

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

PARTES DEL ARBITRAJE:

BAUEN EMPRESA CONSTRUCOTRA S.A.U – SUCURSAL EN PERÚ
En lo sucesivo, **Bauen** o el **Contratista**, indistintamente.

PLAN COPESCO NACIONAL
En lo sucesivo, **Plan Copesco** o la **Entidad**, indistintamente.

TRIBUNAL ARBITRAL:

Presidente del Tribunal Arbitral:	Johan Steve Camargo Acosta.
Árbitro designado por la Entidad:	Carlos Ireijo Mitsuta.
Árbitro designado por el Contratista:	Edwin Giraldo Machado.

Lima, 21 de abril de 2022

RESOLUCIÓN N° 47

Lima, 21 de abril de 2022

I. ANTECEDENTES

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 16 de junio de 2017, las partes suscribieron el Contrato N° 023-2017-MINCETUR/DM/COPESCO/UADM, derivado de la Licitación Pública N° 001-2017-MINCETUR/DM/COPESCO para la “Contratación de la Ejecución de la Obra: Instalación, Mejoramiento y Ampliación de los Servicios Turísticos Públicos de la Estación de Ferrocarril de Tacna – Arica, en el Sector Ferroviario – SNIP N° 301680” (en adelante, El Contrato).

En la cláusula DÉCIMO SÉTIMA, se estipulo que:

“Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122°, 137°, 140°, 143°, 146°, 147° y 149° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado. El arbitraje será de tipo Ad Hoc”

INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Con fecha 20 de noviembre de 2018, se realizó la Instalación del Tribunal Arbitral, siendo que, en dicha oportunidad, el Tribunal Arbitral se ratificó en señalar que no tiene ningún tipo de incompatibilidad con las partes y que se desenvolverá con imparcialidad, independencia y probidad en el procedimiento arbitral.

Sin perjuicio de ello, el Plan Copesco Nacional formuló recusación contra los árbitros Juan Huamaní Chávez y Patrick Hurtado Tueros, el 19 de diciembre de 2019, lo que generó que los mencionados árbitros renunciaran a sus cargos de árbitro de parte y presidente del Tribunal Arbitral, respectivamente. Así, mediante la Resolución 25, se tuvo por reconstituido el Tribunal Arbitral, siendo conformado por el árbitro Johan Steve Camargo Acosta, en calidad de Presidente del colegiado y los árbitros Edwin Giraldo Machado y Carlos Ireijo Mitsuta, en su calidad de árbitros de parte.

2. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

Se estableció que el presente arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas procesales establecidas por las partes, la Ley de Contrataciones el Estado – Ley N° 30225 modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, el Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF y sus modificaciones aprobadas por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, respectivamente (en adelante, la Ley y su Reglamento). Supletoriamente, se rige bajo las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071.

Sin perjuicio de ello, también se estableció que, en caso de deficiencia o vacío existente en las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral quedaba facultado para suplirlas a su discreción, mediante la aplicación de principios generales del derecho.

II. ACTUACIONES ARBITRALES

Con fecha 11 de diciembre de 2018 el Plan Copesco presentó su demanda arbitral señalando en dicho documento las siguientes pretensiones:

“PRIMERA PRETENSIÓN:

Que se deje sin efecto la resolución de contrato efectuada por el Contratista mediante Carta N° 53-2018-BAUEN TACNA-RL de fecha 02 de julio de 2018, dado que la Entidad no ha incumplido ninguna obligación contractual esencial.

SEGUNDA PRETENSIÓN:

Que el Tribunal Arbitral ordene al Contratista pagar a la Entidad el monto de S/. 9,507.55, por concepto de pago indebido realizado por Plan COPESCO Nacional al Contratista ante trabajos que fueron ejecutados deficientemente, así como por trabajos realizados como si se tratase de mayores metrados, pero que debían ejecutarse como prestación adicional.”

- Con fecha 15 de enero de 2019 el Contratista cumplió con contestar la demanda arbitral presentada por la Entidad.
- Con Resolución N° 2, de fecha 4 de diciembre de 2018, el Tribunal Arbitral dispuso admitir a trámite la solicitud de Acumulación de Pretensiones presentados por Bauen con fecha 21 de noviembre de 2018.
- Con escrito de fecha 28 de diciembre de 2018, el Contratista presentó su Demanda Acumulada, señalando las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el Tribunal Arbitral declare que el retraso en la ejecución del Contrato N° 023-2017-MINCETUR/DM/COPESCO/UADM referido a la "Instalación, Mejoramiento y Ampliación de los Servicios Turísticos Públicos de la Estación de Ferrocarril de Tacna – Arica, en el Sector Museo Ferroviario", se ha producido por causas imputables a la entidad, Plan COPESCO Nacional.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el Tribunal Arbitral declare nula y/o invalidas y/o deje sin efecto las penalidades aplicadas a BAUEN Empresa Constructora S.A.U Sucursal en Perú en el marco de la ejecución del Contrato N° 023-2017-MINCETUR/DM/COPESCO/UADM referido a la "Instalación, Mejoramiento y Ampliación de los Servicios Turísticos Públicos de la Estación de Ferrocarril de Tacna – Arica, en el Sector Museo Ferroviario".

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el Tribunal Arbitral establezca que BAUEN Empresa Constructora S.A.U Sucursal en Perú no ha incurrido en supuesto alguno de aplicación de penalidades contempladas en la cláusula décima cuarta del contrato.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el Tribunal Arbitral ordene al Plan COPESCO Nacional reconozca la Ampliación de Plazo Parcial N° 05 por ciento veinte (120) días calendarios, conforme fue solicitado mediante Carta N° 041-2018-BAUEN-TACNA-R.L.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el Tribunal Arbitral declare la invalidez y/o ineficacia de la Resolución Directoral N° 236-2018-MINCETUR/DM/COPESCO/DE de fecha 28 de junio de 2018, que declaró IMPROCEDENTE la solicitud de Ampliación de Plazo N° 05.

SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, además, el Tribunal Arbitral ordene se reconozca y pague los mayores gastos generales variables asociados a la solicitud de Ampliación de Plazo N° 05, por ciento veinte (120) días calendarios ascendentes a la suma de S/ 460,061.63 (Cuatrocientos Sesenta Mil Sesenta y Uno con 63/100 soles), más los intereses legales correspondientes. Dicho pago se realice dentro de los treinta (30) días calendarios de emitido el Laudo Arbitral, en aplicación de lo establecido en el Artículo 172° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, más los intereses correspondientes.

SETIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el Tribunal Arbitral declare que en la ejecución de la obra se presentaron interferencias que dieron lugar a que el contratista no pueda ejecutar la obra de forma adecuada, y que son de plena responsabilidad de la Entidad.

OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el Tribunal Arbitral ordene al Plan COPESCO Nacional reconozca y pague a favor de BAUEN los mayores costos que asumió por las interferencias y deficiencias del expediente técnico que se dieron en la ejecución de la obra.

NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el Tribunal Arbitral ordene se reconozca y pague los mayores metrados ejecutados en la obra y que eran necesarios para cumplir con la finalidad del contrato.

DECIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el Tribunal Arbitral disponga que la Entidad debe indemnizarnos por los daños y perjuicios y otras reclamaciones económicas a razón de sus incumplimientos esenciales contractuales.

DECIMO PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, se declare que en la ejecución del Contrato N° 023-2017-MINCETUR/DM/COPESCO/UADM referido a la "Instalación, Mejoramiento

y Ampliación de los Servicios Turísticos Públicos de la Estación de Ferrocarril de Tacna – Arica, en el Sector Museo Ferroviario", no se ha configurado supuesto que determine la aplicación de la penalidad establecida en el numeral 12 del cuadro de otras penalidades contemplado en la cláusula décimo cuarta del Contrato.

DECIMO SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, se deje sin efecto la penalidad aplicada a BAUEN Empresa Constructora S.A.U Sucursal en Perú mediante Carta No. 532-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM de fecha 07 de setiembre de 2018.

DECIMO TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, se ordene al Plan COPESCP Nacional proceder a devolver la penalidad cobrada en la suma de S/ 149,158.48 (Ciento Cuarenta y Nueve Mil Ciento Cincuenta y Ocho con 48/100 soles) indebidamente cobrado a BAUEN mediante Recibo de Ingreso N° 001138 más los intereses legales respectivos.

DECIMO CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad reconozca y devuelva los montos descontados a las valorizaciones por las penalidades indebidamente cobradas a BAUEN más los intereses legales correspondientes.

DECIMO QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, se ordene que el Plan COPESCO Nacional asuma el íntegro de las costas y costos del proceso arbitral.

- Con fecha 13 de marzo del 2019, la Entidad presentó su solicitud de Acumulación de Pretensiones, la misma que fue complementada en fundamentos de hecho y derecho con escrito de fecha 21 de mayo de 2019; presentando en dicha solicitud la siguiente pretensión:

“Pretensión acumulada: Que Bauen Empresa Constructora S.A.U – Sucursal del Perú pague a Plan Copesco Nacional la suma de S/. 44,260.89 (Cuarenta y cuatro mil doscientos sesenta con 89/100 soles) por daños y perjuicios por los trabajos deficientes ejecutados en la obra”

- Con fecha 14 de mayo de 2019, la Entidad presentó su Segunda Solicitud de Acumulación de Pretensiones, señalando como pretensión la siguiente:

“Pretensión Acumulada: Que el Tribunal Arbitral ordene el pago de S/ 46,737.14 (Cuarenta y seis mil setecientos treinta y siete con 14/100 soles) por pago indebido al Contratista por trabajos ejecutados deficientemente y por el costo de reparación de los daños causados por tales trabajos”

- Con fecha 3 de julio de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos con la finalidad de que las partes puedan exponer sobre los hechos

relevantes, a su criterio, sobre cada una de las pretensiones del presente proceso.

- Mediante Resolución N° 18 de fecha 18 de julio de 2019 (con las precisiones realizadas con la Resolución N° 20 de fecha 27 de setiembre de 2019), el Tribunal dispuso fijar como puntos controvertidos del presente proceso los siguientes:

De la Demanda presentada por el Plan Copesco Nacional:

1. Primer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la resolución de contrato efectuada por el Contratista mediante Carta N° 53-2018-BAUEN TACNA-RL de fecha 02 de julio de 2018.

2. Segundo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no ordenar al Contratista pagar a la Entidad el monto de S/. 9,507.55, por concepto de pagos que habrían sido indebidamente realizado por el Plan COPESCO Nacional al Contratista.

De la Primera Acumulación de Pretensiones presentada por el Plan Copesco Nacional

1. Tercer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Contratista pague al Plan Copesco Nacional la suma ascendente a S/. 44,260.89, por concepto de supuestos daños y perjuicios.

De la Segunda Acumulación de Pretensiones presentada por el Plan Copesco Nacional

1. Cuarto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Contratista pague a Plan Copesco Nacional la suma ascendente a S/. 46,737.14 por concepto de pagos que habrían sido indebidamente realizado por Plan COPESCO Nacional al Contratista.

De la demanda presentada por Bauen Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú

1. Primer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar que el retraso en la ejecución del Contrato, se habría producido por causas imputables a la entidad.

2. Segundo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar nula y/o invalidas y/o se deje sin efecto las penalidades aplicadas a BAUEN en el marco de la ejecución del Contrato.

3. Tercer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que se establezca que Bauen no habría incurrido en supuesto alguno de aplicación de penalidades contemplado en la cláusula décimo cuarta del contrato.

4. Cuarto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no ordenar al Plan Copesco Nacional reconozca la Ampliación de Plazo Parcial N° 05 por ciento veinte (120) días calendarios.

5. Quinto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar la invalidez y/o ineficacia de la Resolución Directoral N° 236-2018-MINCETUR/DM/COPESCO/DE, de fecha 28 de junio de 2018, que habría declarado Improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 05.

6. Sexto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no reconocer y pagar los mayores gastos generales variables asociados a la solicitud de Ampliación de Plazo N° 05, por ciento veinte (120) días calendarios, ascendentes a la suma de S/ 542,872.72 (Quinientos Cuarenta y dos mil ochocientos setenta y dos con 72/100 soles) incluido el IGV, más los intereses legales correspondientes.

7. Séptimo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar que en la ejecución de la obra se habrían presentado interferencias que dieron lugar a que el contratista no pudiera ejecutar la obra de forma adecuada, y que sería de plena responsabilidad de la Entidad.

8. Octavo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no ordenar al Plan Copesco Nacional reconocer y pagar a favor de Bauen los mayores costos que habría asumido por las interferencias y deficiencias del expediente técnico que se habrían dado en la ejecución de la obra, los cuales ascenderían a la suma de S/. 1'307,906.47 (Un millón Trescientos siete mil novecientos seis con 47/100 Soles).

9. Noveno Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no reconocer y pagar los mayores metrados ejecutados en la obra y que serían necesarios para cumplir con la finalidad del contrato, cuyo monto ascendería a S/. 445,451.57 (Cuatrocientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos cincuenta y uno con 57/100 Soles) incluido el IGV.

10. Décimo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que la Entidad indemnice a Bauen por supuestos los daños y perjuicios y otras reclamaciones económicas a razón de sus supuestos incumplimientos esenciales contractuales, cuyo monto ascendería a S/. 2'565,657.21 (Dos millones Quinientos Sesenta y Cinco mil seiscientos cincuenta y siete con 21/100 Soles).

11. Décimo Primer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar que en la ejecución del Contrato, no se habría configurado algún supuesto que pueda determinar la aplicación de la penalidad establecida en el numeral 12 del cuadro de otras penalidades contemplado en la cláusula décimo cuarta del Contrato.

12. Décimo Segundo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la penalidad aplicada a Bauen mediante la Carta No. 532-2018- MINCETUR/DM/COPESCO-UADM de fecha 07 de setiembre de 2018.

13. Décimo Tercer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no ordenar al Plan Copesco la devolución de la penalidad cobrada ascendente a la suma de S/ 149,158.48 (Ciento Cuarenta y Nueve Mil Ciento Cincuenta y Ocho con 48/100 soles), indebidamente aplicado a Bauen mediante Recibo de Ingreso N° 001138 más los intereses legales respectivos.

14. Décimo Cuarto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que la Entidad reconozca y devuelva el monto ascendente a S/. 658,573.64 (Seiscientos cincuenta y ocho mil quinientos setenta y tres con 64/100 Soles) incluido IGV, los cuales habrían sido descontados en las valorizaciones por las penalidades aplicadas a BAUEN, más los intereses legales correspondientes.

15. Décimo Quinto Punto Controvertido:

Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos y costas que se generen en el presente proceso arbitral.

- Asimismo, en la mencionada Resolución N° 18 (con la precisión señalada en la Resolución N° 19 de fecha 28 de agosto de 2019), se procedieron a admitir los siguientes medios probatorios:

De parte del Plan Copesco Nacional:

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por el Plan Copesco Nacional en su escrito de demanda presentado el 11 de diciembre de 2018 incluidos en el acápite denominado “V. MEDIOS PROBATORIOS” e identificados con los numerales que van del 1 al 9.

Asimismo, se admiten los medios probatorios ofrecidos por la Entidad en su escrito de fecha 30 de enero de 2019 señalados en el acápite denominado “IV. MEDIOS PROBATORIOS”.

Del mismo modo, se admiten los medios probatorios ofrecidos por la Entidad en su escrito de fecha 30 de enero de 2019 señalados en el acápite denominado “IV. MEDIOS PROBATORIOS” e identificados en los numerales que van del 1 al 6.

Adicionalmente, se admiten los medios probatorios ofrecidos por la Entidad en su escrito de fecha 14 de mayo de 2019, señalados en el acápite denominado “V. MEDIOS PROBATORIOS” e identificados en los numerales que van del 1 al 16.

Finalmente, se admiten los medios probatorios ofrecidos por la Entidad en su escrito de fecha 21 de mayo de 2019, señalados en el acápite denominado “IV. MEDIOS PROBATORIOS” e identificados en los numerales que van del 1 al 7.

De parte de Bauen Empresa Constructora S.A.U – Sucursal en Perú:

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por el Contratista en su escrito de demanda presentado el 28 de diciembre de 2018, detallados en el primer otrosí decimos de dicho escrito e identificados como Anexo 1-A al Anexo 1-W.

Asimismo, se admite la pericia ofrecida por dicha parte en su escrito de fecha 28 de diciembre de 2018, el cual sustentaría y cuantificaría el monto total del daño que habría sufrido el contratista; por lo tanto, este colegiado otorga un plazo de quince (15) días hábiles, para que Bauen cumpla con presentar su pericia de parte.

Del mismo modo, se admiten los medios probatorios ofrecidos por el contratista en su escrito presentado con fecha 15 de enero de 2019 señalados en el primer otrosí decimos e identificados como Anexo 1-A al Anexo 1-O.

