente proceso arbitral.

Respecto a la reconvención (presentada el 09/01/15) y la contestación de la reconvención (presentada el 03/03/15):

Primera pretensión reconvenida: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la validez y eficacia de la Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20.

- 5.2 Asimismo, el Tribunal Arbitral dejó establecido que se reservaba el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido.
- 5.3 Además, se declaró que si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros podría omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión.
- 5.4 En la misma audiencia se admitieron como medios probatorios los documentos ofrecidos tanto por el demandante como por el demandado. consistentes en:
- a. **De la demanda de fecha 17/07/15 y su escrito de ampliación y modificación de demanda de fecha 21/07/15, presentada por el CONSORCIO:**
- Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de demanda que figuran en el acápite 4 denominado "MEDIOS PROBATORIOS", los cuales figuran desde el numeral 1 al 27, conforme a la modificación de los numerales 17,18 y 19, la cual fue expuesta por el escrito de ampliación y modificación de demanda.
 - El mérito de las exhibiciones que deberá realizar PROVÍAS NACIONAL de los documentos descritos desde el numeral 8;



para tal fin, se le concede a la demandada el plazo de veinte (20) días hábiles, contado a partir de suscrita la presente Acta.

- El mérito de la Declaración Testimonial del señor Ingeniero David Astudillo Sánchez con el objeto que declare sobre el entorpecimiento que tuvo la prestación del servicio a cargo del CONSORCIO, como producto de la intervención en la zona de trabajo por parte del Consorcio Servicios Viales.

En este acto las partes se ponen de acuerdo que la audiencia de Declaración Testimonial será llevada a cabo con fecha XX/XX/16; por lo que la Secretaría Arbitral se encargará de contactarse con el testigo, conforme los datos brindados, a fin de que pueda asistir el mencionado día

b. De la contestación de demanda de fecha 19/08/15, presentada por PROVÍAS NACIONAL:

- Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de contestación de demanda que figuran en el acápite IX. denominado "MEDIOS PROBATORIOS", los cuales figuran en calidad de anexos desde el numeral 1.A al 1.V

c. De la reconvención de fecha 19/08/15 presentada por PROVÍAS NACIONAL:

- Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de reconvención que figuran en el acápite IX denominado "MEDIOS PROBATORIOS", los cuales figuran en calidad de anexos desde el numeral 1.A al 1.V

d. De la absolución de reconvención de fecha 24/09/15 presentada por el CONSORCIO:

Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de absolución de reconvención que figuran en el acápite 5., denominado "MEDIOS PROBATORIOS", los cuales figuran en calidad de anexos desde el numera 1 al 12.

- 5.5 El Tribunal Arbitral se reservó el derecho de solicitar medios probatorios de oficio en cualquier momento, de considerarlo necesario para el esclarecimiento de los hechos que sustentan la controversia que deberá ser materia de su decisión, de conformidad con las facultades



conferidas por el artículo 49º del Reglamento y por el artículo 43º del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje.

VI. Audiencia de Declaración de Testigos

Con fechas 13 de enero y 30 de marzo de 2016 se realizaron las Audiencias de Declaración de Testigos con la participación del Tribunal Arbitral y la asistencia de las partes. Dicha audiencia tuvo como finalidad que los testigos propuestos declaren ante el tribunal.

VII. De los documentos presentados en el presente arbitraje:

- 7.1 Mediante Resolución N° 10 de fecha 11 de marzo de 2016, se tuvo por presentados los documentos requeridos a PROVIAS Nacional, mediante Resolución N° 9, habiéndose puesto a conocimiento del CONSORCIO. Por lo que, PROVIAS presentó el Contrato N° 042-2010-MTC/20, así como el informe final elaborado en la ejecución del referido contrato resultan impertinentes para los fines del Contrato.
- 7.2 Mediante Resolución N° 12 de fecha 07 de abril de 2016, el Tribunal Arbitral, tuvo por presentados los anexos correspondientes al Contrato N° 42-2010-MTC/20. Asimismo, los informes N° 079-2012-MTC/20.1.6.1/LIM con fecha 15 de octubre de 2012, 086-2012-MTC/20.1.6.1/CDAC con fecha 24 de octubre de 2012 y 101-2012-MTC/20.1.6/JLIM con fecha 17 de diciembre de 2012, requeridos a PROVIAS mediante Resolución N° 11.
- 7.3 Mediante Resolución N° 15, el Tribunal Arbitral tiene por presentado el Informe Final de los servicios a que se contrae el Contrato N° 042-2010-MTC/20.

VIII. Cierre de Etapa Probatoria y Alegatos

- 1.1 Mediante Resolución N° 15 de fecha 13 de julio del 2016, se declaró finalizada la etapa probatoria del presente arbitraje y, en consecuencia, se otorgó a ambas partes el plazo de 5 días hábiles, computados a partir del día siguiente a su notificación, para que presenten sus alegatos escritos, pudiendo solicitar el uso de la palabra de considerarlo conveniente.
- 1.2 Con fecha 21 de julio de 2016, PROVIAS NACIONAL presenta sus alegatos escritos. En tanto, que el CONSORCIO presenta sus alegatos en fecha 25 de julio de 2016.

IX. Informe Oral

Con fecha 11 de agosto de 2016, se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación del Tribunal Arbitral, la parte demandante y la parte demandada y con la finalidad de que las partes informen oralmente sus alegatos finales.

X. Plazo para laudar

Mediante Resolución N° 17 de fecha 21 de octubre de 2016, el Tribunal Arbitral declaró que el arbitraje se encontraba en estado para laudar, por lo que fijó el plazo de treinta (30) días, prorrogables por treinta (30) días adicionales, para emitir el laudo arbitral.

XI. Prórroga del plazo para laudar

Mediante Resolución N° 18 de fecha 09 de diciembre de 2016, se prorrogó, el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, dicho plazo se contabilizará desde el día siguiente de vencido el plazo primigenio, esto es, desde el 16 de diciembre de 2016 venciendo en fecha 26 de enero de 2017.

CONSIDERANDOS:

1. Validez de la constitución del Tribunal y de lo actuado en este arbitraje.

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde precisar que en el presente Arbitraje no ha habido cuestionamiento alguno respecto a la competencia del Tribunal Arbitral, ni sobre la independencia de los señores árbitros, así como ningún cuestionamiento sobre la procedencia de este arbitraje. Asimismo, en este proceso no ha habido restricción de los derechos de las partes en este arbitraje, los que han sido ejercidos plenamente por ellas, al punto que jamás ha habido alegación o cuestionamiento por parte de alguna de ellas sobre este aspecto. En atención a ello, se verifica en el presente arbitraje, lo siguiente:

- (i) Que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes;
- (ii) Que no se formuló recusación contra los señores árbitros;
- (iii) Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios y han ejercido la facultad de presentar alegatos escritos y orales;

- (iv) Que el Tribunal ha revisado todos los medios probatorios aportados por las partes y las ha escuchado para luego proceder a evaluar detenidamente tanto los hechos, como el aspecto jurídico del presente caso;
- (v) Que este Tribunal Arbitral está procediendo a laudar dentro del plazo reglamentario correspondiente.

Verificado lo anterior, corresponde que este Tribunal se pronuncie respecto de las cuestiones controvertidas establecidas por el Tribunal como objeto de pronunciamiento, las que se han establecido en atención a las pretensiones y defensas que han planteado las partes en este arbitraje.

2. Sobre la materia controvertida respecto de la primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare ineficaz y sin efecto legal alguno la Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20 mediante la cual se aprobó la Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra N° 068-2011-MTC/20, en el extremo que determinó una Penalidad total en contra de nuestro Consorcio, equivalente a la suma de Doscientos Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Dos con 32/100 Nuevos Soles (S/. 205,492,32) y, por ende, que no corresponde la imposición de penalidad alguna.

2.1. Sobre las alegaciones de las partes:

- a) La parte demandante, al momento de formular su primera pretensión principal afirma que el 20 de setiembre de 2011 se suscribió el Contrato de Consultoría de Obra No. 068-2011-MTC/20 (en adelante, el Contrato) que tenía por objeto el estudio definitivo para la rehabilitación y mejoramiento de la carretera Puerto Bermúdez – San Alejandro, Tramo: Puerto Súngaro – Dv. San Alejandro.
- b) Conforme a lo pactado en el Contrato, este estudio comprendía dos componentes:
 - a. El componente de ingeniería que se encontraba bajo la administración y supervisión del propio Pro Vías Nacional, y,
 - b. El componente ambiental, que se encontraba bajo la supervisión de la Dirección general de Asuntos Socio Ambientales del MTC.
- c) Asimismo, se pactó en el numeral 4 del Contrato que se debía entregar 4 informes por cada componente, estableciéndose un porcentaje del

pago en función de la entrega de cada uno de ellos, hasta el informe final por cuya entrega se pagaría el 10% del monto de contrato, en el caso del componente ingeniería y 5% en caso del componente ambiental.

- d) El 5 de octubre de 2011, a través del Oficio No. 2637-2001-MTC/20.6 la Gerencia de Estudios de Proviñas Nacional comunicó a la parte demandante el inicio de las actividades para la elaboración del Estudio definitivo, a partir del 17 de octubre de 2011, aspecto respecto del cual no existe controversia entre las partes, como se puede apreciar de las alegaciones realizadas por ellas en sus actos postulatorios (punto 2.3 de la demanda y II.2. de la contestación de la demanda).
- e) La controversia entre las partes, de acuerdo a lo planteado en la demanda (numerales 2.5 y siguientes) surge debido a que en la liquidación del Contrato se considera un importe de S/. 205,492.32 por concepto de penalidades, el que se sustenta en el Informe No. 003-2015-MTC/20.6.1./CPT, de fecha 24 de febrero de 2015. Ese monto se extrae de la aplicación de dos penalidades:
 - 1. Penalidad por la demora de 9 días correspondiente al levantamiento de las observaciones por segunda vez del Informe Final del 23 de noviembre de 2012.
 - 2. Penalidad por la demora de 35 días correspondiente al levantamiento de las observaciones por tercera vez del Informe Final del 20 de diciembre de 2012.

Según lo señalado en el referido informe dicha penalidad se habría sustentado en la cláusula décimo tercera del Contrato y se habría aplicado multiplicando los 44 días de retraso total por el factor indicado en el contrato, el que a su vez fue determinado con base al monto total del Contrato:

- f) A juicio de la parte demandante no sería merecedora de la aplicación de ninguna penalidad, por lo que al habersele impuesto esta se está afectando la buena fe y el principio de legalidad. Las razones de ello son las siguientes, según la demanda:
 - 1. La aplicación de la penalidad requiere que la demora sea injustificada. Ello no ha ocurrido en este caso, puesto que mientras la demandante ejecutaba el Contrato, apareció otro Consorcio, Consorcio Servicios Viales, para intervenir en la misma zona en la que la parte demandante estaba realizando sus trabajos, lo que



"conllevó a que se altere la información levantada en campo por nuestro Consorcio respecto a la topografía, estructura del pavimento e inventario de obras de drenaje, situación que con posterioridad ocasionó las sucesivas observaciones que los profesionales especialistas de PVN realizaron a nuestro informe final" (numeral 2.25 de la demanda).

2. El informe final objeto de observación fue elaborado sobre la base del Borrador de Informe final que fuera aprobado por la PVN mediante Oficio No. 2158-2012-MTC/20.06 del 12 de setiembre de 2012, luego de haber tenido dos rondas de observaciones. Por lo tanto, cualquier observación al mismo si por razones ajenas a la demandante el informe final no se ajustaba a la realidad.
3. La demandada incurrió en un retraso en la revisión y formulación de observaciones, esto es, más allá de los 10 días hábiles que señalan los términos de referencia. Por ello, "cualquier observación fuera del plazo acordado no cumplirá la exigencia contractual acordada y, por ende, no podrá surtir efecto por haberse efectuado vulnerando lo establecido en los términos de referencia".
 - g) La parte demandada, por su parte, se defiende de la primera pretensión principal señalando que "la aplicación de la penalidad fue determinada de acuerdo al numeral 14 de los términos de referencia y siempre en el marco de la Ley de Contrataciones y su Reglamento" (numeral 13 del escrito de contestación a la demanda). Para fundamentar su posición, esgrime una serie de argumentos contra los esgrimidos por la parte demandante. Así, señala que los trabajos realizados por el Consorcio Servicios Viales no afectaron la elaboración del estudio que tenía que realizar la demandante, puesto que fueron tomados en cuenta por el Jefe del Estudio y especialistas del Consorcio, mediante carta No. 013-2011/CVPB. Asimismo, se señala que los trabajos realizados por el Consorcio Servicios Viales no afectaron la elaboración del estudio, dado que no se aplicó la penalidad en los informes de avance No. 01 y No. 02, que corresponden a los trabajos de campo de acuerdo a los términos de referencia.