Adicionalmente, se admiten los medios probatorios ofrecidos por el contratista en su escrito presentado con fecha 15 de mayo de 2019 señalados en el primero otrosí decimos e identificados como Anexo 1-A al Anexo 2-A.

Finalmente, se admiten los medios probatorios ofrecidos por el contratista en su escrito de absolución a la Resolución N° 14 presentado con fecha 24 de junio de 2019, señalados en el primer otrosí decimos e identificados como Anexo 1-A al Anexo 1-J; así como el escrito de absolución a la Resolución N° 15 de fecha 24 de junio de 2019, señalados en el primer otrosí decimos e identificados como Anexo 1-A al Anexo 1-H; del mismo modo, se admiten los medios probatorios ofrecidos en sus escritos de fecha 26 de junio y 2 de julio de 2019, estos últimos

referidos a la documentación sobre las consultas no absueltas por la entidad y el expediente técnico del saldo de ejecución de obra, correspondiente a la Licitación Pública 01-2019-MINCETUR/DM/COPESCO

- Con escrito de fecha 14 de agosto de 2019, la empresa Bauen cumplió con presentar su pericia de parte, la cual fue observada por la Entidad mediante escrito de fecha 18 de octubre de 2019.
- Teniendo la posición de ambas partes, con fecha 15 de noviembre de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Pericial con la finalidad de que el perito sustente y justifique ante el Tribunal y las partes su pericia y cumpla con absolver las dudas y preguntas que formularan las partes y el Tribunal Arbitral.
- Mediante Resolución N° 22 de fecha 15 de noviembre de 2019, el Tribunal dispuso cerrar la etapa probatoria y otorgar a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para que pudieran presentar sus alegatos y conclusiones finales.
- Mediante escrito de fecha 29 de noviembre de 2019, Bauen presentó sus alegatos y conclusiones finales.
- Mediante Resolución N° 23 de fecha 2 de diciembre de 2019, el Tribunal dispuso otorgar un plazo adicional para que la Entidad cumpliera con presentar sus alegatos finales y el Contratista, de considerarlo conveniente, complementar su escrito de alegatos presentado.
- Con fecha 13 de diciembre de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales; dicha diligencia fue suspendida y reprogramada para el día viernes 20 de diciembre de 2019; sin embargo, la misma no se pudo llevar a cabo como consecuencia de la renuncia de los árbitros Juan Huamaní Chávez y Patrick Hurtado Tueros.
- Mediante Resolución N° 27, dada la coyuntura nacional producto de la pandemia del COVID-19, el Tribunal Arbitral estimó pertinente establecer medidas necesarias para asegurar la continuidad de las acciones en la prevención y control del riesgo de contagio del coronavirus – COVID19 en el ámbito del presente proceso arbitral, por lo que se dispuso adecuar y agregar las reglas arbitrales a fin de proseguir con el proceso arbitral de manera virtual.
- Mediante Resolución N° 28, el Tribunal Arbitral dispuso la realización de la Audiencia de Ilustración de Hechos, Aspectos Técnicos y Probatorios para el día 12 de noviembre de 2020, siendo ampliado el objeto de dicha diligencia, mediante la Resolución N° 29, para tratar la pertinencia de la pericia ofrecida por el Plan Copesco mediante escrito de fecha 10 de septiembre de 2020.
- Mediante Resolución N° 31, el Tribunal Arbitral, en función a lo señalado en el artículo 31° de la Ley de Arbitraje, dispuso reabrir la etapa probatoria

del presente proceso arbitral, solo única y exclusivamente respecto a la actuación extraordinaria de la pericia de parte ofrecida por el Plan Copesco.

- Asimismo, mediante la mencionada Resolución N° 31, el Tribunal dispuso el objeto de la pericia, las reglas de la misma así como al perito encargado de dicha pericia, en los siguientes términos:

Objeto de la pericia

- a. El objeto de la pericia fue establecido por Plan Copesco mediante Informe N° 0044 2020 - MINCETUR/DM/COPESCO-DE/UEO/EO que adjunto a su escrito presentado el 10 de setiembre de 2020 en los siguientes términos:
- Que el perito determine si corresponde la aplicación de las penalidades aplicadas a Bauen, correspondiente a lo establecido en la cláusula décimo cuarta (numerales 02, 06, 07, 09, 10) y retenciones oficiadas por el “Juzgado de Paz de única nominación de la Esperanza Alto del Alianza Tacna”.
 - Que el perito determine que el contratista Bauen no demostró documental ni técnicamente lo solicitado en la Ampliación de Plazo N° 05 de 120 días calendario, de acuerdo a lo establecido en los artículos 169° y 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigentes en la obra, condición para el pago de gastos generales reclamados (art. 172 del RLCE)
 - Que el perito determine que el contratista Bauen no demostró, documental ni técnicamente la correcta ejecución de los Mayores Metrados N° 02, 03 y 04; lo que no permite la aprobación por la entidad, de los montos reclamados por el contratista.
 - Que, el perito determine que, Bauen ha incumplido sus obligaciones esenciales, al no haber provisto del personal clave, durante la ejecución de procesos constructivos importantes, de acuerdo a su propuesta ofertada y con la que se le otorgó la buena pro, al no haber probado el vínculo contractual con el personal clave, la duración del vínculo laboral y su finalización, y que con ello es congruente la aplicación de la penalidad establecida en el numeral 12 de la cláusula décimo cuarta del contrato suscrito con Bauen.
 - Que, el perito determine que, corresponde dejar sin efecto la Resolución de Contrato efectuada por el Contratista mediante Carta N° 53-2018-BAUEN TACNA-RL de fecha 02 de julio de 2018, dado que la entidad no ha incumplido ninguna obligación contractual esencial.
 - Que, el perito determine que, corresponde descontar partidas ejecutadas deficientemente, así como considerar un monto económico de resarcimiento y para reparar los daños causados, según el siguiente detalle:

- Que el perito determine que corresponde el pago a la Entidad por el monto de S/. 9,507.55, por concepto de pago indebido realizado por Plan COPESCO Nacional al Contratista ante trabajos que fueron ejecutados deficientemente, así como por trabajos realizados como si se tratase de mayores metrados, pero que debían ejecutarse como prestación adicional.
- Que el perito determine que, las ejecuciones deficientes en los contrapisos de cemento de las 04 salas (Sala Fundición, Sala Perú, Sala Tacna Arica y Sala de Usos Múltiples), han sido responsabilidad técnica del contratista BAUEN, y que a ello corresponde descontar por pago indebido al Contratista por trabajos ejecutados deficientemente de los pisos de las salas, y por el costo de reparación de los daños causados por tales trabajos. el monto cuantificado de S/ 44,260.89 (cuarenta y cuatro mil doscientos sesenta con 89/100 Soles) más sus intereses legales, hasta la fecha de pago.
- Que el perito determine que, las ejecuciones deficientes en los cielorrasos de madera machihembrado fueron de implícita responsabilidad del contratista BAUEN, al haber aplicado alquitrán líquido en la cara anversa del entablado machihembrado de los cielorrasos de los ambientes del segundo nivel del edificio de servicios turísticos, el mismo que no estaba previsto en las bases ni el Expediente Técnico; habiendo afectado también a los pisos de los ambientes, por lo que corresponde descontar el monto pagado indebidamente ascendente a S/ 29,857.63 y el costo de reparación de S/ 16,879.51, monto total que asciende a S/. 46,737.14 (cuarenta y seis mil setecientos treinta y siete con 14/100 Soles), más sus intereses legales.
- Solicitar al perito que, realice el cálculo de dichas pretensiones económicas señaladas en el presente análisis, así como de los intereses legales que podrían corresponder.
- Que el perito determine que, el funcionamiento del ferrocarril de pasajeros de la estación no influyó como interferencia en las labores de obra, se precisa al respecto que dicho funcionamiento no fue materia de observación en el Acta de Entrega del Terreno; y de ser el caso el contratista debió canalizar debidamente el tiempo que le resultaba en retrasos a través de la Solicitud de Ampliación de Plazo y/o Prestación Adicional, en el marco del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente de corresponder.
- Que el perito determine si, antes de la ejecución de la obra se podía advertir la presencia de xilófagos (termitas, polillas, entre otros) en las maderas materia de restauración, o como es lógico, se pudo evidenciar los daños recién al realizar el desmontaje y/o decapado de los elementos de madera.

Designación del perito

- b. El perito fue designado por la entidad.

Las reglas de la pericia

El Tribunal Arbitral dispuso las siguientes reglas para la realización de la pericia de parte:

- c. La Entidad tendrá un plazo de veinticinco (25) días hábiles, contabilizados a partir del día siguiente de comunicada la aceptación de la designación por parte del perito, para que presente el correspondiente Informe Pericial de parte, bajo su entera responsabilidad de que, en caso, no sea presentado en dicho plazo, el Tribunal Arbitral prescinda de dicho medio probatorio y se prosiga con el trámite del proceso arbitral según su estado.
- d. Una vez que la Entidad cumpla con entregar su respectivo Informe Pericial, éste será notificado al Contratista para que en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, cumpla con formular las observaciones que tenga contra dicho dictamen pericial.
- e. Seguidamente, se correrá traslado de dichas observaciones planteadas por el Contratista al perito, para que en un plazo no mayor de diez (10) hábiles, cumpla con absolverlas.
- f. Absueltas las observaciones por parte del perito, el Tribunal Arbitral procederá a convocar a las partes a la audiencia de sustentación de la pericia, de tal modo que concluida la realización de la mencionada audiencia se tendrá por culminado el trámite de la pericia.
- Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, mediante la Resolución N° 35, el Tribunal Arbitral, respecto a la reconsideración planteada por la Entidad, dispuso revocar el extremo de la Resolución N° 31 referida a la designación del perito, estableciendo que sea la Entidad quien proceda con su designación. En ese sentido, se dispuso que la Entidad asuma todos los trámites para presentar la pericia dentro del plazo de veinticinco (25) días hábiles; bajo apercibimiento de tenerla por desistida la presentación de dicho medio probatorio.
- Asimismo, a través de la Resolución N° 35, respecto a la reconsideración planteada por el Contratista, el Tribunal Arbitral vio preciso ampliar el plazo para que BAUEN formule las observaciones a la pericia presentada por la Entidad, a veinticinco (25) días hábiles.
- Mediante comunicación electrónica de fecha 14 de abril de 2021, la Entidad, dentro del plazo establecido para dichos fines, presentó la pericia de parte ofrecida; en ese sentido, dicho escrito fue puesto en conocimiento de BAUEN a fin de que dicha parte pudiera presentar sus observaciones a la pericia formulada.
- Mediante escrito de fecha 24 de mayo de 2021, BAUEN cumplió con presentar sus observaciones a la pericia ofrecida por la Entidad; por lo que

el Tribunal Arbitral, a través de la Secretaría Arbitral, remitió dichas observaciones a la Entidad mediante comunicación electrónica de fecha 1 de junio de 2021.

- Mediante comunicación electrónica de fecha 15 de junio de 2021, la Entidad remitió al Tribunal Arbitral las absoluciones a la pericia presentada por el perito con fecha 11 de junio de 2021; en ese sentido, mediante Resolución N° 36 se dispuso programar la Audiencia Especial de Sustentación de Pericia de Parte para el día 12 de julio de 2021 a las 10:00, a través de la plataforma virtual de videoconferencias ZOOM.
- En la fecha y hora programada, las partes, el perito y el Tribunal Arbitral llevaron a cabo la mencionada diligencia, dejando constancia de la misma en audio y video; asimismo, en dicha diligencia, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 39, mediante el cual el Tribunal Arbitral dispuso el cierre de la etapa probatoria del presente proceso, otorgando a las partes un plazo diez (10) días hábiles para que presente sus respectivos escritos de alegatos finales.
- Mediante comunicaciones electrónicas de fecha 27 de julio de 2021, las partes presentaron sus respectivos escritos de alegatos finales.
- Mediante Resolución N° 42, el Tribunal Arbitral dispuso reprogramar la Audiencia de Informes Orales para el día 21 de enero de 2022 a las 11:00 am a través de la plataforma virtual de videoconferencias ZOOM.
- En la fecha y hora programada, el Tribunal Arbitral llevo a cabo la mencionada diligencia, la cual se extendió hasta el día 26 de enero de 2022; en la misma diligencia, el Tribunal Arbitral dispuso fijar el plazo para emitir el laudo arbitral en treinta (30) días hábiles, prorrogables por treinta (30) días hábiles adicionales.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ÁRBITRAL

MANIFESTACIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, este Tribunal Arbitral corrobora y deja constancia de que:

- (i) Se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes, no habiéndose objetado en ningún momento su competencia o presentada recusación frente a alguno de sus integrantes.
- (ii) Las partes presentaron sus escritos postulatorios dentro de los plazos dispuestos, fueron debidamente emplazadas y ejercieron plenamente su derecho de defensa.
- (iii) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, así como tuvieron la

facultad de presentar alegatos y solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral.

- (iv) Las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo que se hubiere dictado en el presente arbitraje con inobservancia o infracción de una regla pactada para su desarrollo o una norma de (i) la Ley de Contrataciones del Estado, su reglamento, o (ii) del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.
- (v) En tal sentido, el Tribunal Arbitral dentro del plazo establecido, procede a emitir el correspondiente laudo arbitral.

IV. ANÁLISIS

De acuerdo con lo establecido en la Resolución N° 4 de fecha 10 de diciembre de 2018, mediante la cual se procedió a Fijar los Puntos Controvertidos y Admitir los Medios Probatorios, en el presente caso, corresponde al Tribunal Arbitral resolver en base a los puntos controvertidos ahí fijados.

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

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

« [...] la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó.»¹

En esta línea, el Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a

¹ Taramona Hernández, José «Medios Probatorios en el Proceso Civil». Ed. Rodhas, 1994, pág. 35.

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

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

DE LA PUNTOS CONTROVERTIDOS REFERIDOS A LAS PRETENSIONES DEL PLAN COPESCO NACIONAL:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DEJAR SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO EFECTUADA POR EL CONTRATISTA MEDIANTE CARTA N° 53-2018-BAUEN TACNA-RL DE FECHA 02 DE JULIO DE 2018.

POSICIÓN DEL PLAN COPESCO

La Entidad señaló que el Contratista mediante Carta N° 43-2018-BAUEN-TACNA.RL (Carta Notarial N° 1930) recibida el 15 de junio de 2018, procedió a señalar los siguientes incumplimientos además de otorgar un plazo de quince (15) días calendarios para que estos incumplimientos sean subsanados bajo apercibimiento de resolver el contrato:

- i) No absolución de consultas de obras indicadas en el Anexo 1-A;
- ii) Interferencias por el servicio ininterrumpido del tren;
- iii) No autorización del pago de las valorizaciones de mayores metrados;
- iv) Falta de pago de valorizaciones presentadas por el Contratista según cuadro del documento de la referencia; y
- v) Falta que el personal de la supervisión cuente con los profesionales con iguales o mayores especialidades y experiencia del personal técnico del Contratista.

En atención a tales supuestos incumplimientos nos otorga el plazo de quince (15) días calendarios bajo apercibimiento de resolvernos el contrato de obra.

En ese sentido, la Entidad y, dentro del plazo señalado por el Contratista, mediante Carta N° 539-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-DE del 26 de junio de

2018, procedió a manifestarse respecto a cada uno de los supuestos incumplimientos, en los siguientes términos:

(i) La supuesta falta de absolución de consultas

Sobre este incumplimiento, la Entidad señaló que, de las 30 consultas señaladas por el Contratista, se han realizado citas de algunos asientos del Cuaderno de Obra, pero no se ha referencia a una información exacta; por lo que la Entidad, no tendría pendiente ninguna absolución o consulta presentada de manera directa y/o canalizada a través de la Supervisión de Obra según lo detallado en el Cuadro Anexo-A.

(ii) Supuestas interferencias por el servicio interrumpido del tren

La Entidad manifiesta que mediante la Carta de absolución de resolución se señaló que las supuestas interferencias no constituyen un incumplimiento contractual, sino que son afirmaciones del Contratista para solicitar un sobre costo de S/ 1'500,000.00 que no se encuentran acreditados.

(iii) No autorización de pago de los mayores metrados

En las siguientes comunicaciones, la Entidad dejó sentado que las valorizaciones de los mayores metrados están observadas por no tener el sustento que evidencie la ejecución de la cantidad de metrados indicados por el Contratista:

N°	Valorización	Documento de presentación del Contratista	Pronunciamiento de la Entidad	Estado de valorización
1	Valorización de Mayores Metrados N° 02 (01.03.04 Desmontaje de Planchas de asbesto)	Carta N° 44-2017-BAUEN-TACNA-RL recibido el 04/11/2017 por la supervisión.	Carta N° 836-2017-MINCETUR/DM/COPESC O-DE, recibida por la supervisión el 01/12/2017.	Observaciones <ul style="list-style-type: none"> Memoria Descriptiva Mal Elaborada. Falta De Sustento Técnico. El Contratista no sustentó esta valorización, la partida de Desmontaje la incluyó en la valorización de mayo metrado N°03. Esta partida es nuevamente incluida en la solicitud de pago de mayores metrados 03 y con las mismas deficiencias.
2	Valorización de Mayores Metrados N° 03	Carta N° 021-2018-BAUEN-TACNA-RL recibida el 05/04/2018.	Carta N° 444-2018-MINCETUR/DM/COPESC O-UO de fecha 14/06/2018, se le devolvió a BAUEN la factura N° 001-763, dado que la valorización MM N° 03 no tiene sustento. Carta N° 460-2018-MINCETUR/DM/COPESC	Observaciones <ul style="list-style-type: none"> No está suscrito por el Residente de Obra. Mayor Metrado de Caseta Guardianía no ha sido verificable en campo. No sustenta eliminación de Mayor Metrado De 4.10 Tn. de planchas de Asbesto. No Presentó Sustento De Cuaderno De Obra.

			O-UO, del 18 de junio de 2018.	<ul style="list-style-type: none"> Falta Autorización De Supervisión. Falta Memoria Descriptiva De Los Trabajos. <p>Venció el plazo el 20/06/2018, el Contratista no presentó sustento de la valorización, por ende, no se puede autorizar su pago.</p>
3	Valorización de Mayores Metrados N° 04	Carta N° 32-2018-BAUEN-TACNA.R.L recibida el 05/06/2018	Carta N° 459-2018-MINCETUR/DM/COPESC O-UO recibida el 18/06/2018. Entidad otorgó plazo de 2 días al Contratista para sustentar la valorización.	Observaciones <ul style="list-style-type: none"> Valorización Ilegible. Planillas de Metrados sin firma de Residente de Obra. No hay referencia de donde empiezan y donde terminan los Mayores Metrados. No se anexa anotaciones del Cuaderno De Obra. <p>Venció el plazo el 20/06/2018, el Contratista no presentó sustento de la valorización, por ende, no se puede autorizar su pago.</p>

(iv) Falta de pago de valorizaciones presentadas por la Contratista

La Entidad señaló que los “pagos parciales” no son más que los montos tramitados y pagados que fueron autorizados por la Supervisión de Obra y los montos diferenciales entre lo solicitado y los montos autorizados corresponden a la aplicación de penalidades incurridas por el Contratista, las cuales se detallan en el cuadro siguiente:

N°	CONCEPTO	FACTUR A	COMPROMIS O	RETENCION	Estado de la valorización
1	VALORIZACION N° 01	669	329,793.53	S/ 121,063.28 Por penalidad: No presentación de comprobantes de pagos de seguros y presentación de póliza.	PAGADO El monto de S/ 121,063.28 no está pendiente de pago, la Entidad lo retuvo por la penalidad.
2	VALORIZACION N° 02	676	292,708.46	S/ 40,354.43 Por penalidad ídem.	PAGADO El monto de S/ 40,354.43 no está pendiente de pago, la Entidad lo retuvo por la penalidad.
3	VALORIZACION N° 03	687	333,941.36	S/ 63,414.10 Por penalidad ídem.	PAGADO El monto de S/ 63,414.10 no está pendiente de pago, la Entidad lo retuvo por la penalidad.
4	VALORIZACION N° 04	702	556,806.15	S/ 89,356.23	PAGADO El monto de S/ 89,356.23 no está pendiente de pago, la

				Por penalidad ídem.	Entidad lo retuvo por la penalidad.
5	VALORIZACION N° 05	711	374,661.26	S/ 14,412.30 Por penalidad ídem.	PAGADO El monto de S/ 14, 412.30 no está pendiente de pago, la Entidad lo retuvo por la penalidad.
6	VALORIZACION N° 06	712	485,542.38	0.00	PAGADO
7	VALORIZACION N° 07	744	156,022.82	0.00	PAGADO El monto de S/ 40, 354.43 no está pendiente de pago, la Entidad lo retuvo por la penalidad.
8	VALORIZACION N° 08	755	411,635.78	S/ 20,000.00 (Resolución judicial)	PAGADO El monto de S/ 20,000.00 no está pendiente de pago, la Entidad lo retuvo en cumplimiento de una Resolución judicial.
9	VALORIZACION N° 09	756	193,509.85	0.00	PAGADO
10	VALORIZACION N° 10	761	155,373.48	0.00	DEVOLUCIÓN DE SOLICITUD DE PAGO DEL CONTRATISTA La Entidad válido la valorización N° 10 de la supervisión por el monto de S/ 155,373.58, siendo que contiene los metrados realmente ejecutados. La diferencia entre la valorización del Contratista y la supervisión reside entre otros aspectos, que se ha descontado la partida 03.02.05.10.01.01 ² dado que no cumple con su especificación técnica, por ende no corresponde su pago en los porcentajes indicados.
11	VALORIZACION N° 11	766	731.03	0.00	DEVOLUCIÓN DE SOLICITUD DE PAGO DEL CONTRATISTA La Entidad válido la valorización N° 11 de la supervisión por el monto de S/ 731.03, siendo que corresponde a los metrados realmente ejecutados. La diferencia entre la valorización del Contratista y la supervisión reside entre otros aspectos, en

² Esta partida se denomina "Decapado y pintura látex 2 manos en falso cielo raso machihembrado".

					que se han descontado partidas, que no fueron culminadas físicamente, de acuerdo a lo establecido en las especificaciones técnicas del expediente técnico en ejecución; por ejemplo: 03.02.05.10.02.02 dado que no cumple con su EETT, por ende, no corresponde su pago en los porcentajes indicados.
12	Mayores Metrados N° 03	763	315,922.39	0.00	SOLICITUD DENEGADA Trámite de pago devuelto por no contar con el sustento necesario, según se detalla en el numeral 3) del presente documento.
13	Mayores Metrados N° 04	764	129,529.19	0.00	SOLICITUD DENEGADA Trámite de pago devuelto por no contar con el sustento necesario, según se detalla en el punto 3) de la Carta N° 539-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO

Con el cuadro precedente, la Entidad ha demostrado que los supuestos saldos por cobrar por parte del Contratista corresponden a montos retenidos en las Valorizaciones por aplicación de penalidades y retención judicial.

En ese sentido, la Entidad señala que no habría incumplido ninguna obligación contractual, sino, por el contrario, la falta de pago de las valorizaciones N° 10 y N° 11 habrían derivado exclusivamente de la negación del Contratista de aceptar dichas valorizaciones reformuladas por el supervisor y desconocer que el monto real a ser pagado por la Entidad por los metrados ejecutados asciende a S/ 155,373.48 y S/. 731.03, de los meses de abril y mayo, respectivamente.

(v) Falta que el personal de la supervisión cuente con los profesionales con iguales o mayores especialidades y experiencia del personal técnico del Contratista.

La Entidad señala que en los Términos de Referencia se establece lo siguiente:

N°	Profesional	Exp. Mínima (Años)
1	Jefe de Supervisión	3
2	Asistente de Supervisión	2
3	Especialista en Restauración	1
4	Especialista en Seguridad	2
5	Especialista en Instalaciones Eléctricas	2
6	Especialista en Instalaciones Sanitarias	2

En ese sentido, la contratación de la Supervisión fue conforme al Reglamento y de conformidad con lo señalado en los Términos de Referencia; sin perjuicio de ello, la misma Entidad cuenta con un equipo de especialistas en Museología, Museografía y Restauración, con la experiencia necesaria para el adecuado monitoreo de los trabajos y la atención de los hitos de ejecución de la obra.

Adicionalmente, la Entidad señala enfáticamente que lo señalado por el Contratista es inconsistente, toda vez que todos los trabajos ejecutados son evaluados por la misma Entidad previo pronunciamiento de la Supervisión.

Finalmente, la Entidad precisó que las valorizaciones de los mayores metrados 02, 03 y 04 fueron observadas por omisiones en el sustento presentado por el Contratista, no por temas vinculados con alguna especialidad u otro similar.

Por todo lo expuesto, la Entidad señala que, a pesar de que tanto el apercibimiento como la resolución del contrato cumplen con los aspectos formales que se establecen en el Reglamento, los motivos o causales no se encuentran acorde con lo señalado en el Artículo 135 del Reglamento.

POSICIÓN DE BAUEN

La entidad sustentó simplemente que no ha incumplido ninguna de sus obligaciones esenciales, remitiéndose literalmente a la Carta 539-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-DE, de fecha 26 de julio de 2018, sin aportar otro medio probatorio.

Una de sus obligaciones esenciales es entregar el terreno y garantizar la libre disponibilidad, a fin de no afectar el plazo de ejecución. Para sustentar esta obligación, citó el artículo 8 del Reglamento, el mismo que establece, entre otros, que el expediente técnico que integra el requerimiento contiene una descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes. Asimismo, precisó que el área usuaria es la responsable de la adecuada formulación del requerimiento, asegurando la calidad técnica y reduciendo la necesidad de su reformulación, el mismo que puede ser modificado con ocasión de las indagaciones de mercado, para lo cual se deberá contar con la aprobación del área usuaria.

El contratista señaló, además, que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte.

Así, continúa el contratista, el expediente técnico brinda información a los postores sobre los requerimientos de la entidad y las condiciones del terreno para que puedan realizar adecuadamente sus ofertas y ejecuten la obra, por lo que si éste – expediente técnico – no está adecuadamente formulado, entonces no es posible ejecutar la obra de forma correcta, en la calidad y plazos previstos.

En este contexto, la entidad es responsable de subsanar o corregir cualquier deficiencia para viabilizar la ejecución de la obra y tomar todas las acciones necesarias para el plazo de ejecución no se afecte.

Bauen, desde el inicio de la obra, evidenció diversas deficiencias a ser corregidas, a través de anotaciones en el cuaderno de obras referidas a consultas necesarias para la corrección por parte de la entidad.

Al momento del apercibimiento (15 de junio de 2018), existían más de 30 consultas y/u observaciones que no se habían absuelto o se absolvieron de forma incompleta o sin resolver el problema. Es más, continúa la contratista, la deficiencias técnicas advertidas desde el inicio de la obra generaron, incluso, que la supervisión tramitara diversos adicionales, sin ser éstos el total de los necesarios para culminar la obra, los mismos que identificó y detalló en un cuadro, que incluyó 19 adicionales.

La contratista, afirmó que estos trámites (de adicionales) demostrarían “*de forma fehaciente*” las graves deficiencias del expediente técnico que debían ser resueltas y que en tanto no sean aprobadas no era posible ejecutar las partidas vinculadas, sucesoras y predecesoras.

En relación con la entrega del terreno, citó el artículo 20 del Reglamento, cuyo objetivo es que evitar retrasos por la falta de disponibilidad del terreno, evitando sobre costos que podrían originarse para la entidad. No obstante, no se contó con la libre disponibilidad. Así, en el asiento 2 se dejó constancia referido a que el servicio ferroviario se brinda todos los días afectando el desarrollo de los trabajos y en el asiento 302 se solicitó la suspensión del funcionamiento, sin que se tenga una respuesta para superar el inconveniente y se recobre el ritmo de trabajo adecuado.

En ese punto, la contratista, indicó que el expediente técnico no advirtió ninguna interferencia referida al funcionamiento del tren, prueba de ello, continúa Bauen, el expediente no contiene como estudio complementario un plan de contingencia o de seguridad ante el servicio ininterrumpido del tren, ni tampoco se ha entregado los planos de seguridad correspondiente. Es más, precisó la contratista, este hecho se confirma con las disposiciones de las Bases del procedimiento de selección, convocada después de la resolución contractual donde la entidad “*se ha preocupado explícitamente de advertir a los futuros licitadores de la circunstancia (...)*”.

El funcionamiento del servicio ferroviario implicó interferencias referidas a la paralización parcial de actividades en obra debido a la circulación y maniobras de acceso y salida de la locomotora, así como de los vehículos auxiliares de mantenimiento, lo cual obligó a la paralización por el riesgo grave de atropellos; cambio de plan de ejecución de trabajos, por la restricción de entrada a obra por el acceso principal de la estación e imposibilidad de tránsito de vehículos de obra por el recinto, cambiando la planificación de intervención en todos los ambientes; acarreo y eliminación de escombros, residuos sólidos, por la imposibilidad de acceso al interior de volquetes, cargadoras frontales, elevadoras, grúas,

previstos para la ejecución, obligando a realizar un trasiego extra de manera manual transitando a través de las vías.

La contratista, describe otras interferencias a consecuencia de la continuidad del servicio ferroviario, tales como el acceso al recinto de obra, impedimento del acceso a mixer de concreto al recinto de obra, imposibilidad de ejecución de unidades de obra, dificultad para el traslado de objetos museográficos, falta de espacio para talleres, comedores, vestuario, oficinas y almacenes, falta de seguridad interna.

En este rubro de argumentación, presentó material fotográfico inserto en su contestación.

Respecto de la falta de absolución de consultas, la contratista señaló que la carta de apercibimiento identificó, a través de un cuadro, la actividad materia de la consulta y/u observación, los asientos en los que se formuló la consulta y/u observación y el estado de dichas consultas y/u observaciones. La entidad, con la Carta 539-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO, se limitó a remitir un cuadro dando a entender que, a su criterio, las consultas y/u observaciones que detallamos ya habían sido absueltas.

La contratista, consignó en su contestación un cuadro con 53 consultas que la entidad reconoce haber recibido de las cuales 37 de ellas no fueron absueltas. Asimismo, indicó que la entidad omitió informar que no se absolvió durante la ejecución las consultas advertidas en la Carta 43-2018-BAUEN-TACNA-R.L y la Carta 53-2018-BAUEN-TACNA-R.L., referidos a la intervención de la locomotora 2, intervención autocarril 16, intervención SSHH maestraza, pérgola de acceso, traslado de objetos mayores a 1 Ton, restauración sala fundición, adicional vigas oficinas administrativas, platinas columnas, retiro de combustible locomotora.

Existieron consultas de museografía, en el asiento 285, las cuáles fueron elevadas por la supervisión a la entidad, la misma que respondió con la Carta 318-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-DE, no obstante, sigue sin resolverse.

La contratista describe posteriormente, diversas consultas que, desde su punto de vista no fueron absueltas, tales como el referido al vagón 2ª, estructura edificio de servicios turísticos y administración, cuarto de máquinas, entre otros.

Sobre la no autorización de pagos de mayores metrados, la contratista indicó que, mediante la Carta 47-2018-BAUEN-TACNA-R.L, cumplió con levantar todas las observaciones realizadas por la entidad a las valorizaciones de mayores metrados 3 y 4, lo cual ha sido omitido por la entidad en su demanda.

Así, la memoria descriptiva que indicó la entidad fue remitida con dicho documento, adjuntándose un reportaje fotográfico, por lo que es falso lo afirmado por la entidad cuando señaló que no se adjuntó dicha memoria. De otro lado, cuando la entidad cuestiona que el reporte fotográfico corresponde a la oficina de la residencia de obra y no se ajusta a ninguno de los usos que sostiene (guardianía y/o almacén), hace una afirmación falsa debido a que la caseta en cuestión estaba dividida en dos compartimientos independientes, uno que

funcionaba como oficinas de residencia y el otro como almacén. Algo que era de pleno conocimiento de la entidad y la supervisión.

Sobre el cuestionamiento de la falta de anotación de los mayores metrados en el cuaderno de obra, la contratista indicó que, de acuerdo con el artículo 175 del Reglamento no es necesario que exista autorización alguna anotada en el cuaderno de obra por parte de la supervisión.

En relación la falta de pago de valorizaciones presentadas por la contratista, la contratista señaló que la entidad aplicó penalidades desde la valorización 1 al 5, y que éstas corresponden a los numerales 9 y 10 de la cláusula décima cuarta del contrato. Sobre el numeral 9, ésta señaló que ésta estaban referidas a la presentación de los comprobantes de pago de los seguros, los cuales debían presentarse dentro de los treinta (30) días de iniciada la obra, y cuyo monto se determina sobre el 1/10000, precisando que ésta multa es por cada día de incumplimiento. De otro lado, el numeral 10 está referido a la obligación del contratista de presentar las pólizas de seguros indicados en el numeral 1.11 de los términos de referencia, y cuyo monto se determina sobre el 1/5000.

La contrasta interpretó que dichas penalidades contienen dos condiciones. El tiempo y la oportunidad, y a razón de éstos, sólo pueden ser cobradas solo una vez.