Respecto a los otros argumentos, esgrimidos por la parte demandante, la parte demandada se limita a señalar en su contestación a la demanda, que la liquidación de penalidades se realizó conforme al Contrato.

✓ 87

2.2. Posición del Tribunal:

- a) Uno de los elementos que resulta importante establecer a efectos de resolver si se ampara o no la primera pretensión principal de la demanda, es determinar si la demora en la que se sustenta la aplicación de las penalidades es justificada o no.

En efecto, el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece la facultad de la Entidad de aplicarle al Contratista, una penalidad, en caso de "retraso injustificado". Esta misma disposición se encuentra en la cláusula 13.1. del Contrato, referidas a las penalidades.

En atención a la disposición normativa y contractual aplicable, antes reseñada, se hace preciso entonces establecer si existe alguna razón que justificara el atraso en el que incurrió el Contratista en el cumplimiento de su obligación. Es decir, se trata de establecer si existió un retraso en el cumplimiento de las obligaciones que le sea imputable al Contratista (demandante).

De la revisión del Informe No. 003-2015-MTC/20.6.1./CPT, de fecha 24 de febrero de 2015 que obra como medio probatorio del escrito de demanda, se aprecia que allí se le aplica al demandante 2 penalidades:

1. La primera penalidad se sustenta en la alegada demora de 9 días, correspondiente al levantamiento de las observaciones por segunda vez del Informe Final.

La observación que realiza por segunda vez la Entidad al Contratista, le fue informada a este último mediante el Oficio No. 2861-2012-MTC/20.6 de fecha 23 de noviembre de 2012 que se ofreció como medio probatorio de la demanda. La Entidad adjunta a dicho Oficio, 6 informes de 6 especialidades distintas en los que se sustentan esas observaciones:

Informe	Fecha	Especialidad
No. 084-2012-MTC/20.6	12/11/2012	Suelos y pavimentos
No. 065-2012-MTC/20.6	19/11/2012	Hidrología e hidráulica
No. 091-2012-MTC/20.6	16/11/2012	Estructuras
No. 064-2012-MTC/20.6	15/11/2012	Geología y geotecnia

No. MTC/20.6	096-2012- 20/11/2012	Costos presupuestos.	y
No. MTC/20.6	042-2012- 22/11/2012	Evaluación económica	

A fin de determinar la validez o no de la aplicación de esta penalidad, el Tribunal considera fundamental hacer un recuento los hechos relativos a la presentación del Informe Final, así como a su primera observación. Así, conforme se aprecia de los medios probatorios, ofrecidos por la partes en este proceso:

- (i) Mediante Carta No. 084-2012/CVPB del 3 de octubre de 2012, recibida por la Entidad el mismo día, el demandante remitió el informe final, relativo al componente de ingeniería y arqueología. Las partes no han objetado la oportunidad en la que fue presentado el informe final, no siendo por ello punto controvertido.
- (ii) El informe final fue objeto de una "primera observación" que le fue comunicada por la Entidad al Contratista, mediante Oficio No. 2601-2012-MTC/20.6 de fecha 26 de octubre de 2012, pero recibida por el Contratista, el 27 de octubre de 2012.

De acuerdo a lo que se aprecia de este medio de prueba, la "primera observación" fue notificada 24 días calendario y 16 días hábiles después de haber recibido el Informe.

Asimismo, las observaciones se realizaron en las siguientes especialidades: suelos y pavimentos, estructuras, trazo y diseño vial y seguridad vial, geología y geotecnia, costos y presupuestos, tráfico, evaluación económica y componente CIRA y PMA.

- (iii) Mediante carta No. 088-2012/CVPB de fecha 31 de octubre de 2012, recibida por la Entidad, el 5 de noviembre de 2012, el Contratista levanta las observaciones realizadas.
- (iv) Posteriormente, mediante Oficio No. ~~2861-2012-MTC/20.G~~ de fecha 23 de noviembre de 2012 y

recibido por el Contratista el mismo día, la Entidad se pronuncia sobre el levantamiento de observaciones realizado, haciendo otras observaciones.

Sobre este medio probatorio, se debe señalar que dicho Oficio fue remitido 18 días calendario y 12 días hábiles después de haber recibido la carta del Contratista.

Asimismo, comparando este Oficio, con el Oficio mediante el cual se realizan las "primeras observaciones", se aprecia que en este segundo Oficio, se incorpora la especialidad de hidrología e hidráulica que no fue objeto de las primeras observaciones.

- (v) Mediante carta No. 091-2012/CVPB remitida por el demandante el 30 de noviembre de 2012 y recibida por la Entidad el 3 de diciembre de 2012, se envía el levantamiento de observaciones No. 2.

Le penalidad se sustenta precisamente en que a criterio de la Entidad, estas segundas observaciones fueron levantadas con 9 días de retraso. En atención a lo alegado por las partes, es necesario determinar si la aplicación de dicha penalidad es válida o no.

De acuerdo a lo pactado en la cláusula séptima del Contrato, forman parte integrante de este, las bases integradas, la oferta ganadora y los documentos derivadas del proceso de selección que establezcan obligaciones entre las partes. En atención a ello, la conformidad de la actuación de las partes a lo pactado en el Contrato supone el análisis de los documentos contractuales que forman parte del acuerdo que las vincula.

Así, el numeral 14.1 de los Términos de Referencia señala que Provías Nacional formulará las observaciones dentro de plazo de 10 días hábiles siguientes a la recepción del Informe.

Analizando los oficios No. 2601-2012-MTC/20.6 y 2861-2012-MTC/20.G, ninguno de estos se presentaron dentro de plazo antes señalado. Dado que la controversia gira específicamente en torno a las observaciones que se formularon en el Oficio 2861-2012-MTC/20.G, al haberse realizado fuera del plazo establecido en el

Contrato, no resulta válido y por lo tanto, **no era obligación del Contratista de absolverlas, por lo que resulta menos aun exigible una penalidad por no haber cumplido con subsanarlas.**

Sin perjuicio que el defecto antes anotado es suficiente para amparara la primera pretensión principal, respecto de la penalidad por los 9 días de atraso, dado que se ha invocado también una afectación al principio de buena fe, este Tribunal considera que una expresión de dicho principio al momento de formular las observaciones está en el hecho que en un primer momento se esgriman todas las observaciones que existan sobre los entregables, y que no vayan apareciendo observaciones adicionales sucesivas.

Por ello, analizando los documentos que obran en el expediente, se aprecia que en el Informe No. 084-2012-MTC/20.6.1/JMG relativa a suelos y pavimentos, se establece que la observación consiste en que el Consultor no habría incluido las obras de arte y drenaje en las secciones transversales, necesarias para verificar el diseño de la subrasante. Sin embargo, en este informe no se indica que las observaciones realizadas en esta área en un primer momento no hayan sido levantadas, sino que se incorporan observaciones distintas a aquellas que se formularon en un momento anterior. Caso distinto, es el del Informe No. 091-2012-MTC/20.6.1/CDAC, en el que sí se menciona de modo expreso que las observaciones formuladas en el primer informe no han sido levantadas.

En tal razón la posibilidad de volver a observar los entregables del Consultor no habilita a incorporar observaciones que no fueron previamente señaladas, pues ello supondría una forma de burlar el plazo que se ha establecido por las partes para su debida formulación. En atención a ello, el hecho de incorporar observaciones distintas en la segunda oportunidad supone una afectación a la buena fe y a lo pactado en el Contrato.

Sobre estos dos aspectos antes analizados no existe ninguna argumentación realizada por la parte demandada ni en su escrito de contestación, ni en los alegatos.

Otro aspecto que ha sido invocado por la parte demandante como sustento de su primera pretensión principal fue es la presencia del Consorcio Servicios Viales. El demandante señala que esta presencia fue gravitante en las observaciones realizadas por Proviñas Nacional (numeral 2.23 y siguientes de la demanda). La

parte demandada señala, por el contrario, que los trabajos realizados por el Consorcio Servicios Viales no afectaron la elaboración de estudio, toda vez que fueron tomados en cuenta por el Consorcio demandante (páginas 8, 9 y 10 de la contestación de la demanda).

En atención a lo esgrimido por las partes durante este arbitraje, no es un punto controvertido, la presencia en la zona del Consorcio Servicios Viales, pues ambas coinciden en que estuvo, sino si su presencia fue determinante para la demora que justificó la imposición de penalidades. En ese sentido, dado que en este punto estamos analizando, la penalidad impuesta por el retardo de 9 días, es preciso mencionar que no existe medio probatorio alguno que permita inferir que la presencia de dicho Consorcio haya generado la demora en la presentación de la absolución a la segunda observación realizada. Es más, analizados los informes que el Consorcio demandante indica que son los que sustentan esta relación entre presencia del Consorcio Servicios Viales y retraso en la presentación de la absolución de la segunda observación (numeral 2.27 de la demanda), solo tres de ellos se refieren a la segunda observación (No. 084-2012-MTC/20.1.6/JMG, No. 091-2012-MTC/20.1.6/CDAC y No. 096-2012-MTC/20.1.6/JLIM).

2. La segunda penalidad corresponde a la alegada demora de 35 días correspondiente al levantamiento de las observaciones por tercera vez del Informe Final del 20 de diciembre de 2012 al 21 de diciembre de 2012 y al 25 de enero de 2013.

La observación que realiza por tercera vez la Entidad al Contratista, le fue informada a este último mediante el Oficio No. 3036-2012-MTC/20.6 de fecha 20 de diciembre de 2012 que se ofreció como medio probatorio de la demanda. La Entidad adjunta a dicho Oficio, 7 informes de 7 especialidades distintas en los que se sustentan esas observaciones:

Informe	Fecha	Especialidad
No. 090-2012-MTC/20.6.1/HCP	10/12/2012	Suelos y pavimentos
No. 084-2012-MTC/20.6.1/JMG	17/12/2012	Trazo y diseño geométrico
No. 072-2012-MTC/20.6.1/ARG	20/12/2012	Hidrología e hidráulica
No. 101-2012-	17/12/2012	Estructuras



MTC/20.6.1/CDAC		
No. 072-2012- MTC/20.6/DEOG	13/12/2012	Geología y geotecnia.
No. 110-2012- MTC/20.6.1/JLIM	12/12/2012	Costos y presupuestos.
No. 098-2012- MTC/20.6.3/YBC	12/12/2012	Arqueología CIRA - PMA

Como ha sido expuesto, mediante carta No. 091-2012/CVPB remitida por el demandante el 30 de noviembre de 2012 y recibida por la Entidad el 3 de diciembre de 2012, el Consultor envía el levantamiento de observaciones No. 2. Mediante Oficio No. 3036-2012-MTC/20.6 de fecha 20 de diciembre de 2012, recibido por el Consultor ese mismo día, se comunica las observaciones realizadas por tercera vez. Estas observaciones fueron levantadas mediante dos cartas, la No. 093-2012-CVPB 8de fecha 21 de diciembre de 2012, recibida por la Entidad el 26 de diciembre de 2012, en la que se levantan las observaciones relativas a suelos y pavimentos) y la carta No. 001-2013/CVPB (de fecha 24 de enero de 2013, recibida por la Entidad el 25 de enero de 2013, en la que se levantan observaciones en hidrología e hidráulica, geotecnia, estructuras y costos).

La penalidad se sustenta precisamente en que a criterio de la Entidad, estas tercera observaciones fueron levantadas con 35 días de retraso. En atención a lo alegado por las partes, es necesario determinar si la aplicación de dicha penalidad es válida o no.

Como hemos antes señalado, el numeral 14.1 de los Términos de Referencia señala que Proviñas Nacional formulará las observaciones dentro de plazo de 10 días hábiles siguientes a la recepción del Informe.

El Oficio 3036-2012-MTC/20.G, que contiene las tercera observaciones, fue notificado al Consultor 13 días hábiles después de haberse comunicado el levantamiento de las segundas observaciones, razón por la cual, al haberse realizado fuera del plazo establecido en el Contrato, no resultan válidas y por lo tanto, **no era obligación del Contratista de absolverlas, por lo que resulta menos aun exigible una penalidad por no haber cumplido con subsanarlas.**

Sin perjuicio que el defecto antes anotado es suficiente para amparar la primera pretensión principal, respecto a los 35 días de atraso, dado que se ha invocado también en este caso una afectación al principio de buena fe, este Tribunal – como ya ha sido expuesto- considera que una expresión de dicho principio al momento de formular las observaciones está en el hecho que en un primer momento se esgriman todas las observaciones que existan sobre los entregables, y que no vayan apareciendo observaciones adicionales sucesivas.

Por ello, analizando los documentos que obran en el expediente, se aprecia que en el Oficio No. 3036-2012-MTC/20.6 aparecen especialidades que no aparecen en su antecedente, el Oficio No. 2861-2012-MTC/20.6, como trazo y diseño geométrico y arqueología CIRA - PMA. En atención a ello, el hecho de incorporar observaciones distintas en la segunda oportunidad supone una afectación a la buena fe y a lo pactado en el Contrato.