En relación con la retención realizada en la valorización 8, la entidad reconoció que el descuento en esa oportunidad se generó por un mandato judicial, pero omitió indicar que la autoridad judicial anuló sus órdenes de embargo, notificando formalmente dicha decisión, según Oficio 34-2018-CSAJT-JPDAAE-T, de fecha 4 de mayo de 2018, el mismo que adjuntó la Resolución 4, de fecha 23 de abril de 2018.

De otro lado, en la valorización 5, también se aplicó un descuento por un monto de S/ 20,000. La entidad afirmó que descontó S/ 14,412.30 por una penalidad por no presentar los comprobantes de pago y pólizas, cuando en realidad el monto descontado asciende a S/ 34,412.30.

En cuanto a la falta de personal de la supervisión con iguales o mayores especialidades y experiencia que el exigido al contratista, BAUEN citó el artículo 159 del Reglamento, mediante el cual la norma dispone que el inspector o supervisor cumplan con la misma experiencia y calificaciones profesionales establecidas para el residente de obra, argumentando que la justificación es que quien supervisa debe tener mínimamente las mismas condiciones. Así, la supervisión no se le exigió contar con un especialista en museografía, pese a que a la contratista sí le fue exigido dicho personal. Esto generó que el supervisor no aprobara los trabajos ejecutados por falta de conocimiento técnico suficiente o sean observados indebidamente. La entidad afirmó que esta situación no afectó la ejecución puesto que cuenta con especialistas dentro de su equipo técnico.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Este Tribunal Arbitral, previo a realizar el análisis antes indicado, estima pertinente dejar claramente establecido los elementos que se incorporan en el punto controvertido no serán resueltos en el orden en que fueron expuestos o rebatidos por la entidad o la contratista, respectivamente.

De los medios probatorios que obran en el expediente arbitral, se tiene que el Contratista procedió a resolver el Contrato mediante Carta N° 53-2018-BAUEN-TACNA-R.L.³ de fecha 02 de julio de 2018. A partir de ello, corresponde verificar si la resolución de Contrato practicada por el Contratista tiene validez y vigencia. En este sentido, primero se realizará el análisis formal y material de la resolución de Contrato practicada por el Contratista.

En cuanto al aspecto formal, es pertinente remitirnos al artículo 136 del Reglamento de la Ley, el cual indica lo siguiente :

“Artículo 136.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe debe precisar con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total”.

De acuerdo con la citada disposición, cuando alguna de las partes (Entidad o contratista) incumpla las obligaciones a su cargo, la parte perjudicada debe cursarle una carta notarial requiriendo su cumplimiento dentro del plazo legal previsto, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Cabe precisar que, tratándose de un contrato de ejecución de obra, el plazo a otorgarse necesariamente debe ser de quince (15) días.

³ Ver Anexo 1-G del escrito, de fecha 11 de diciembre de 2018, presentado por la Entidad.

Ahora bien, en el supuesto que la parte requerida no cumpla con ejecutar las obligaciones a su cargo pese a habérselo solicitado, la parte perjudicada quedará facultada para resolver el contrato, debiendo remitir por vía notarial el documento en el que manifestase dicha decisión. Una vez recibida esta comunicación, el contrato quedaba resuelto de pleno derecho.

Entonces, habiendo determinado los requisitos formales de la resolución de contrato, corresponde ahora verificar si el Contratista, al momento de proceder con resolver el vínculo contractual que mantenía con la Entidad, cumplió con los mismos.

De la revisión de los medios probatorios, este Colegiado ha tenido a la vista el Anexo 1-B del escrito de demanda arbitral presentada por el Contratista con fecha 28 de diciembre de 2018, el cual da cuenta que el Contratista, mediante Carta N° 43-2018-BAUEN-TACNA.RL de fecha 15 de junio de 2018, procedió a comunicar a la Entidad con fecha 15 de junio de 2018 - conforme se aprecia del propio sello de recepción de la Entidad— el requerimiento de cumplimiento de sus obligaciones esenciales a su cargo, bajo apercibimiento de resolver el Contrato, asimismo, realizó el requerimiento vía conducto notarial, conforme a continuación se muestra:

NOTARIA HOPKINS
Av. Rosendó 5118 (p. Registros de Pases)
Tel.: 2404668 - 2789665 3393347
www.notariashopkins.com

CARGO

CARTA N° 43-2018-BAUEN-TACNA.R.L.

Señores
PLAN COPESCO NACIONAL
Av. José Gálvez Barrmechea N° 290 Urb. Córpac
San Isidro -

ESTE DOCUMENTO NO HA SIDO
REDACTADO EN ESTA NOTARIA

Carta Notarial N° 1530
Fecha: 15 JUN 2018

ASUNTO: SOBRE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ESENCIALES POR PARTE DE COPESCO, APERCIBIMIENTO RESOLUCION DE CONTRATO

OBRA: "INSTALACIÓN MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS SERVICIOS TURÍSTICOS PÚBLICOS DE LA ESTACIÓN DE FERROCARRIL TACNA-ARICA EN EL SECTOR MUSEO FERROVIARIO, DISTRITO DE TACNA, PROVINCIA DE TACNA - TACNA.

REFERENCIA:

a) CONTRATO N° 023-2017-MINCETURDMCOPESCO/UAQM "Instalación, Mejoramiento y Ampliación de los Servicios Turísticos Públicos de la Estación de Ferrocarril de Tacna-Arica, en el Sector Museo Ferroviario"

b) ANEXO: 1-A. Lista de consultas no absueltas a la fecha por la Entidad que afectan la ejecución de la obra.

Estimados Señores:

Por medio de la presente nos dirigimos a ustedes para saludarlos y a la vez solicitarles que procedan a cumplir con sus obligaciones esenciales a fin de que se pueda visibilizar la ejecución de la obra y se cumpla con el plazo de ejecución contractual.

En principio, debemos señalar que el primer y sexto párrafo del artículo 8° del Decreto Supremo N° 350-2015-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante RLCE), señala:

"Las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia o el Expediente Técnico, según corresponda, que integran el requerimiento, contienen la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que debe ejecutarse la contratación. El requerimiento puede incluir, además, los requisitos de calificación que se consideran necesarios."

(...)

El área usuaria es responsable de la adecuada formulación del requerimiento, debiendo asegurar la calidad técnica y reducir la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de contratación. El requerimiento puede ser modificado con ocasión de las indagaciones de mercado, para lo cual se deberá contar con la aprobación del área usuaria."

La disposición normativa antes acotada establece a las Entidades Públicas la obligación esencial de entregar un expediente técnico adecuadamente formulado. Considerando que, en

Asimismo, de la lectura del documento en cuestión, se aprecia la existencia del plazo otorgado por el Contratista a la Entidad a fin de que cumpla con ejecutar las obligaciones a su cargo; a saber:

observados por la supervisión sin que exista un mínimo criterio técnico que justifique tal decisión.

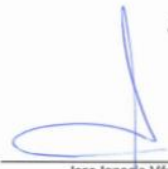
Las situaciones descritas han afectado y determinado de forma directa la reducción del ritmo de obra y que mi representada no pueda ejecutar la obra de acuerdo a la programación y secuencia constructiva adecuada que se tenía trazada.

En tal sentido, se le conmina a que en el plazo de quince (15) días contados desde el día siguiente de recibir la presente comunicación, la que será entregada por conducto notarial, procedan a cumplir con su obligación esencial de que la supervisión cuente con los profesionales con iguales o mayores especialidades y experiencia que el personal técnico de mi representada puesto en obra, bajo apercibimiento de proceder a resolver el contrato por incumplimiento de obligación esencial.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.

Atentamente,

En Lima, a 13 de junio del 2018.


Jose Ignacio Vázquez Gil
Representante Legal
BAUEN Empresa Constructora S.A.U Sucursal en Perú
RUC: 20550293936

Conforme se puede apreciar, el Contratista procedió a requerir a la Entidad a fin de que cumpliera, dentro del plazo de ley (entiéndase quince (15) días), con efectuar las obligaciones a su cargo, con lo cual se tiene que el requerimiento efectuado por el Contratista cumple con los requisitos de forma establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Asimismo, este Colegiado ha tenido a la vista la Carta N° 53-2018-BAUEN-TACNA-R.L de fecha 2 de julio de 2018, a través del cual expresamente se puede apreciar lo siguiente:



Revisada la comunicación antes citada, se tiene que la misma es de fecha 2 de julio de 2018, esto es, de fecha posterior al vencimiento de los quince días otorgados por el Contratista a fin de que la Entidad cumpliera con las obligaciones a su cargo; asimismo se verifica que la misma fue remitida mediante Carta Notarial, conforme lo exige el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Bajo estas consideraciones se tiene que, formalmente, el Contratista ha cumplido con las exigencias establecidas en el Reglamento de Contrataciones del Estado, con lo cual, habiendo verificado el aspecto formal, corresponde

realizar ahora el análisis de fondo, para cuyo efecto se procederá con el análisis de las causales establecidas en la Carta N° 53-2018-BAUEN-TACNA-R.L de fecha 02 de julio de 2018.

De acuerdo con el artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, las causales para resolver un Contrato con el Estado son los siguientes:

“Artículo 135.- Causales de resolución

135.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

- 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;*
- 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
- 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

*135.2. **El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 136.***

135.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato”. (Énfasis agregado)

Respecto a la norma en referencia, debe indicarse que, una vez perfeccionado el contrato, el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad de conformidad con las disposiciones contractuales; por su parte, la Entidad se compromete a pagar al contratista la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato.

En este punto, el colegiado procederá a analizar cada supuesto de resolución formulado por la contratista, con el objeto de verificar su procedencia y pertinencia.

Sobre el cuestionamiento al personal de la supervisión:

La contratista señaló que la entidad incumplió su obligación esencial debido a que se cambió tres veces a la supervisión de la obra, afectándola. Asimismo, no ha contado – el supervisor – con personal técnico especializado en museología mientras que aquella – la contratista – sí. En ese orden de ideas, continúa la contratista, las actividades especializadas y realizadas no pueden ser supervisadas por quien no tiene conocimiento ni experiencia en la materia; y lo mismo sucede con varias especialidades con las que cuenta pero que su contraparte – el supervisor – carece. Esto habría generado que se aprueben trabajos por falta de conocimiento técnico para calificar las actividades ejecutadas.

La entidad indicó que la contratación del supervisor se hizo acorde con las disposiciones de la normativa de contratación pública. Asimismo, ésta – la entidad – cuenta con un equipo de especialistas en museología, museografía y restauración con la experiencia necesaria para el adecuado monitoreo de los trabajos y la atención de los hitos de ejecución. De otro lado, señaló que las valorizaciones de mayores metrados 2, 3 y 4 fueron observadas por omisiones en el sustento y no por estar vinculados a determinada especialidad.

La contratista, al resolver el contrato indicó que la entidad reconoció que la supervisión no contaba con los especialistas mencionados y que el trámite de trasladar las consultas a la entidad y que su personal las analice y devuelva transcurrían plazos excesivos que afectaron la programación de la secuencia constructiva. Asimismo, señaló que la supervisión debe contar con personal dedicado únicamente a la obra, siendo que el personal de planta de la entidad no sólo se dedica a la obra en particular, sino que debe realizar labores administrativas que hacen que su dedicación a la obra no sea completa. Con estas situaciones se demuestra que la demora en la absolución de las consultas desde su inicio ha afectado la programación de la secuencia constructiva.

El contrato de supervisión es un contrato independiente del contrato de obra, aun cuando, por su naturaleza, ambos (ejecución y supervisión) se encuentren relacionados en concordancia con el elemento accesorio que los identifica. Así, la prestación del supervisor está ligada indefectiblemente a la prestación del ejecutor debido a que el primero controlará las labores del segundo.

En este contexto, aun reconociendo su vinculación, se trata de dos contratos distintos e independientes que suscribe la entidad. En el presente reclamo, el contratista fundamentó, entre otros, una resolución contractual argumentando que la entidad había incumplido una obligación esencial al no exigir a la supervisión profesionales con iguales o mayores especialidades y experiencia que el personal técnico exigido para la contratista.

El artículo 135 del Reglamento de la Ley 30225, aprobado por el Decreto Supremo 350-2015-EF, establecía que el contratista puede solicitar la resolución contractual cuando la entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras **obligaciones esenciales a su cargo**. En ese sentido, este colegiado analizará la naturaleza del incumplimiento expuesto por la contratista, con el objeto de verificar la configuración de esta causal.

En este punto, es importante verificar que los contratistas se encuentran limitados en la potestad de resolver los contratos ante incumplimientos de la entidad, y sólo es posible materializar dicha facultad cuando ésta – la entidad – incumpla obligaciones de carácter esencial⁴. Ahora bien, es requisito, para un

⁴ En efecto, tal como lo expone la Opinión 027-2014-DTN, el contratista encuentra limitada su facultad de resolver el contrato puesto que no le es permitido romper el vínculo contractual ante cualquier tipo de incumplimiento, sino que éste debe ser trascendente, esencial. Así, la mencionada opinión señaló lo siguiente:

“De esta manera, a través de la distinción descrita, la normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la

incumplimiento, que exista una obligación consignada en el contrato, y que ésta – la obligación – sea de naturaleza esencial⁵.

En el presente caso, la contratista argumentó el incumplimiento de una obligación esencial debido a que no exigió el mismo personal que se le requirió. No obstante, no ha indicado en qué parte del contrato⁶ suscrito con la entidad se consigna dicha obligación. Es más, al revisar el acuerdo no se advierte que la entidad tenga la obligación (contractual) con el ejecutor de la obra de solicitar el mismo personal.

En ese orden de ideas, al no estar consignada como una obligación contractual entre la entidad y la contratista, solicitar a la supervisión el mismo personal que el exigido para el ejecutor, no se configura el incumplimiento expuesto por la empresa Bauen, por lo que, en este extremo, la resolución contractual carece de fundamento.

Es importante mencionar que la contratista señaló en su apercibimiento que la entidad incumplió la obligación esencial de solicitar que la supervisión cuente con los profesionales con iguales o mayores especialidades y experiencia que el personal técnico del ejecutor. Sobre este particular, el artículo 159° del Reglamento establecía que, para el caso del supervisor, éste debe cumplir con la misma experiencia y calificación exigidas para el residente. Ahora bien, dicha exigencia se enmarca en el perfil requerido para ocupar el cargo de supervisor, pero no existe legalmente un condicionamiento extensivo a todo el personal de la supervisión. Es decir, si por ejemplo se pide una experiencia determinada para el residente, la entidad, al momento de contratar la supervisión, no puede exigir para éste – el supervisor – una experiencia menor a la requerida para aquél – el residente –.

De otro lado, la contratista afirmó que el cambio reiterado de la supervisión afectó el normal desarrollo de la ejecución. No obstante, aun cuando dichos cambios efectivamente pudieron generar una distorsión en la ejecución, no existe un límite para los mencionados cambios, sin perjuicio de reconocer que no resulta eficientes modificaciones constantes en la figura de los supervisores, por lo que no se configura como un incumplimiento contractual.

La contratista también argumentó que la demora debido a la falta de especialistas también afectó el normal desarrollo de la obra. Asimismo, precisó que el personal de la supervisión tiene una dedicación exclusiva a la obra, mientras que el personal de la entidad no, y éste – el personal – tiene que realizar además labores de naturaleza administrativa. Sobre este particular, si la entidad

continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación”.

⁵ Cabe señalar que, tal como lo dispone la Opinión 027-2014-DTN, no es necesario que en el contrato se haya identificado expresamente que una obligación es esencial, debido a que su naturaleza dependerá si la mencionada obligación es indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

⁶ Por contrato, se entiende, de acuerdo con el artículo 116 del Reglamento de la Ley 30225, tanto a los documentos del procedimiento (bases), la oferta ganadora, el documento que lo contiene (documento que perfecciona el contrato y es suscrito por las partes), así como cualquier otro documento que establezca obligaciones para las partes y derive del procedimiento de selección.

dispuso que su personal revise y controle algunas especialidades involucradas en el proyecto, ésta representa una decisión de gestión, la cual no puede ser cuestionada por el proveedor, sin perjuicio de reconocer que efectivamente este hecho podría haber retrasado la programación, los cuales deben ser tratados como no imputables al contratista.

Por los fundamentos expuestos, en este extremo, el colegiado estima que no resulta una causal de resolución de contrato.

Falta de pago de valorizaciones presentadas por el contratista

La entidad señaló que no existe saldo pendiente en las valorizaciones debido a que éstas fueron objeto de penalidades y una retención por mandato judicial. En relación con las penalidades, del cuadro consignado en el contenido de la demanda, la entidad indicó que éstas – las penalidades – derivaron por no presentar los comprobantes de pago de seguros y presentación de las pólizas.

La contratista indicó que las penalidades mencionadas corresponden a los numerales 9 y 10 de la cláusula décima cuarta del contrato.

El numeral 9 señaló que el contratista deberá presentar ante la supervisión y/o la entidad los comprobantes de pago de los seguros materia del presente contrato, que acrediten la cancelación de la prima correspondiente, dentro de los treinta días de iniciada la obra. La penalidad (multa) es por cada día de incumplimiento. El monto de la penalidad es de 1/10000.

De la redacción se advierte que la obligación fue presentar los comprobantes de pago de los seguros materia del contrato dentro de los 30 días de iniciada la obra. Es decir, la contratista tenía, sin estar sujeto a una penalidad, 30 días, contados a partir del día siguiente del inicio de la obra, para presentar determinada documentación, que en este caso serían los comprobantes de pago de las primas de los seguros. A contrario, si la contratista no presentaba dichos documentos dentro del plazo indicado se activaría el esquema de la penalidad.

La contratista señaló que la forma en que está redactada la penalidad implica que ésta sólo puede cobrarse una sola vez, y su oportunidad era dentro de los 30 días de iniciada la obra.

Sobre este particular, el colegiado aprecia que la cláusula décimo cuarta contiene el siguiente cuadro:

Adicionalmente a la penalidad por mora se aplicaran las siguientes penalidades

Nº	Motivo	PENALIDAD A APLICAR	FORMA O PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN
1	SEGURIDAD DE OBRA Y SEÑALIZACIÓN Cuando el contratista no cuenta con los dispositivos de seguridad en la obra tanto peatonal o vehicular incumpliendo las normas, además de las señalizaciones solicitadas por LA ENTIDAD. La multa es por cada día. Los dispositivos y señales de seguridad serán: - Señales de prevención para tránsito peatonal y vehicular.	1/10000	ACTA DE LA SUPERVISIÓN
2	IMPLEMENTOS DE PROTECCIÓN EN OBRA Y DE PERSONAL Cuando el contratista no disponga de elementos de seguridad. Los elementos de seguridad serán: - Mallas de seguridad	1/10000	ACTA DE LA SUPERVISIÓN

3

11	CAMBIO DE PERSONAL PROFESIONAL - CON AUTORIZACION DE LA ENTIDAD Los cambios de Personal Profesional solicitados por EL CONTRATISTA, que no tengan origen en circunstancias de caso fortuito fuerza mayor, y que sean aprobados por LA ENTIDAD. La multa es por cada evento.	1/10000	INFORME DE COORDINADOR Y/O SUPERVISOR DE OBRAS
12	POR NO APROBACIÓN DE SUSTITUCIÓN DE PERSONAL SEGÚN LO PREVISTO EN EL CUARTO PÁRRAFO DEL ART. 162º DEL REGLAMENTO En caso culmine la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado y la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser remplazado	0.75 UIT por cada día de ausencia del personal en obra.	INFORME DEL COORDINADOR DE OBRAS
13	POR IMPEDIMENTO DE ACCESO AL CUADERNO DE OBRA Si el contratista o su personal, no permite el acceso al cuaderno de obra al inspector o supervisor, impidiéndole anotar las ocurrencias.	5/1000 del monto de la valorización del periodo por cada día de dicho impedimento	INFORME DE SUPERVISIÓN
14	USO DE MATERIALES SIN ENSAYOS DE CALIDAD PREVIOS Cuando el contratista emplee materiales que no cuenten con los certificados y/o ensayos de calidad previos a su utilización. La penalidad será por cada caso detectado.	1/5000	ASIENTO DE CUADERNO DE OBRA O ACTA
15	CRONOGRAMA VALORIZADO AL INICIO DEL PLAZO CONTRACTUAL En caso el contratista no cumpla con entregar el calendario valorizado adecuado a la fecha de inicio del plazo contractual ante la supervisión en un plazo de 48 horas de iniciado el plazo de ejecución de obra . Esta multa se aplicará por cada día de atraso en la presentación del cronograma antes indicado.	1/5000	INFORME DE LA SUPERVISIÓN

En cada caso la penalidad a aplicar será la fracción indicada multiplicada por el monto del contrato y por día de incumplimiento o para cada vez que se produzca la infracción.

Los extremos antes citados, corresponden a la relación de "otras penalidades". En este recuadro se aprecia que en el caso de las penalidades N° 12 y N° 13, se indica expresamente que corresponde a cada día de dicho impedimento. Téngase en cuenta que ello no se indica respecto de las otras 13 penalidades.

La contratista afirmó en su contestación que dicha redacción sólo tiene una interpretación, y que es que sea aplicada al inicio de la obra, pero la entidad la aplicó durante las valorizaciones 1 a 5. Adicionalmente, indicó que la redacción no considera como factor de cálculo de la penalidad los días de incumplimiento.

Al final de la mencionada cláusula una precisión aplicable a todas las causales consideradas en el cuadro de penalidades. Así, se verifica que la misma cláusula décima cuarta indicó lo siguiente:

“En cada caso la penalidad a aplicar será la fracción indicada multiplicada por el monto del contrato y por cada día de incumplimiento o para cada vez que se produzca la infracción”.

Este extremo de la cláusula contractual hizo una precisión: la penalidad a aplicar por cada día de incumplimiento o por cada vez que se produzca la infracción.

El Tribunal Arbitral aprecia que solo hay dos casos (penalidades 12 y 13) en donde se ha indicado “por cada día de incumplimiento”.

En este orden de ideas, la entidad, está legitimada para cobrar la penalidad conforme el análisis antes realizado, por lo que, cualquier retención por concepto de penalidad que desborde dicho margen carece de respaldo contractual.

Cabe señalar que los puntos analizados en este acápite, y que fueron fundamentos para la resolución contractual del contratista, también se configura como una pretensión de la demanda de BAUEN. En ese sentido, al abordar la tercera pretensión principal de la demanda del contratista, el tribunal hará referencia al presente análisis⁷.

Respecto a la Valorización N° 8, de acuerdo con el Estado de la Valorización en el escrito de Alegatos de la Entidad de fecha 27 de julio de 2021, esta parte indica que el estado de la citada valorización se encuentra en “*PAGADO. El monto de S/20,000.00 no está pendiente de pago, la Entidad lo retuvo en cumplimiento de una Resolución Judicial*”; sin embargo, el Contratista por su lado indica que la autoridad judicial anuló las órdenes de embargo, habiendo notificado formalmente dicha decisión a la Entidad; no obstante, la Entidad, a pesar de conocer dicha decisión no realizó ninguna actuación para remediar su accionar.

Sobre ello, este Colegiado aprecia que el Oficio N° 34-2018-CSJT-JPDAAE-T de fecha 23 de abril de 2018, que contiene la Resolución N° 4 de fecha 23 de abril de 2018 emitida por el Juzgado de Paz de la Esperanza de la Corte Superior de Justicia de Tacna, recepcionada por la Entidad el día 27 de abril de 2018, se resuelve declarar nula la Resolución N° 1 de fecha 12 de febrero de 2018, donde se resuelve trabar la medida cautelar de embargo en forma de retención por la

⁷ Mediante la tercera pretensión principal de la demanda de la empresa se solicita que el Tribunal Arbitral declare que BAUEN Empresa Constructora SAU – Sucursal en Perú no ha incurrido en supuesto alguno de aplicación de penalidad contemplada en la cláusula décima cuarta del contrato.

suma de S/ 20,000.00 sobre los fondos económicos de la Empresa Constructora Bauen.

EJECUCION DE MEDIDA

RESOLUCION NRO. 04

AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO: PRIMERO: EL ESCRITO CON FECHA 20/ABR/18, PRESENTADO POR LA EMPRESA BAUEN EMPRESA CONSTRUCTORA SUCURSAL TACNA EN PERU, donde solicita la suspensión de dicha medida y que de acuerdo a sus atribuciones y procede a emitir nuevo pronunciamiento; SE RESUELVE: SE PROCEDE A DECLARAR NULO la resolución N°01 de fecha 12/FEB/18; donde resuelve TRABAR medida cautelar DE EMBARGO EN FORMA DE RETENCION HASTA POR LA SUMA DE s/.20,000 (VEINTE MIL SOLES) sobre los fondos económicos de la EMPRSA BAUEN EMPRESA CONSTRUCTORA SAU SUCURSAL EN PERU, debiendo oficiar con tal propósito para el cumplimiento. Tómese razón y Hágase saber.-

En ese sentido, la Entidad no contaba con justificación alguna para retener la suma de S/ 20,000.00, toda vez que el mismo Juzgado declaró nula aquella retención. De lo expuesto, este Colegiado ha verificado que la Entidad no ha podido acreditar que, pese a la anulación del embargo, no haya podido pagar al Contratista el monto controvertido; por tanto, la Entidad estaría constituyendo un incumplimiento de una obligación esencial.

Por tanto, este Colegiado precisa que la falta de pago, respecto a la valorización N° 8 sí es una causal válida para la resolución del contrato, en tanto que el pago constituye una obligación esencial.

Respecto a la Valorización N° 5, de acuerdo con el Estado de la Valorización en el escrito de Alegatos de la Entidad de fecha 27 de julio de 2021, esta parte indica que el estado de la valorización N° 5 se encuentra en "PAGADO. EL monto de S/ 14,412.30 no está pendiente de pago, la Entidad lo retuvo por la penalidad"; sin embargo, el Contratista indica que la Entidad aplicó un descuento arbitrario de S/ 20,000.00, toda vez que en la Carta N° 539-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO se indica haber descontado S/ 14,412.30, cuando en realidad el monto descontado de forma arbitraria asciende a S/ 34,412.30.

De acuerdo a lo mencionado, este Colegiado advierte que, de los medios probatorios aportados al presente proceso, el Contratista no ha dejado constancia del descuento arbitrario de S/ 20,000.00 al que hace referencia, así como tampoco ha demostrado que el monto descontado asciende a S/ 34,412.30. En tal sentido, no se puede corroborar el descuento arbitrario de S/ 20,000.00 respecto a la valorización N° 5, toda vez que, de los medios probatorios aportados solo se tiene el Oficio N° 37-2018-CSJT-JPDAAE-T de fecha 04 de mayo de 2018, que contiene la Resolución N° 4 emitida por el Juzgado de Paz de la Esperanza de la Corte Superior de Justicia de Tacna, el cual reconoce que devuelve el depósito Judicial/Administrativo N° 2018000801969 por la suma únicamente de S/ 20,000.00.

EJECUCION DE MEDIDA

RESOLUCION NRO. 04

AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO: PRIMERO: QUE SEGÚN ESCRITO CON FECHA DE INGRESO 20 DE ABRIL DEL 2018, con sumilla se deje sin efecto y que de acuerdo a sus atribuciones proceda a emitir nuevo pronunciamiento y el Juzgado en atención a lo solicitado procede a emitir pronunciamiento de acuerdo a los medios probatorios a su validez de dichos documentos ya que el demandante a inducido a error a esta Judicatura, donde se procederá remitir oficios al Ministerio Público y otros entes del estado para su esclarecimiento de los medios probatorios que obran en el expediente principal; SE RESUELVE:

PRIMERO: PROCEDASE A DEJAR SIN EFECTO LA RESOLUCION N° 01 Y 03 antes mencionada del presente proceso

TERCERO: PROCEDASE A DEVOLVER a Plan Copesco Nacional EL depósito Judicial/Administrativo N° 2018000801969, por la suma de S/.20,000 soles remitido a esta Judicatura con tal propósito para el cumplimiento. Téngase razón y Hágase saber.-

Por tanto, respecto al supuesto pago retenido en la Valorización N° 5, resulta imposible determinar si dicha causa de resulta válida para la resolución de contrato efectuado por el Contratista.

Sobre la interferencia referida al servicio ferroviario

En relación con esta causal el Tribunal Arbitral precisa que tiene estrecha vinculación con séptima pretensión principal de la demanda de la contratista, por lo que el presente análisis será abordado al momento de desarrollar dicha pretensión.

Es un hecho incuestionable que el servicio ferroviario se mantuvo activo durante la ejecución de la obra, situación reconocida y aceptada por ambas partes en el presente arbitraje. Ahora bien, la contratista indicó que esta interferencia generó distorsiones durante la ejecución contractual, afectando parcialmente las actividades de la obra, generando un cambio en el plan de ejecución, entre otros.

En este punto es importante definir si en la ejecución de esta obra, mantener el servicio ferroviario activo representa o no una interferencia, a fin de determinar si efectivamente, existieron razones para cuestionar su funcionamiento.

La contratista presentó un peritaje de parte; y éste – el perito – al elaborar su informe consideró, entre otros puntos, que:

“(...) el funcionamiento del tren es una interferencia que ha impedido que se ejecuten los trabajos con normalidad ya que son evidentes las restricciones por causa del horario del servicio del tren, sus maniobras internas en la propia estación y las limitaciones de acceso”.

De otro lado, el perito designado por la entidad, estableció en su informe lo siguiente:

“El suscrito concluye que el funcionamiento del ferrocarril de pasajeros de la estación sí influyó en el normal desarrollo de las obras. Sin embargo, al

no haber sido materia de observación por parte del contratista en la entrega de terreno, únicamente podría haber sido causal para una modificación del contrato en el marco del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”.

Es pertinente mencionar que, mediante la Carta 01-2017-CONSORCIO FERROVIARIO TACNA/RL⁸, de fecha 3 de agosto de 2017, el proyectista absolvió diversas consultas formuladas por la entidad y, entre otros, señaló lo siguiente:

“Con respecto a la consulta 3, para la programación de obra, se ha contemplado que la estación de ferrocarril debe estar cerrada y no debe brindar servicio durante la ejecución estas partidas, ya que la entidad es la responsable de coordinar la entrega y libre disponibilidad del terreno, y el contratista es responsable de la recepción del terreno en los términos que éste acepte (...)”

También es importante señalar que la entidad argumentó tanto en el cuestionamiento al peritaje, como en audiencias desarrolladas, que, si bien el servicio ferroviario estuvo activo, la contratista no hizo cuestionamiento alguno durante el acto de entrega de terreno, convalidando esta situación.

Sobre este particular, en ambos peritajes se ha definido técnicamente que mantener en funcionamiento el servicio ferroviario resulta una interferencia. En ese sentido, mantener dicha actividad afecta la normal ejecución de la obra, de acuerdo con la información del expediente técnico. A esta conclusión técnica, se incluye lo señalado por el proyectista que elaboró el expediente técnico, quien precisó que al momento de elaborar el expediente técnico no se tomó en consideración el funcionamiento de este servicio, con lo cual se acredita que los trabajos y actividades consignadas en el expediente técnico de proyectaron bajo una realidad distinta a la encontrada.

En relación con lo manifestado por el proyectista, la entidad señaló durante la audiencia de informes orales que éste – el proyectista – en realidad no se había pronunciado al respecto y sólo había emitido una opinión, debido a que al absolver la consulta de la entidad señaló expresamente: **“NO CORRESPONDE PRONUNCIAMIENTO”**. No obstante, aún haya mencionado efectivamente que no le corresponde pronunciarse, lo que sí existe es la declaración de quien formuló y elaboró el expediente indicando que no se tomó en consideración un servicio ferroviario activo. En ese orden de ideas, se infiere válidamente que todos los trabajos, actividades y acciones consignadas en las partidas del expediente técnico fueron determinadas en un contexto de inactividad del servicio. Así, si la realidad cambia al intervenir la obra, entonces el proceso constructivo se ve afectado.

Cabe señalar, que el peritaje presentado por la entidad señaló posterior al reconocimiento que el funcionamiento del servicio sí influyó en las labores, que

⁸ Este documento fue presentado por la entidad y se consignó como anexo del Informe 141-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-LCV, que fue remitido con escrito de fecha 18 de octubre de 2019.

eso debió motivar la modificación del contrato, en especial de la programación de las obras. Aquí es importante mencionar que esa sugerencia genera convicción al colegiado de que efectivamente esta influencia de la actividad ferroviaria es efectivamente una interferencia debido a que ante estas situaciones – interferencias – siempre es necesario una reformulación de los trabajos, sea modificando las labores inicialmente concebidas o incorporando nuevas actividades.

Otro elemento importante que se señaló durante la audiencia es que el servicio ferroviario al ser un servicio público no puede ser suspendido. Ahora bien, en este arbitraje no se va a discutir si es legal o ilegal suspender el funcionamiento del servicio público del ferrocarril, pero sí es importante verificar que sí, bajo la premisa de la entidad, no podía ser suspendido, entonces esta situación debió ser considerada expresamente en el expediente, considerando los cambios necesarios en esta nueva realidad.