Sobre estos dos aspectos antes analizados, como ya se expuso, no existe ninguna argumentación realizada por la parte demandada ni en su escrito de contestación, ni en los alegatos.

Sobre el otro aspecto que ha sido invocado por la parte demandante como sustento de su primera pretensión principal (la presencia del Consorcio Servicios Viales) de los informes que el Consorcio demandante indica que son los que sustentan la relación entre presencia del Consorcio Servicios Viales y retraso en la presentación de la absolución de la segunda observación (numeral 2.27 de la demanda), solo dos de ellos se refieren a la tercera observación (No. 101-2012-MTC/20.1.6/CDAC y No. 110-2012-MTC/20.1.6/CDAC), no apreciándose de su lectura, relación alguna entre la observación que se formula y la presencia del Consorcio Servicios Viales.

Por las razones antes expuestas, este Tribunal concluye que sí corresponde declarar ineficaz y sin efecto legal alguno la Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20 mediante la cual se aprobó la Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra N° 068-2011-MTC/20, en el extremo que determinó una Penalidad total en contra del Consorcio, equivalente a la suma de Doscientos Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Dos con 32/100 Nuevos Soles (S/. 205,492.32) y por ende, que no corresponde la imposición de penalidad alguna.

3. Sobre la segunda pretensión principal, consistente en que el Tribunal declare ineficaz y sin efecto legal alguno el Oficio N° 442

2015-MTC/20, de fecha 9 de marzo de 2015, mediante el cual refiriéndose a la disconformidad expresada mediante carta No. 005-2015-CVPB contra la liquidación de obra aprobada mediante Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20, Provías Nacional comunica que se ratifica en todos los extremos de la Resolución Directoral emitida.

Si bien en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, no se fijó un punto controvertido respecto a esta segunda pretensión, este Tribunal tiene la obligación de pronunciarse respecto a ella, mas aun si las partes han esgrimido sus argumentos respecto de ella en todo este proceso, incluso en sus alegatos finales. Por ello, dada la estrecha vinculación entre los argumentos y los medios de prueba en la que se sustenta la posición de las partes respecto de esta pretensión, y los de la primera, así como no habiendo restricción a derecho de defensa alguno de ninguna de las partes, dado que ambas han esgrimido sus razones sobre esta pretensión a lo largo de esta arbitraje, corresponde emitir este pronunciamiento.

Mediante Carta No. 005-2015-CVPB de fecha 3 de marzo de 2015, recibida por Provías Nacional el 4 de marzo de 2015, el Consultor, observó la liquidación de practicada por la Entidad, en la que se incorpora las penalidades a las que nos hemos referido al resolver la primera pretensión principal. Conforme a lo señalado en dicha comunicación, a ella se acompaña una liquidación practicada por el Consultor. Esta carta fue respondida por al Entidad, a través del Oficio No. 442-2015-MTC/20, mediante el cual la Entidad responde señalando: "Al respecto, esta Dirección Ejecutiva se ratifica en todos sus extremos respecto a la Resolución Directoral No. 109-2015-MTC/20". Al hacerlo, no esgrime ninguna razón ni fundamentación.

Al contestar la demanda, Provías Nacional señala sucintamente que al haberse indicado en el Oficio No. 442-2015-MTC/20 que se hacían suyos los argumentos expuestos en la Resolución Directoral No. 109-2015-MTC/20 no hay afectación alguna a los derechos del Consultor.

Uno de los deberes de la administración es el de motivar los actos administrativos, más aun si resuelve el pedido de un particular, como es lo que se hace, al momento de absolver las observaciones a la liquidación. Esto se deriva de lo señalado por el artículo IV.1.2. de la Ley 27444. Motivar haciendo una simple referencia a lo que se señala en otro acto, no es motivar, menos aun cuando no existe pronunciamiento sobre las alegaciones formuladas en la carta mediante la cual se han hecho las objeciones.

Por lo demás, las razones expresadas en la en la Resolución Directoral No. 109-2015-MTC/20 al momento de imponer penalidades son incorrectas, como ha quedado dicho al resolver la primera pretensión principal. Son incorrectas en tanto que, como se ha expuesto largamente al resolver la primera pretensión principal, se sustentan en observaciones realizadas fuera del plazo señalado en el Contrato y por ser nuevas observaciones a las formuladas en la primera oportunidad.

Las dos partes aceptan que los fundamentos relativos a esta pretensión son los mismos que aquellos que fundamentaban su posición sobre la primera pretensión principal, pues en los escritos ambas partes han hecho remisión a los argumentos señalados para fundamentar su posición sobre la primera pretensión principal. Eso es efectivamente así, razón por la cual este Tribunal se remite a lo ya señalado para resolver la primera pretensión principal.

En ese sentido, al ser inválidos los argumentos para imponer las penalidades, son inválidos también los que fundamentan el rechazo a las observaciones formuladas por el Consultor a la liquidación, lo que debe llevar a amparar la segunda pretensión principal.

En consecuencia, el Tribunal considera que corresponde declarar ineficaz y sin efecto legal alguno el Oficio No. 442-2015-MTC/20, de fecha 9 de marzo de 2015, mediante el cual, refiriéndose a la disconformidad expresada por el Consorcio mediante carta No. 005-2015-CVPB contra la liquidación de obra aprobada mediante Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20, Proviás Nacional comunica que se ratifica en todos los extremos de la Resolución Directoral emitida.

4. Sobre la materia controvertida relativa a la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a PROVIAS NACIONAL el pago inmediato del importe retenido por concepto de penalidad, equivalente a Doscientos Cinco Mil y Cuatrocientos Noventa y dos y 32/100 Nuevos Soles (S/. 205,492.32), así como los intereses legales que se devenguen desde la fecha en que debió ser efectivizado dicho importe, los mismos que deberán ser liquidados y, en su momento ordenados pagar, en el presente proceso arbitral, incluyendo las costas y costos del presente proceso arbitral.

Esta pretensión ha sido planteada en la demanda, como una pretensión accesoria. De conformidad a lo establecido en el artículo 87 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al arbitraje, una pretensión es accesoria cuando, de ampararse la principal, corresponde ~~también~~ ampararse aquella que es planteada como accesoria. Esta relación entre



las pretensiones se da, en la medida que existe una causa petendi idéntica entre aquella de la pretensión planteada como principal y su accesoria.