De otro lado, también en la audiencia de informes se mencionó que en la memoria descriptiva del expediente técnico se hizo mención a que el servicio del tren iniciaría funciones en el año 2016. Sobre este punto, el Tribunal Arbitral advierte que ninguna de las partes presentaron copia de dicha memoria descriptiva a la cual se hace referencia; situación que impide que se corrobore lo mencionado por la entidad, sin perjuicio de señalar que durante el desarrollo del arbitraje no se hizo mención a este argumento, recordando que las partes son responsables por brindar y remitir los medios probatorios que sustentan sus alegaciones. Adicionalmente, este colegiado también distingue entre el inicio de funciones de un servicio y que éste – el servicio – se mantenga activo durante la ejecución de una obra en el ambiente o terreno donde se presta dicho servicio.

La entidad también argumentó, sobre la base del pronunciamiento del proyectista que la contratista aceptó la entrega del terreno sin objeción alguna y con ello convalidó la situación de actividad del servicio no contemplada en el expediente técnico. Sobre este particular, el Tribunal Arbitral no comparte esa posición, debido a que la entidad no presentó medio probatorio alguno que acredite que dicha situación de actividad haya sido conocida por la contratista al momento de la entrega de terreno, máxime si del expediente técnico no se desprende esta situación.

Adicionalmente, genera atención que posterior a la resolución contractual, en los procedimientos para culminar los trabajos pendientes, se haga expresa mención a la situación de actividad del servicio durante la ejecución de la obra. Este hecho resulta relevante puesto que permite inferir que la entidad consideró necesario realizar dicha precisión para que la información resulte eficiente y con ello evitar los problemas o cuestionamientos que se están discutiendo en este arbitraje.

Por los argumentos expuestos, y considerando los pronunciamientos técnicos de los peritos y la manifestación del proyectista, así como el hecho concreto de precisar en procedimientos de selección posteriores que el servicio ferroviario se mantendría activo durante la ejecución de la obra, este colegiado infiere que efectivamente existió interferencias que afectaron la normal ejecución del contrato debido a la actividad del servicio ferroviario, lo cual, si constituye un

incumplimiento de obligación esencial (referido a la obligación de brindar la disponibilidad del terreno) por lo que se configura, en este extremo, una causal para resolver el contrato.

Sobre la no absolución de consultas

El contratista indicó que las deficiencias en el expediente técnico afectaron la ejecución de la obra, a fin de acreditar ello, refiere que, desde el inicio de la ejecución del plazo contractual se ha evidenciado diversas deficiencias, vacíos, defectos u omisiones del expediente, lo que generó que se haya reducido el ritmo de la obra y la tramitación de diversos adicionales que no eran necesarios para culminar la obra; en ese sentido, las deficiencias del Expediente Técnico derivaron en consultas que no fueron absueltas por la Entidad.

Por su lado, la Entidad precisa que los asientos del cuaderno de obra no refieren información exacta sobre la materia consultada, razón por la cual en la Carta N° 539-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO, se detallan las consultas presentadas a través de la supervisión de obra y su correspondiente absolución, las cuales cumplen con lo establecido en el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; en ese sentido, se concluye que no existe ninguna consulta pendiente de absolución.

De la revisión de los medios probatorios, se advierte que efectivamente se hicieron consultas y que éstas fueron respondidas por la entidad y desarrolladas en el Informe 591-2017-MINCETUR/DM/COPESC-UEP-ED. No obstante, la contratista argumentó que algunas de absoluciones formales de las consultas no resolvían el inconveniente de fondo presentado durante la ejecución.

En la consulta 8, la contratista refiere que no se han considerado trabajos en la tornamesa y manifiesta que ésta necesita las siguientes intervenciones⁹:

- a. Picado, resane y tartaeo del último peldaño, el cual está muy deteriorado y expuesto de manera que le da una mala apariencia al futuro renovado Museo.
- b. Los tablonos (maderas) de la tornamesa esta sucios, desalineados, picados, apolillados y requieren intervención.
- c. Los apoyos que sirven para unir la tornamesa con la línea del ferrocarril que son de madera están añadidos, apolillados, rajados y dan mal aspecto al futuro renovado museo.
- d. La parte interior de la tornamesa compuesta por elementos metálicos están oxidados, requieren limpiado, arenado y pintado.

Como puede verificarse la consulta generada por la contratista no expone un inconveniente que retrase o distorsione la ejecución de sus labores, sino que se configuran, para este colegiado, como sugerencias de mejoras, debido a que hacen referencia al estado de la tornamesa y su mala apariencia. En este sentido, la consulta 8 fue respondida adecuadamente cuando en el mencionado informe se indicó que los trabajos deben ceñirse al expediente técnico, con lo cual implícitamente denegó la propuesta de BAUEN.

En la consulta 9 la contratista solicita pronunciamiento debido a que la escalera que se ubica al lado del proyectado patio de comidas no cuenta con apoyos y es

⁹ La imagen es extraída del Informe 591-2017-MINCETUR/DM/COPESCO-UEP-ED.

de madera antigua lo que genera un posible desplome. La entidad señaló que deberá soportarse la estructura en dos pies derechos unidos por una viga soporte. La contratista supone que dicha respuesta es un adicional y precisó en su cuadro que mediante Carta de 202-2018-MINCETUR/COPESCO se indicó que sería incorporada en el Adicional 1. Sobre este punto, se advierte que la entidad respondió y absolvió la consulta, brindando una solución.

En las consultas posteriores calificadas por la contratista como no resueltas, la entidad respondió, según detalle del cuadro presentado por la empresa; y en algunos casos propuso soluciones, las cuales para la contratista implicaban adicionales, otras indicando expresamente que serían incorporadas en adicionales. Ahora bien, es posible que las adiciones tramitadas no hayan sido ejecutadas o aprobadas, no obstante, dicha situación posterior no modifica hecho que la entidad haya respondido las consultas, con las características que se han indicado, por lo que no puede considerarse que la entidad haya incumplido con su obligación de responder las consultas formuladas. En ese sentido, en este extremo, no se configura una causal para resolver el contrato.

Sobre la no autorización del pago de valorizaciones por mayores metrados

La Entidad señaló que mediante la Carta N° 539-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO comunicó al Contratista que las valorizaciones se encuentran observadas al no haber presentado documentación que sustente su ejecución, razón por la cual no se ha autorizado su pago. En esa línea, el Contratista precisa que mediante la Carta N° 47-2018-BAUEN-TACNA-R.L. de fecha 28 de junio de 2018, sí se cumplió con levantar todas las observaciones realizadas por la Entidad respecto a las valorizaciones de mayores metrados N° 3 y 4; no obstante ello, la Entidad no cumplió con autorizar el pago de los mayores metrados, puesto que a través de La Carta N° 578-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO de fecha 2 de julio de 2018 se persistió en reiterar de manera arbitraria observaciones carentes de sentido.

A partir de lo expuesto, este Colegiado advierte que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, tenemos que los pagos se dan bajo el siguiente contexto:

“Artículo 149.- Del pago

La Entidad debe pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguiente a la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

En caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

Las controversias en relación a los pagos a cuenta o pago final pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje.

Al respecto, a criterio de este Tribunal Arbitral es pertinente tener presente el procedimiento establecido para que procediese el pago de los mayores

metrados; así, el Tribunal Arbitral ha tenido a la vista las Bases Integradas del Contrato, en el cual se estableció lo siguiente:

3.7. PAGOS

El pago se realiza después de ejecutada la respectiva prestación, pudiendo contemplarse pagos a cuenta, según la forma establecida en la sección específica de las bases o en el contrato.

La Entidad paga las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendarios siguientes a la conformidad de los servicios, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello. La conformidad se emite en un plazo máximo de veinte (20) días de producida la recepción.

En el caso que se haya suscrito contrato con un consorcio, el pago se realizará de acuerdo a lo que se indique en el contrato de consorcio.

Conforme se puede apreciar, en las Bases se estableció el procedimiento que la Entidad debía seguir para realizar el pago por el servicio prestado, esto es, dentro de los quince (15) días siguientes a la conformidad de los servicios; al respecto, es importante resaltar que, quien daba la conformidad a los servicios es la Entidad.

En ese sentido, este Tribunal Arbitral estima pertinente verificar si en el presente caso se ha cumplido con la existencia de la conformidad antes indicada de modo tal que se pueda considerar que la falta de pago de mayores metrados se encuentra debidamente justificada por el Contratista.

Respecto al pago de los mayores metrados N° 3 y 4 antes indicados, este Tribunal Arbitral, a partir de los medios de prueba alcanzados por las partes y las afirmaciones hechas por éstas, ha podido verificar que no se ha cumplido con los requisitos establecidos para el pago de las mismas; toda vez que no se han presentado informes y/o cartas donde la Entidad deje constancia de la conformidad y/o autorización del pago de los mayores metrados, este hecho además ha sido plenamente reconocido por el Contratista, el cual en su escrito de contestación de demanda manifestó lo siguiente:

A pesar de esto, la Entidad no cumplió con autorizar el respectivo pago de los mayores metros antes mencionados, puesto que con carta N° 578-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO de fecha 02 de julio de 2018 e Informe N° 084-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO, persistió en reiterar de manera arbitraria observaciones carentes de sentido que procedemos a desacreditar aquí:

Sobre este particular, tanto en los documentos presentados, como en las audiencias ambas partes han reconocido que estas valorizaciones fueron observadas. Asimismo, la contratista indicó que las observaciones fueron levantadas posteriormente, pero sobre esta subsanación la Entidad no se ha pronunciado. En ese orden de ideas, no existe en este momento el análisis de la entidad previo al pago, con lo cual se generaría el devengado. Así, este colegiado no puede determinar si lo presentado por la contratista levantó las observaciones formuladas inicialmente, por consiguiente, la entidad habría incumplido con su obligación; o por el contrario se mantienen las observaciones, con lo cual la falta de pago sería justificada. Cabe señalar que esta situación deberá ser definida durante la liquidación del contrato.

Por lo expuesto, en este extremo, no se configura una causal para resolver el contrato.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR AL CONTRATISTA PAGAR A LA ENTIDAD EL MONTO DE S/ 9,507.55, POR CONCEPTO DE PAGOS QUE HABRÍAN SIDO INDEBIDAMENTE REALIZADO POR EL PLAN COPESCO NACIONAL AL CONTRATISTA.

POSICIÓN DEL PLAN COPESCO

La Entidad fundamenta esta pretensión bajo las siguientes ideas:

- **RECUPERACIÓN DE MONTOS PAGADOS INDEBIDAMENTE AL CONTRATISTA**

La Entidad señaló que, mediante Informe N° 0203-0194-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-LCV, de fecha 04 de diciembre de 2018, que existieron partidas contractuales cuyas especificaciones técnicas precisaban trabajos específicos en áreas determinadas, los cuales, si bien fueron ejecutados por el Contratista, éste ejecutó más trabajos en más áreas, a partir de tales especificaciones, pero que debieron ejecutarse como prestaciones adicionales y que, sin embargo, para efectos del pago se tramitaron como mayores metrados.

Adicionalmente, indicó que las partidas han sido ejecutadas de manera defectuosa realizando el desmontaje de bienes que debieron ser custodiados por el Contratista, y luego reinstalado y/o entregado a la Entidad, pero los mismos desaparecieron y la Empresa desconoce su ubicación.

En ese sentido, la Entidad pretende aplicar un descuento en la liquidación el monto de S/. 9,507.55 (nueve mil quinientos siete con 55/100 soles) derivado de S/. 2,497.34 (dos mil cuatrocientos noventa y siete con 34/100 soles), correspondiente al pago por las partidas contractuales deficientemente ejecutadas, y el monto de S/. 7,010.21 (siete mil diez con 21/100 soles), que corresponde a los trabajos ejecutados y pagados como si fueran mayores metrados, debiendo ser prestaciones adicionales.

- **EL PAGO INDEBIDO AL CONTRATISTA**

La Entidad señala que, conforme al artículo 1267° del Código Civil, el pago indebido se configura cuando se produce la entrega de un bien o cantidad en pago por error de hecho o derecho a alguien, lo que contiene implícitamente la obligación de éste de restituir el bien o cantidad de dinero a quien se la entregó.

En el presente caso, como ha sido indicado por el Área Técnica, la Entidad realizó el pago indebido a la Contratista de partidas que fueron ejecutadas deficientemente, y de trabajos que fueron ejecutados como si se tratara de

mayores metrados, cuando en realidad debieron ser tramitados como prestaciones adicionales.

POSICIÓN DE BAUEN

La contratista se opuso al arbitraje debido a que en la solicitud de arbitraje la entidad no estableció este elemento como pretensión, por lo que formalmente no se ha iniciado el arbitraje. Asimismo, no formuló acumulación de esta pretensión, y al ser un arbitraje ad hoc, BAUEN no ha sido válida y formalmente notificada con una solicitud de arbitraje para tal pretensión.

No obstante, continúa la contratista, para no caer en indefensión se pronuncian por esta pretensión, analizando el fondo del petitorio.

Así, señaló que un adicional, según anexo de definiciones del Reglamento, es aquella no considerada en el expediente técnico ni en el contrato original, cuya realización es indispensable y/o necesaria para cumplir la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional. En ese sentido, afirmó BAUEN, *“solo la omisión total de información (entiéndase, en todos los documentos que forman parte del expediente técnico) podría generar la aprobación de una prestación adicional de obra”*.

En el presupuesto del expediente se consideró las partidas de desmontaje de planchas onduladas en techo; acarreo manual de demoliciones D=10m y eliminación de material de demoliciones dist. Media = 15 Km; con lo que no se está en el supuesto de omisión total de información.

En todos los planos mencionados en la contestación se indicaban como partidas a ejecutar el reemplazo de planchas onduladas zincadas por lo que es evidente que era necesario, para el reemplazo, desmontar las existentes.

Esta partida de desmontaje fue parcialmente medrado en el edificio de servicios turísticos, por ello es que el residente solicita mayores metrados para cumplir con la exigencia, según planos, en los edificios sala Perú, sala Tacna Arica, servicios turísticos, fundición y herrería.

La entidad, a través del Informe 591-2017-MINCETUR/DM/COPESCO-UEP-ED, aseveró, ante la solicitud de mayores metrados para la partida de desmontaje, que éstas – las partidas – consideran lo desagregado en la planilla de metrados y si se verifica la necesidad de ejecutar más metrados éstos serán autorizados de oficio por la supervisión.

Los pagos por mayores metrados fueron autorizados por resolución y como todo acto administrativo, éste se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por la autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda; y hasta el momento no se nos ha notificado resolución alguna que declare la nulidad de la resolución que autorizó el pago.

Sobre los pagos por prestaciones deficientes, la partida de desmontaje precisó que el material será colocado en un lugar seguro para su traslado o disposición

final. Toda la labor fue supervisada y coordinada con el ingeniero Mario Vásquez Sarango de la supervisión. La propia entidad en el Informe 150-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UEP-ED, señaló que las planchas que fueron retiradas por factores de mal estado de conservación (corrosión y oxidación) ya no son fabricadas, por lo que el expediente técnico planteo su reemplazo.

Para el caso de la partida de desmontaje de planchas onduladas en fachada y desmontaje de luminarias la entidad señaló que se procedió con su eliminación o retiro o sustracción. En relación esto, BAUEN interpuso denuncia penal por el presunto delito de hurto agravado y otros para que se esclarezca la ubicación exacta de las mencionadas planchas y luminarias.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En relación con la oposición, este colegiado no comparte la opinión que sustenta la postura de la contratista, debido a que si bien es cierto, es necesario, para iniciar el arbitraje una solicitud arbitral, una vez materializada, las partes no se encuentra de forma inflexible atadas a la solicitud, permitiéndose que se incluyan controversias, vinculadas.

La Entidad refiere que el Informe N° 194-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-LCV, de fecha 04 de diciembre de 2018, y la opinión de la Jefatura de la Unidad de Ejecución de Obra mediante Memorándum N° 2069-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO señalaron que existieron partidas contractuales cuyas especificaciones técnicas precisaban trabajos específicos en áreas determinadas, los cuales, si bien fueron ejecutados por el Contratista, éste ejecutó más trabajos en más áreas y, aquellos trabajos debieron ejecutarse como prestaciones adicionales, sin embargo, para efectos del pago se tramitaron como mayores metrados. En ese sentido, la Entidad señala que se debe descontar de la liquidación el monto de S/. 9,507.55 (nueve mil quinientos siete con 55/100 soles) derivado de S/. 2,497.34 (dos mil cuatrocientos noventa y siete con 34/100 soles), correspondiente al pago por las partidas contractuales deficientemente ejecutadas, y el monto de S/. 7,010.21 (siete mil diez con 21/100 soles), que corresponde a los trabajos ejecutados y pagados como si fueran mayores metrados, debiendo ser prestaciones adicionales.