En efecto, en la primera pretensión principal, el demandante ha cuestionado la validez de la aplicación de la penalidad, por lo tanto, como accesoria exige que se le pague el importe retenido por concepto de penalidad, equivalente a Doscientos Cinco Mil y Cuatrocientos Noventa y dos y 32/100 Nuevos Soles (S/. 205,492.32), así como los intereses legales que se devenguen desde la fecha en que debió ser efectivizado dicho importe. Esa relación de accesoriedad no ha sido cuestionada por la Entidad, la que, por el contrario, en la página 10 y 11 de su contestación de la demanda se ha remitido a las razones de defensa esgrimidas para contestar la primera pretensión principal.

Atendiendo a que en este laudo se han expuesto ampliamente las razones por las cuales es inválida la aplicación de las penalidades, y se ha llegado a la conclusión de que no correspondía hacerlo, deviene como inmediata consecuencia el hecho que se deba pagar el importe retenido por concepto de penalidad. A esta suma, además, deberá agregarse el monto de los intereses, de conformidad a lo señalado en el artículo 48 de Ley de Contrataciones con el Estado, así como de acuerdo a lo dispuesto en cláusula 5.2. del Contrato, contados desde la fecha en que debió realizarse el pago de dicho importe, esto es, 10 días calendario después de haberse emitido el Oficio No. 442-2015-MTC/20, de fecha 9 de marzo de 2015, según lo establecido en 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, por lo que los intereses deberán computarse a la tasa de interés legal desde el 19 de marzo de 2015, hasta la fecha efectiva de pago.

Por lo tanto el Tribunal considera que sí corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a PROVIAS NACIONAL el pago inmediato del importe retenido por concepto de penalidad, equivalente a Doscientos Cinco Mil y Cuatrocientos Noventa y dos y 32/100 Nuevos Soles (S/. 205,492.32), así como los intereses legales que se devenguen desde el 19 de marzo de 2015 hasta la fecha efectiva de pago, debiéndose aplicar la tasa de interés legal.

En este punto controvertido se planteó también el pago de costos y costas del proceso arbitral, pero dada la naturaleza de esta pretensión, será analizada al final, según lo permitido por las Reglas de este arbitraje.

5. Sobre la materia controvertida relativa a la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal: Determinar si

corresponde o no que el Tribunal Arbitral disponga la modificación y reducción del importe de la penalidad únicamente a la suma de S/. 19,261.00.

$$\begin{array}{l} \text{Penalidad diaria} = 0.10 \times \text{Monto} = 0.10 \times 295,480.41 = 437.75 \\ \text{soles/día inc. IGV} \\ \hline Fx Plazo & 0.25 \times 270 \end{array}$$

En función a dicha fórmula y a los 09 y 35 días de demora que, indebidamente, nos imputan, resulta:

$$\text{Penalidad} = (09 + 35) * 437.75 = S/. 19,261.00 \text{ inc. IGV}$$

El artículo 87 del Código Procesal Civil define a las pretensiones subordinadas como aquellas respecto de las cuales cabe pronunciarse en caso de haberse desestimado aquella propuesta como principal. En este caso, al haberse amparo la primera pretensión principal que es aquella a la que se subordinó la pretensión que es objeto de análisis, no corresponde emitir pronunciamiento sobre esta pretensión.

6. Sobre la materia controvertida relativa a la primera pretensión accesoria a la primera pretensión subordinada: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a PROVIAS NACIONAL el pago inmediato del importe retenido por concepto de penalidad, equivalente a Doscientos Cinco Mil y Cuatrocientos Noventa y dos y 32/100 Nuevos Soles (S/. 205,492.32), descontando el importe de la penalidad que se ordene reducir en virtud de la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, a cuyo importe deberá adicionarse los intereses legales que se devenguen desde la fecha en que debió ser efectivizado dicho importe, el mismo que deberá ser liquidado y, en su momento ordenado pagar, en el presente proceso arbitral, incluyendo las costas y costos del presente proceso arbitral.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 87 del Código Procesal Civil la pretensión accesoria es aquella que sigue la suerte de la pretensión principal. Esta pretensión accesoria ha sido vinculada a la pretensión subordinada a la primera pretensión principal, pretensión respecto de la cual en este laudo se ha establecido que carece de objeto un pronunciamiento al haber sido ampara la primera pretensión principal. Es por ello que tampoco existe razón de emitir pronunciamiento sobre esta pretensión accesoria.

7. Sobre la materia controvertida relativa a la Primera pretensión reconvenida: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la validez y eficacia de la Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20.

El asunto controvertido que se plantea con esta pretensión es idéntico a aquel que se plantea con la primera pretensión principal de la demanda. En atención a ello los elementos para analizar esta cuestión controvertida son los mismos que se analizaron para la primera pretensión principal de la demanda. En este laudo se ha establecido ya que la Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20 es inválida por las razones ampliamente detalladas al resolver la primera pretensión principal, en razón a ello es que no se puede amparar la pretensión planteada en la reconvención, debiéndose declarar infundada, más aun si al momento de plantearse la reconvención no se incorporan elementos de juicio distintos a aquellos que fueron tomados en consideración al resolver la primera pretensión principal.

En tal razón, el Tribunal determina que no corresponde declarar la validez y eficacia de la Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20.

8. Sobre los costos y costas de este arbitraje.

La parte demandante ha solicitado de modo expreso el pago de los costos del arbitraje.

Pues bien, de conformidad con lo establecido por el artículo 104º del Reglamento Arbitral, los costos del arbitraje (que según su artículo 103º incluyen los honorarios arbitrales, los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y los honorarios de los abogados de las partes, entre otros) serán distribuidos de acuerdo a lo pactado por las partes en el convenio arbitral y, a falta de acuerdo, serán de cargo de la parte vencida. Sin perjuicio de ello, el mismo artículo señala que los árbitros podrán disponer la distribución de los costos del arbitraje entre las partes, si lo considera atendible de acuerdo a lo ocurrido en el proceso arbitral.

En ese sentido, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes (en torno a la distribución de los costos arbitrales), y considerando el resultado o sentido de este laudo, así como el comportamiento procesal de las partes, este Tribunal Arbitral estima que es razonable regular el pago de los costos del arbitraje de la siguiente manera:

- 1) Cada una de las partes asumirá los honorarios de su defensa legal, en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar, incluyendo honorarios de abogados, peritos, etc.

2) La Entidad asumirá el pago total de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaría arbitral, que cada una ha pagado en este arbitraje.