Es importante mencionar la definición tanto de prestaciones adicionales como mayores metrados. Los últimos – mayores metrados – tienen como definición el incremento de los metrados previstos en el presupuesto de obra y que no provengan de una modificatoria del expediente técnico. De otro lado, el Reglamento precisó que los mayores metrados en contratos de obra a precios unitarios no constituye una modificación al expediente técnico. La primera – prestación adicional – es aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional.

En este punto, existe una discrepancia en las interpretaciones de las partes derivadas del hecho de que las partidas que fueron objeto de mayores metrados estuvieron identificadas solo para una determinada infraestructura, pero no para

otras. Así, la entidad argumentó que en esa situación no existen partidas específicas para los otros edificios por lo que debió ser tratado como un adicional. Por su parte, la contratista indicó que la partida existía dentro del expediente técnico por lo que se cumple la condición de preexistencia y en consecuencia se tratan de mayores metrados.

Para el caso particular, es trascendente verificar que en todas las estructuras o ambientes que tienen que intervenir se consideró una partida referida al reemplazo de planchas onduladas zincadas, y este punto el colegiado concuerda con la contratista cuando se afirmó que para realizar un reemplazo de algo, primero debe desmontarse lo que debe ser sustituido, no existe otra fórmula para ello, salvo que los nuevos bienes que se integren sean superpuestos sobre los antiguos. Al parecer esta última opción no era la considerada, y ello se infiere en el argumento de la entidad cuando señaló que debió solicitarse un adicional.

En efecto, este argumento implica, necesariamente, que los antiguos bienes debían ser desmontados, retirados de su lugar y en sustitución colocar nuevos bienes, en este caso, planchas onduladas. Así expuesta la situación, la Opinión 027-2017-DTN, ha establecido lo siguiente:

*“Sin embargo, si bien la omisión de información en alguno de los documentos que formaban parte del expediente técnico pero detalla en otro (u otros) se podía considerar como una deficiencia del expediente técnico –dado que uno de sus documentos no estaba presentando la información que debería–, dicha falta de información no podía originar la aprobación de una prestación adicional de obra pues, como lo indicaba su propia definición¹⁰, una prestación adicional de obra era “Aquella **no considerada en el expediente técnico**, ni en el contrato original (...).” (El resaltado es agregado).*

Asimismo, la misma opinión indicó lo siguiente:

*“(...) es importante reiterar que los documentos que integraban el expediente técnico **se debían interpretar en conjunto**, por lo que cualquier omisión en alguno de sus documentos debía atenderse con la información contenida en los otros documentos que formaban parte de dicho expediente.*

*En esa medida, si bien la omisión de información en alguno de los documento que formaban parte del expediente técnico pero detalla en otro podía considerarse una deficiencia del expediente técnico, **solo la omisión total de la información (entiéndase, en todos los documentos que formaban parte del expediente técnico)**, podía generar la aprobación de una prestación adicional de obra, independientemente del sistema de contratación bajo el cual se ejecuta la obra¹¹.*

¹⁰ Señalada en el numeral 40 del Anexo Único del anterior Reglamento “Anexo de Definiciones”.

¹¹ De conformidad con el criterio señalado en el numeral 2.2 de la Opinión N° 014-2015/DTN.

Cabe señalar que la emisión de esta opinión se circunscribe a la aplicación del Decreto Legislativo 1017. No obstante, del tenor de la redacción se verifica que los conceptos involucrados (prestaciones adicionales y mayores metrados), mantienen sus definiciones. En ese sentido, el criterio de interpretación del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado se mantiene y resulta aplicable al presente caso.

Es importante recordar que mediante la Opinión 211-2017-DTN, el OSCE determinó, que aun cuando la normativa no lo señale expresamente, sus opiniones resultan vinculantes, pues forman parte de una de sus competencias exclusivas del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública, por lo que deben ser observadas por los operadores al momento de aplicar la normativa¹².

Así, es relevante, en este caso, verificar si la partida estuvo considerada en efectivamente en alguna de las partes del expediente técnico. Aquí, ambas partes aceptan que la partida de desmontaje sí está considerada, sólo que la entidad afirma que es una partida no considerada en todos los ambientes de intervención. Ahora bien, lo cierto es que dicha partida existe y está consignada en el expediente técnico, y como indica la mencionada opinión, los documentos – y en consecuencia la información contenida en ellos – deben interpretarse de forma integral atendiendo que la falta u omisión en alguno de ellos debe ser complementada y suplida con la información contenido en los otros.

Dicho esto, si la partida estuvo considerada (desmontaje), entonces la ejecución de mayores metrados aun cuando se trate de un ambiente en específico puede generar mayores metrados, máxime si como se indica, la lógica indica que para el reemplazo es necesario primero el desmontaje.

¹² La mencionada opinión indicó expresamente que :

“Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado vigente no establece, de forma expresa, que las opiniones emitidas por el OSCE cuentan con carácter vinculante; no obstante, dichas opiniones constituyen documentos en los que el Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública analiza la aplicación de la citada normativa, interpreta sus disposiciones¹² e, incluso, integra las mismas¹² para salvar vacíos o lagunas legales¹²; según corresponda a la formulación de la consulta.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el OSCE, en su calidad de Organismo Técnico Especializado en materia de contratación estatal, tiene asignada la competencia de establecer el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado a través de la emisión de opiniones; en esa medida, ninguna otra entidad de la administración pública puede ejercer dicha función, de conformidad con el Principio de organización e integración¹² contemplado en el artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 29158 “Ley Orgánica del Poder Ejecutivo”.

En relación con lo anterior, es importante considerar que la labor de definir el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado tiene especial importancia para el cumplimiento de las demás funciones contempladas en el artículo 52 de la Ley, en particular aquella prevista en su literal a). Por lo expuesto, no resulta necesario que la normativa de contrataciones del Estado -vigente desde el 9 de enero de 2016- establezca de forma expresa¹² que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, puesto que al ser -su emisión- una competencia exclusiva del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública, los criterios emitidos en dichas opiniones deben ser observados por los operadores de la citada normativa, al momento de su aplicación”.

También es importante mencionar que incluso la propia entidad, mediante documentación aceptó la posibilidad de ejecutar mayores metrados siendo contradictorio en este momento argumentar lo contrario. Asimismo, uno de los supervisores, manifestó que la partida de desmontaje se ejecutó de acuerdo con las especificaciones técnicas más aún cuando el criterio de organismo supervisor obliga a interpretar integralmente la información contenida en el expediente técnico, precisando que éstas estaban totalmente deterioradas, y de igual opinión fue la entidad, cuando se pronunció en el Informe 150-2017-MINCETUR/DM/COPESCO-UEP-ED.

En relación con el monto por prestaciones ejecutadas de forma deficiente, la entidad afirmó que la contratista debió desmontar las luminarias y entregarlas a la entidad, no obstante ello no ocurrió y hasta el momento no se tiene ubicación de dichos bienes. Por su parte la contratista indicó que interpuso una denuncia penal por el presunto delito de hurto agravado. Asimismo, indicó que advirtió en numerosas ocasiones de esta situación de inseguridad debido a la actividad del servicio ferroviario.

Sobre este particular, este colegiado no comparte la opinión de la contratista, puesto que, aun cuando concuerda con las distorsiones generadas por la actividad del servicio ferroviario, entre las cuales puede mencionarse la falta de seguridad, no es menos cierto que si conocía de esta situación debió ser mucho más diligente sea en el cuidado de los bienes, sea entregando rápida y oportunamente los bienes que había desmontado, en este caso, las luminarias.

Por las consideraciones expuestas, este colegiado estima que la segunda pretensión de la entidad sea declarada FUNDADA EN PARTE, en el extremo referido a la recuperación del monto pagado por prestaciones deficientes, que asciende a S/ 2,497.34 (Dos mil cuatrocientos noventa y siete con 34/100 Soles); e INFUNDADO en el extremo referido a los montos indebidamente pagados que se tramitaron como mayores metrados cuando debían ser regulados bajo las disposiciones de prestaciones adicionales, cuyo monto asciende a S/ 7,010.21. (Siete mil diez con 21/100 Soles).

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL CONTRATISTA PAGUE AL PLAN COPESCO NACIONAL LA SUMA ASCENDENTE A S/ 44,260.89, POR CONCEPTO DE SUPUESTOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

POSICIÓN DEL PLAN COPESCO

La Entidad argumenta que, en primer lugar, sobre el derivado de la visita de inspección física a la obra, los días 21, 22 y 23 de noviembre de 2018 por el equipo de auditoría del Órgano de Control Institucional, genera el Informe Técnico N° 001-2019-OCI-JAMV del especialista del equipo de auditoría, Ing. José Antonio Malpartida Velásquez, se realizó el análisis relativo al deterioro de pisos en las zonas denominadas Sala Perú, Sala Tacna – Arica, Sala de Usos Múltiples y Laboratorio de Conservación, en las cuales se identificó la presencia de fisuras.

Asimismo, mediante el Informe Técnico S/N del ingeniero José Acero Martínez, quién fue contratado por la Entidad con Orden de Servicio N° 0001329 para la “Evaluación, realización y análisis de pruebas con diamantina y esclerometría para diagnóstico del estado situacional de la resistencia del concreto vaciado en losas, y ensayos proctor modificado de suelos compactados, en ambientes intervenidos sala Perú, sala Tacna – Arica, sala de usos múltiples, y sala fundición de la estación ferrocarril Tacna – Arica.” Finalmente, la Gerente de Proyecto a Nivel de Ejecución de Obra de la Unidad de Ejecución de Obras, mediante Informe N° 015-2019- MINCETUR/DM/COPESCO-UO-LCV, que cuenta con la conformidad de su jefatura otorgada por Informe N° 192-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO, indica que las recomendaciones del OCI – MINCETUR, se originan sobre las observaciones a las partidas contractuales.

POSICIÓN DE BAUEN

Sobre el presente extremo controvertido, el Contratista alega que, a diferencia de su contraparte, Bauen considera que la responsabilidad de las fisuras es únicamente imputable a la Entidad, toda vez que mediante la Carta N° 091-JS-PJRD-2018-CSSL/PCN de fecha 29 de marzo de 2018 el Jefe de Supervisión solicitó a la Entidad la definición del acabado de los pisos de obra, ante la discrepancia entre lo indicado en los planos de las especialidades de estructuras y arquitectura. Al respecto, y a través de la Carta N° 30-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO de fecha 18 de abril de 2018, relata el Contratista que la Entidad absolvió la consulta de Obra N° 42, concluyendo concretamente que deberá utilizarse pisos de cemento pulido bruñado, tal como se había planeado originalmente en arquitectura.

En ese sentido, Bauen relata que con fecha 30 de mayo del 2018 y a través de la Carta N° 334-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO aclaró la absolución de la consulta de obra N° 42, manifestando que se debía aclarar que la EETT tenía un error de forma en virtud de que se consideró peralte de 15 cm y concreto f'c = 175 kg/cm².

Ulteriormente, el Contratista expone que a través de la Carta N° 335-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO de fecha 30 de mayo del 2018 la Entidad tuvo a bien aclarar que la partida destinada al piso de cemento pulido y bruñado 2m x 2m corresponde *-aparentemente-* a una altura de 5 cm sobre lo existente; sobre ello, Bauen indicó que según las Especificaciones Técnicas del Expediente Técnico de Ejecución de Saldo de Obra señalaría que la partida específica 03.05.01.08 acabado de cemento pulido bruñado 2.00 x 2.00m E=0.05m (Inc. Sistema de Adherencia).

Por otra parte, el Contratista trae a colación lo estipulado en la página N° 43 del Informe Técnico S/N desarrollado por el ingeniero José Alberto Acero Martínez elaborado en diciembre del 2018, en el cual se indica concretamente que el proceso constructivo en los trabajos se deben realizar en sombra toda vez que el sol tiende a contraer de manera acelerada el concreto, generando así fisuras en el contra piso; asimismo, continúa mencionando que se debe procurar realizar

los vaciados de noche siempre que sea posible, además de estar adecuadamente curados durante los primeros quince (15) días.

Concluyentemente, Bauen presenta los Asientos de Obra N° 350, 361, 406, 408, 409, 410, 417, 418, 419, 424, 425, 427 y 429. Asimismo, en el Asiento de Obra N° 350 el Residente de Obra señala que, respecto al acabado de los pisos, aún se encontraba pendiente la aprobación de la prestación adicional de los cerramientos y cubiertas con planchas onduladas, para cuyo procedimiento de instalación requería el uso de equipo y herramientas que podrían dañar potencialmente el piso del acabado, no obstante, el Residente especificó que si la supervisión lo autorizaba se podría ejecutar con el riesgo del caso.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Para que se configure la responsabilidad y se disponga el pago de daños, es necesario que se cumplan los siguientes elementos: (i) la imputabilidad; (ii) la ilicitud o antijuricidad; (iii) el factor de atribución; (iv) el nexo causal; y (v) el daño.

En relación al elemento (i), esto es “la imputabilidad”, el mismo está referido a la capacidad de un determinado sujeto, persona natural o jurídica, de poder ser responsable o imputable del daño que ocasione; es decir, en este elemento se toma en cuenta la capacidad de la persona (jurídica en este caso) de poder responder ante el daño que se le imputa y por el que se pretende que responda, puesto que, independientemente de que causare o no un daño, si es que dicha persona por su capacidad no le es atribuible el resarcimiento, entonces no merece que se prosiga con el análisis de los demás elementos antes indicados.

En relación al elemento signado con el punto (ii), esto es la licitud o antijuricidad, Lizardo Taboada¹³ señala lo siguiente:

“Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene un norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico (...)”

Entonces, el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, entendiendo este último concepto como la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominado antijuricidad).

En relación al elemento (iii), el factor de atribución, es el elemento que nos va a indicar en función a qué es responsable y sobre el particular debemos analizar si nos encontramos ante un factor de atribución objetivo o subjetivo.

¹³ Taboada Córdova, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p32.

En relación al punto (iv), o nexo causal, Lizardo Taboada¹⁴ Córdova señala lo siguiente:

“En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase”

Asimismo, referencialmente, tenemos el artículo 1321 del Código Civil señala:

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

En otros términos, para que la responsabilidad proceda, deberá existir un nexo causal entre el hecho del incumplimiento y el daño producido; es decir, y a diferencia de lo establecido en el artículo 1985 del Código Civil (que regula la causa adecuada), para cuestiones de inejecución de obligaciones el precitado artículo 1321 regula la denominada causa próxima.

Por último, en relación al punto (v), es decir en relación al daño, debemos precisar que la determinación del mismo tiene diversas acepciones. En efecto, Guillermo Cabanellas¹⁵ lo define como *“el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona. El daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito”*.

Por otro lado, corresponde señalar enfáticamente que, así como resulta importante cumplir los elementos de la responsabilidad contractual, se debe cumplir también con acreditar los daños que se solicitan indemnizar. Tanto la normativa como la doctrina vigente refieren que todo daño debe estar debidamente acreditado toda vez que lo que se pretende demostrar es que, efectivamente, se ha producido un daño; en otros términos, no basta con señalar el daño, sino que se debe acreditar los mismos de manera indubitante.

Esto responde al denominado por la doctrina como Onus Probandi, (o carga de la prueba) que es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del Onus Probandi, radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que *“lo normal se presume, lo anormal se prueba”*. Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo (affirmanti incumbit probatio); es por ello que a quien afirma se le ha producido un daño, incumbe que lo pruebe.

En este tenor, la Corte Suprema se ha manifestado al respecto señalando que: *“El derecho a probar, tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento, sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por*

¹⁴ Taboada Córdova, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p35.

¹⁵ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 1ª Ed. Editora Atalaya, p. 152

las partes”¹⁶; en ese mismo sentido, ha subrayado lo siguiente: “El contenido esencial del derecho a probar consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión, o su defensa”¹⁷. Por otro lado, ha señalado, respecto al sentido de la carga de la prueba, que:

“La carga de la prueba constituye un medio de gravamen sobre quien alega un hecho, de manera que su incumplimiento determina la absolución de la contraria. Las pruebas deben ser estudiadas en sus elementos comunes, en sus conexiones directas o indirectas. Ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto, por cuanto que solo teniendo la visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad que es el fin del proceso”¹⁸.

Esto se explica en el hecho que encontrándose en juicio las partes, éstas pueden alegar diversidad de cuestiones en defensa de sus intereses; sin embargo, no todo ello necesariamente ha de ser cierto, sino que dependerá de lo que a través de sus medios de prueba puedan o no acreditar. Es así que la consecuencia natural de la improbanza de lo alegado, sea la desestimación de lo pretendido, es decir, la declaración de infundabilidad de la pretensión.