En atención a los fundamentos expuestos, este Tribunal Arbitral,

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL y en consecuencia, declarar ineficaz y sin efecto legal alguno la Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20 mediante la cual se aprobó la Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra N° 068-2011-MTC/20, en el extremo que determinó una Penalidad total en contra del Consorcio demandante, equivalente a la suma de Doscientos Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Dos con 32/100 Nuevos Soles (S/. 205,492,32) y, por ende, que no corresponde la imposición de penalidad alguna.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL y en consecuencia, declarar ineficaz y sin efecto legal alguno el Oficio N° 442-2015-MTC/20, de fecha 09.MAR.2015, mediante el cual, refiriéndose a la disconformidad expresada mediante la Carta N° 005-2015-CVPB contra la Liquidación de Obra aprobada por Resolución Directoral N° 109-2015-MTC/20, PVN se comunica que se ratifica en todos los extremos de la Resolución Directoral emitida.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL y en consecuencia, se ordena a Provías Nacional el pago inmediato del importe retenido por concepto de penalidad, equivalente a Doscientos Cinco Mil y Cuatrocientos Noventa y dos y 32/100 Nuevos Soles (S/. 205,492.32), así como los intereses legales que se devenguen desde el 19 de marzo de 2015 hasta la fecha efectiva de pago, debiéndose aplicar la tasa de interés legal.

CUARTO: DECLARAR que no corresponde pronunciarse sobre PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.

QUINTO: DECLARAR que no corresponde pronunciarse sobre la PRIMERA PRETENSIÓN accesoria a la primera pretensión SUBORDINADA.

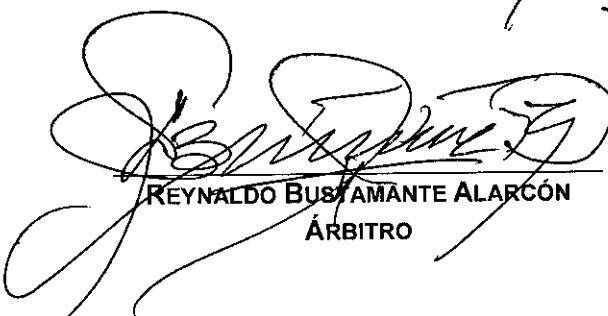
SEXTO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión planteada en la reconvenCIÓN.

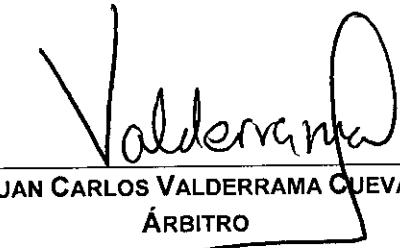
SÉTIMO: DISPONER que cada una de las partes asuma los honorarios de su defensa legal, en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a



pagar, incluyendo honorarios de abogados, peritos, etc.; y **ORDENAR** a Provías Nacional que asuma el pago total de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, que cada una ha pagado en este arbitraje. En este último caso, Provías Nacional deberá reembolsar al Consorcio lo que este hubiere pagado por concepto de honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral.


GIOVANNI PRIORI POSADA
PRESIDENTE


REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN
ÁRBITRO


JUAN CARLOS VALDERRAMA CUEVA
ÁRBITRO

Exp. No. 647-51-15
CONSORCIO VIAL PUERTO BERMÚDEZ - PROVIAS NACIONAL

Resolución No. 24

Lima, 10 de abril de 2017

1. El 10 de febrero el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provías Nacional (en adelante, PROVÍAS NACIONAL o el demandado) presentó un “recurso contra laudo” solicitando la interpretación, integración y exclusión del laudo arbitral. Este escrito fue absuelto mediante escrito del 3 de marzo de 2017 presentado por el Consorcio Vial Puerto Bermúdez (en adelante, EL CONSORCIO o el demandante).
2. Este Tribunal considera relevante para efectos de resolver los recursos planteados por el demandado definir cada uno de ellos, de manera que podamos analizar, en primer lugar, la procedencia de los mismos.
3. En atención a lo establecido en el artículo 58.1 del DL1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, el recurso de interpretación tiene como finalidad que “cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución”; por su parte, el recurso de integración sirve en los casos en los que se hubiese “omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral”; y, por último el recurso de exclusión sirve para –valga la redundancia– excluir del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.
4. Por su parte, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución de Conflictos de la PUCP establece para el recurso de interpretación que este tiene como finalidad “aclarar un extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución”; por su parte, el recurso de integración busca “subsanar la omisión en resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión de los árbitros”; y, finalmente, el recurso de exclusión serviría “para retirar del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión de los árbitros o no sea susceptible de arbitraje”
5. Ahora bien, del escrito presentado por el demandado, se puede apreciar que el mismo plantea en el subcapítulo denominado “falta de motivación y/o motivación defectuosa”, las que entendemos son sus causales de integración e interpretación

del laudo arbitral (numerales 1 al 12). En ese sentido, debemos considerar los argumentos ahí desarrollados por el demandado, e interpretarlos de acuerdo a lo señalado anteriormente respecto de cada uno de estos recursos.

6. El primer argumento del demandado es que este Colegiado habría omitido señalar si las observaciones realizadas por el Provías Nacional eran necesarias o no, habiendo únicamente evaluado la formalidad de dichas penalidades. Respecto de este argumento, debemos señalar que el Tribunal Arbitral ha señalado de manera expresa las razones por las cuales consideramos que en tanto las observaciones fueron realizadas fuera del plazo pactado en el contrato estas no resultan válidas (páginas 40 a 44 del laudo arbitral). En ese sentido, **NO CABE PRONUNCIARNOS RESPECTO AL CONTENIDO DE ESTAS, EN TANTO LAS MISMAS SON INVALIDAS**. De esta forma, no es posible integrar este extremo en el laudo, en tanto existe un pronunciamiento expreso respecto de este hecho en el mismo, y por lo tanto no existe ninguna omisión. Asimismo, no es posible interpretar este extremo, en tanto existe un pronunciamiento claro, no existiendo ningún extremo oscuro, impreciso, o dudoso: lo señalado en el laudo arbitral es claro.
7. Por otro lado, el segundo argumento del demandado señala que "el Tribunal no ha emitido pronunciamiento respecto de nuestros argumentos referidos al hecho que en el Contrato existía una sola prestación por parte del Consorcio (elaboración del estudio) mientras existía una sola contraprestación por parte de la Entidad (pago por la elaboración del estudio)". Respecto a este argumento, debemos señalar que el mismo no ha sido abordado, en tanto consistía uno de los argumentos esbozados respecto de la **PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA** de la demanda, y como hemos señalado en la página 48 del laudo arbitral, de acuerdo a lo establecido en el artículo 87 del Código Procesal Civil, únicamente existe una obligación de pronunciarse respecto de las pretensiones subordinadas, en caso la pretensión principal se hubiese desestimado. En ese sentido, al haber declarado FUNDADA la Primera Pretensión Principal del demandante, **no existe obligación de este Tribunal de pronunciarse respecto de los argumentos de la Pretensión Subordinada a esta**. Habiendo dicho lo anterior, debemos señalar que no cabe interpretar el extremo señalado por el demandado, en tanto este no existe ningún extremo oscuro, impreciso o dudoso en el laudo arbitral; asimismo, no cabe integrar el extremo señalado por el demandado en tanto existe una justificación legal para que no exista pronunciamiento sobre dicho extremo: **se trata de una pretensión subordinada a la pretensión principal**.
8. Posteriormente, el demandado señala que "el Tribunal Arbitral no ha tenido en cuenta que el propio Consorcio reconoció la procedencia de las penalidades impuestas por la Entidad, siendo que en el arbitraje el Consultor no cuestiona la causa de la penalidad sino sólo el monto de la misma". Respecto de este argumento, debemos señalar que es falso que el demandante no haya cuestionado ~~la causa de la penalidad impuesta por PROVÍAS, tal como lo hemos desarrollado en~~

el laudo arbitral en las páginas 8 y siguientes, al desarrollar los argumentos del demandante, en tanto el demandante desarrolla la inexistencia de retardo injustificado que avale la imposición de penalidad (precisamente, la causa de la imposición de las mismas). Asimismo, debemos señalar que el demandante plantea la modificación de este monto, **únicamente como pretensión subordinada a la pretensión principal**. En ese sentido, debemos reiterar lo manifestado en el numeral 7. de la presente resolución, en tanto hemos desarrollado las razones por las cuales el Tribunal no se encuentra obligado a pronunciarse sobre los argumentos de las pretensiones subordinadas, si es que la pretensión principal hubiese sido declarada fundada, como en el presente caso. Habiendo dicho lo anterior, debemos señalar que no cabe interpretar el extremo señalado por el demandado, en tanto este no existe ningún extremo oscuro, impreciso o dudoso en el laudo arbitral; asimismo, no cabe integrar el extremo señalado por el demandado en tanto existe una justificación legal para que no exista pronunciamiento sobre dicho extremo: **se trata de una pretensión subordinada a la pretensión principal.**

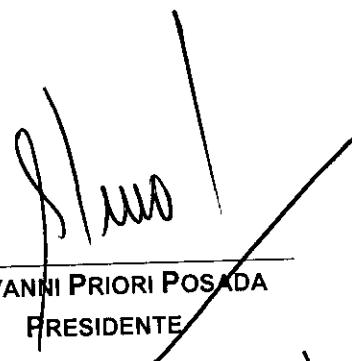
9. Finalmente, el último argumento del demandado se dirige a cuestionar la supuesta inexistencia de las razones por las cuales el Tribunal Arbitral hubiese condenado a PROVÍAS al pago de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría arbitral. Al respecto, debemos señalar que este extremo ha sido desarrollado en el numeral 8. del laudo arbitral, habiendo señalado expresamente que el artículo 104 del Reglamento Arbitral faculta a los árbitros a disponer la distribución de los costos del arbitraje, si lo considera atendible de acuerdo a lo ocurrido en el proceso arbitral, y teniendo esto en cuenta este Tribunal ha decidido distribuir los costos atendiendo al resultado del y sentido del laudo arbitral. En ese sentido, no existe ninguna causal de integración –en tanto existe un pronunciamiento expreso respecto a este punto- ni de interpretación –en tanto la argumentación contenida en el laudo no presenta ningún extremo oscuro, impreciso ni dudoso.
10. Finalmente, este Tribunal considera necesario señalar que los recursos de integración e interpretación de laudo, son recursos que tienen una finalidad específica, que es la inclusión de alguna argumentación necesaria y obligatoria para el Tribunal Arbitral que hubiese sido omitida por este, o la dilucidación de alguna cuestión que no hubiese quedado clara en el Laudo arbitral. Sin embargo, **del texto del escrito presentado por el demandado, no se puede apreciar ningún extremo referido a lograr ninguna de estas dos finalidades**, sino por el contrario, consideramos que en el mismo se reiteran argumentos que ya fueron desestimados por este Tribunal en el laudo arbitral, buscando un cambio de criterio mediante una vía inadecuada.
11. Por otro lado, respecto a la solicitud de Exclusión presentada por el demandado (numerales 13 al 15 de su escrito), hemos visto que este señala que la declaración de ineficacia y sin efecto legal del Oficio No. 442-2015-MTC/20 del 9 de marzo de

2015 no habría sido fijado como punto controvertido. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la declaración de ineeficacia y sin efecto legal del oficio No. 442-2015-MTC/20 es una de las pretensiones principales planteadas por el demandante, y sobre las cuales el demandado ha ejercido su derecho de defensa, por lo que el Tribunal Arbitral se encuentra facultado para pronunciarse respecto a esta pretensión, no siendo relevante entonces si es que se hubiese planteado expresamente como punto controvertido o no, tal y como ha sido desarrollado en la página 45 del laudo arbitral dictado por este Tribunal.

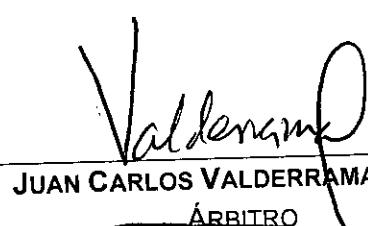
Por las razones antes expuestas:

PRIMERO: Se declara **INFUNDADA** la solicitud de integración e interpretación presentada por el demandado, de acuerdo a los fundamentos desarrollados en los párrafos precedentes.

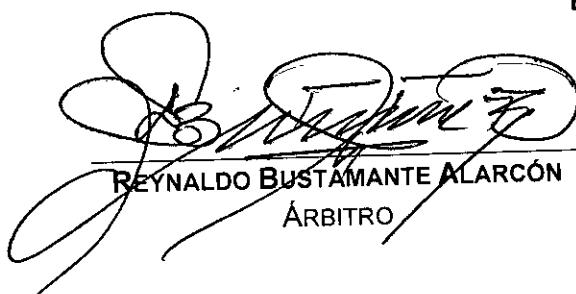
SEGUNDO: Se declara **INFUNDADA** la solicitud de exclusión planteada por el demandado.



GIOVANNI PRIORI POSADA
PRESIDENTE



JUAN CARLOS VALDERRAMA CUEVA
ÁRBITRO



REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN
ÁRBITRO