Así las cosas, verificado íntegramente los anexos del escrito con sumilla “Acumulación de pretensiones” presentado por la Entidad, se tiene que éste no logra acreditar que en efecto le asista el derecho que reclama, dado que no existen elementos de juicio suficientes que permitan a este Tribunal Arbitral inferir que se le ha generado algún daño de manera concreta o que ha sufrido en términos efectivos el perjuicio que denuncia. A fin de demostrar lo antes señalado, tenemos los medios de prueba que se han alcanzado a este Tribunal Arbitral; a saber:

Los medios probatorios que sustentan las pretensiones acumuladas son los siguientes:

- 1) El mérito del Informe N° 192-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO de fecha 08.02.2019
- 2) El mérito del Informe N° 015-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-LCV de fecha 08.02.2019
- 3) El mérito del Oficio N° 008-2018-MINCETUR/OCI de fecha 28.01.2019
- 4) El mérito del Informe de Servicio Relacionado N° 001-2019-MINCETUR/OCI (con anexo N° 1 y Anexo N° 2).
- 5) Carta de fecha 28 de diciembre de 2018, remitida por el Ingeniero Jorge Alberto Acero Martínez, por el cual hace llegar su informe S/N relacionado al Servicio para evaluación, realización y análisis de prueba con diamantina y esclerometría para diagnóstico del estado situacional de la resistencia del concreto vaciado de losas, y ensayos proctor modificado de suelo compacto, en ambientes intervenidos Sala Perú, Sala Tacna-Arica, Sala Uso Múltiple y Sala Fundación de la Estación Ferrocarril Tacna – Arica de la “Instalación, Mejoramiento y Ampliación de los Servicios Públicos de la Estación Ferrocarril Tacna-Arica, en el Sector del Museo Ferroviario, distrito de Tacna – Provincia de Tacna - Tacna”, SNIP 301680.
- 6) Informe Técnico N° 001-2019-OCI-JAMV de fecha 21 de enero de 2019, expedido por el Ingeniero José Antonio Malpartida Velasquez.

¹⁶ CAS. N° 261-99-Ica, El Peruano, 31-08-1999, p. 3387

¹⁷ CAS. N° 261-99-Ica, El Peruano, 31-08-1999, p. 3387

¹⁸ Exp.: 99-23263, 5ta Sala Civil de Lima, 06/12/01 (LEDESMA NARVAEZ, Marianella, Jurisprudencia Actual, Lima, 2005, T. 6 p. 461).

Conforme se puede apreciar, los documentos presentados al Tribunal Arbitral corresponden a diversos Informes que no acreditan de manera clara y expresa la existencia ni la cuantía del daño alegado por la Entidad. Por lo que, al no existir documentación precisa que acredite lo manifestado por la Entidad resulta inviable atribuir responsabilidad al Contratista, quién a su parecer es causante del supuesto daño.

Por las razones expuestas, no existe mérito suficiente para amparar la pretensión demandada, debiendo declararse infundada la misma.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL CONTRATISTA PAGUE A PLAN COPESCO NACIONAL LA SUMA ASCENDENTE A S/ 46,737.14 POR CONCEPTO DE PAGOS QUE HABRÍAN SIDO INDEBIDAMENTE REALIZADO POR PLAN COPESCO NACIONAL AL CONTRATISTA

POSICIÓN DEL PLAN COPESCO

La Entidad menciona que mediante Informe N° 044-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-LCV, la cual cuenta con la conformidad de la Unidad de Ejecución de Obras mediante Informe N° 393-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO de fecha 28 de marzo de 2019, donde la Gerente de Proyecto a Nivel de Ejecución de Obras concluyó que la Entidad realizó un pago indebido al Contratista por la suma de S/ 29,857.63: pago indebido de partidas ejecutadas deficientemente por el uso indebido de un insumo (alquitrán) no previsto en el expediente técnico contractual, que fue valorizado y pagado en las valorizaciones N° 06, 08 y 10; y que el uso de alquitrán va generar gastos que están siendo considerados en el expediente técnico de saldo de obra en la partida de “restauración de madera machimbrada”, ascendentes a la suma de S/ 16,879. Por ello, recomendó acumular el cobro de estos montos como una pretensión al proceso arbitral en curso entre la Entidad y la empresa BAUEN CONSTRUCTORA S.A.U SUCURSAL EN PERÚ. Asimismo, fue notificado al Contratista mediante CARTA N° 562-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO, el 02 de abril de 2019.

Por otro lado, dentro de los parámetros que establecen las Especificaciones Técnicas de la partida 03.02.05.03.01 Restauración de madera machimbrada 0.135 x 1.00m e=3/4” en cielorraso, del Edificio de servicios turísticos, la Entidad indica que NO SE CONSIGNA, EL USO DE ALQUITRAN, y tampoco se registra como insumo en los Análisis de Precio Unitario de la referida partida.

Además, sobre el resultado de la Constatación Física de Avance de Obra e Inventario sobre los daños causados por el uso de alquitrán, se señala que dentro de la Oficina de las Guías, con respecto al techo se tiene como daños el machimbrado de madera, con trabajos realizados, con manchas; así como también en una de sus esquinas existe una abertura de Piezas retiradas de 90 x 80 cm. próximamente; asimismo, se presenta descascamiento de pintura, manchas en su mayor parte, y desprendimiento de pequeños trozos de madera.

Es así que, la demostración y cuantificación del daño causado por el uso de alquitrán detalla el pago indebido de partidas ejecutadas deficientemente (partida 03.02.05.03.01 Restauración de madera machimbrada 0.135 x 1.00m e=3/4" en cielorraso), registradas en las Valorizaciones de Obra N° 06, N° 08 y N° 10, por un monto valorizado de S/. 19,088.02 (Costo Directo), lo que ha sido reportado en el Informe de Cierre, así como también, el perjuicio económico subsecuente que implica el costo por la ejecución de trabajos de rectificación, o nuevos trabajos de restauración en las mismas áreas que evidencian las deficiencias a nivel de manchas y/o descascaramientos evidenciados producto del uso no autorizado de alquitrán.

Sobre las especificaciones técnicas, cronograma valorizado de obra, informe de cierre, valorizaciones de obra, así como registros en cuaderno de obra, para la partida 03.02.05.03.01 Restauración de madera machimbrada 0.135 x 1.00m e=3/4" en cielorraso, cuya ejecución ha sido verificada en las Valorizaciones de Obra N° 06, N° 08 y N° 10, la entidad advierte que en primer lugar, que BAUEN Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú, ha incumplido los alcances previstos en el expediente técnico contractual que era materia del contrato de ejecución de obra, referido a la partida 03.02.05.03.01 Restauración de madera machimbrada 0.135m x 3.00m, e=3/4" en cielorraso (Edificio de servicios turísticos). Segundo, al determinarse el incumplimiento de las especificaciones técnicas en la partida antes señalada, se infiere que el pago al monto valorizado es indebido. Tercero, la ejecución deficiente de dicha partida, en donde manifiesta que en los cielorrasos como daños a nivel de manchas oscuras que llegan a traslucir el color de pintura de acabado, por el uso indebido y no autorizado del alquitrán en la cara reversa no visible de las piezas de madera que conforman el entablado machimbrado, según se ha logrado verificar a través de fotos obtenidas del archivo obtenido de quien fuera monitor designado. Cuarto, al preverse la etapa de conclusión mediante saldo de obra, será necesario intervenciones subsecuentes, las mismas que se sustentan en la Formula 02, partida nueva propuesta en el expediente técnico del saldo de obra aprobado con Resolución Directoral N° 34-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-DE.

Finalmente, la Entidad concluye que las partidas materia del análisis y la documentación técnica fueron ejecutadas deficientemente por el uso de alquitrán, y el costo de reparación de los daños causados por la mala ejecución de los trabajos, dan lugar al cobro por PAGO INDEBIDO DE LA PARTIDA CON INCORPORACIÓN INDEBIDA DE ALQUITRÁN, por el monto de S/. 29,857.63; y al cobro del DAÑO SUBSECUENTE EN PERJUICIO ECONÓMICO DE LA ENTIDAD, por el monto de S/. 16,879.51, que sumados ascienden al monto total de S/. 46,737.14 (Cuarenta y Seis Mil Setecientos Treinta y Siete con 14/100 Soles).

POSICIÓN DE BAUEN

Sobre el presente extremo controvertido, el Contratista aduce como cuestión previa que las manchas inventariadas en el acta notarial se corresponden - *aparentemente*- con las provocadas por algunas filtraciones de agua que según

el Contratista se deben a la falta de resolución de las coberturas del edificio de servicios turísticos por parte de la Entidad.

Por otra parte, el Contratista manifiesta que las manchas no son su responsabilidad toda vez que en el Asiento N° 346 de fecha 4 de mayo del 2018, el Residente de Obra señaló lo siguiente:

“(...) que se ha dañado el cielo raso, al respecto cabe anotar que, tal como manifiesta la especialista en restauración de la supervisión, durante la ausencia de la residente por motivos de salud, se realizaron actividades sin la autorización debida, y como consecuencia se ha afectado los acabados de la pintura con manchas superficiales, que fueron limpiadas oportunamente, lo que se puede verificar y no han ocasionado daño alguno al cielo raso – material de cielo raso (...)”.

Seguidamente, el Contratista relata que el Residente de Obra procedió -*aparentemente*- en tiempo y forma oportunos mediante anotación en el Asiento de Obra N° 414, en mérito a que en el mencionado asiento advirtió a la Entidad sobre la necesidad de realizar una cobertura provisional a fin de proteger de las lluvias no incluida en el expediente técnico de obra y que evitara los daños como manchas y descascamiento de la pintura, conforme se aprecia a continuación:

“(...) 1.- En la fecha se anota que en base a la propuesta del expediente técnico sobre el cambio de techos de calamina y la restauración de madera machihembrada en cielo raso, se han desmontado la cobertura de los servicios turísticos y las oficinas administrativas. Para restaurar el cielo raso de madera machihembrada es requisito realizar por ambas caras superior e inferior, además de conocer el estado de conservación de los elementos de soporte que en este caso son los bastidores del cielo raso. Como resultado de esta explicación se identificado también el estado de conservación de las estructuras de los techos, puesto que durante la elaboración del EE.TT fue difícil el diagnostico. En base al diagnóstico realizado por el contratista se solicitó el adicional para la intervención de las estructuras del techo. Actualmente estos edificios están sin cobertura, puesto que tenemos pendiente la aprobación del expediente técnico sobre la intervención restaurativa de las estructuras y el cambio de las coberturas de calamina sin embargo existe la NECESIDAD de protegerlos para evitar los efectos de las lluvias, con una cobertura provisional, por lo que hacemos la consulta de manera urgente, sobre la ejecución de coberturas provisionales en los edificios de servicios turísticos y oficinas administrativas (...)”.

Asimismo, Bauen ha señalado que mediante la Carta N° 161-JS-PJRD-2018-CSSL/PCN de fecha 7 de junio del 2018 solicitó la aprobación inmediata de una prestación adicional para realizar la cobertura indicada en acápite, en mérito a que la obra se desarrolla sobre bienes considerados como Patrimonio Histórico en concordancia con el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para el pronunciamiento correspondiente de la Entidad.

Finalmente, con respecto al Expediente Técnico de ejecución del saldo de Obra, Bauen indico lo siguiente:

De la Partida 03.07.02.02.02 restauración de cielo raso de madera machimbrada de 0,135 m x 3.00 m, e= $\frac{3}{4}$:

La Entidad programa una mayor restauración para el tratamiento de xilófagos no prevista en el expediente técnico de obra. Para ello se hace necesario un decapado de la pintura existente, el desmontaje de madera en techo, comprobación del daño, aplicación de un preservante para prevención de ataque de xilófagos y una aplicación de cera de pasta.

De la Partida 03.07.03.02 suministro de madera machimbrada:

La Entidad programa una sustitución de la madera dañada por otra nueva.

Del cambio tipología de pintura, partida 03.11.02.02.

La Entidad programa ahora un cambio de la tipología de pintura, antes era de tipo Látex y ahora pintura óleo mate, siendo por tanto inevitable el decapado de la pintura realizada por mi representada para la sustitución por otra.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

La Entidad indica que realizó un pago indebido al Contratista por la suma de S/ 29,857.63; pago indebido de partidas ejecutadas deficientemente por el uso indebido de un insumo (alquitrán) no previsto en el expediente técnico contractual, que fue valorizado y pagado en las valorizaciones N° 06, 08 y 10; y que el uso de alquitrán generó gastos que están siendo considerados en el expediente técnico de saldo de obra en la partida de “*restauración de madera machimbrada*”, ascendentes a la suma de S/ 16,879. Al respecto, la Entidad resalta que en el Expediente Técnico no se consigna, el uso de alquitrán, y tampoco se registra como insumo en los Análisis de Precio Unitario de la referida partida. En resumen, los trabajos fueron ejecutados deficientemente por el uso de alquitrán, y el costo de reparación de los daños causados por la mala ejecución de los trabajos, dan lugar al cobro por pago indebido de la partida por el monto de S/ 29,857.63; y al cobro del daño subsecuente en perjuicio económico de la Entidad, por el monto de S/ 16,879.51, que sumados ascienden al monto total de S/ 46,737.14.

El Contratista precisa que las manchas fueron provocadas por filtraciones de agua a causa de la falta de coberturas del edificio de servicios turísticos por parte de la Entidad, cabe precisar que en el expediente técnico no se contempló cobertura provisional para protección de lluvias; y, de acuerdo a ello, el Contratista evidencia que entre el Acta Notarial de Avance Físico de Obra e Inventario y la visita de inspección de auditoría de OCI- INCETUR, la Entidad ha intervenido de alguna forma sobre las coberturas y techos del edificio de servicios turístico, pudiendo haber causado algún daño de alcance desconocido por ellos.

De la revisión de lo manifestado por las partes y lo acreditado por éstas, este Colegiado aprecia que la posición asumida por el Contratista se justifica con el Acta de Constatación de Avance de Obra e Inventario realizado por el Notario de Tacna, el Sr. Vicente Guido Quispe Chata, siendo debidamente constatado y firmado por la Arq. Gabriela Zegarra Salas (Gerente de Proyectos Estudios Definitivos de Plan Copesco Nacional Mincetur), la Arq. Leonor Cuellar Villavicencio (Gerente de Proyecto a Nivel de Ejecución de Obra – Unidad de Ejecución de Obras – Plan Copesco Nacional) y la Sra. Carolina Lizeth Abando Vigo (Plan Copesco Nacional). Acta que, en ningún extremo, se hace mención explícita a restos de alquitrán en los techos del edificio de servicios turísticos, siendo que únicamente se hace mención a “*ligeras manchas*” y “*manchas*” no especificando la razón u componente.

Existe la posibilidad de que las manchas hayan sido provocadas por filtraciones de agua a causa de la falta de coberturas del edificio de servicios turísticos. Este supuesto hecho fue informado con el Asiento N° 414 realizado por el Residente de Obra, en el cual se advierte la necesidad de una cobertura provisional en los techos de los edificios para protección de lluvias y que evitara los daños como manchas. El referido Asiento menciona lo siguiente:

*“(...) Actualmente estos edificios están sin cobertura, (...) **sin embargo existe la NECESIDAD de protegerlos para evitar los efectos de las lluvias, con una cobertura provisional, por lo que hacemos la consulta de manera urgente, sobre la ejecución de coberturas provisionales en los edificios de servicios turísticos y oficinas administrativas (...)**”.* (énfasis agregado)

CONSORCIO SUPERVISOR
SAN LUIS
IN SUPERVISOR
DE SUPERVISOR
192 King Cole Ave 2nd Fl

Informe de Servicio Relacionado N° 001-2019-MINCETUR/OCI (posterior al acta de constatación notarial), se señala que “*no se pudo verificar el estado situacional de los techos contruidos **por encontrarse cubiertos**, impidiendo emitir opinión técnica*”. Se mencionó explícitamente lo siguiente:

*“(…) Sobre el deterioro de techos debido a factores climáticos, formulado en la denuncia, se debe indicar que durante la inspección técnica efectuada por parte de la comisión evaluadora de OCI MINCETUR a la obra, **se evidenció que las dos (2) zonas que cuentan con techo, estos se encontraban cubiertos, tal como se aprecia en la foto siguiente, impidiendo que se pueda emitir una opinión técnica en torno a su estado situacional al momento de la visita (...)**” (énfasis agregado)*

b) Respecto al deterioro de techos:

Sobre el deterioro de techos debido a factores climáticos, formulado en la denuncia, se debe indicar que durante la inspección técnica efectuada por parte de la comisión evaluadora del OCI MINCETUR a la obra, se evidenció que las dos (2) zonas que cuentan con techo, éstos se encontraban cubiertos, tal como se aprecia en la foto siguiente, impidiendo que se pueda emitir una opinión técnica en torno a su estado situacional al momento de la visita.



Por tanto, se evidencia, primero, que durante la ejecución del contrato era necesaria una cobertura para proteger la cobertura y techos de los edificios; segundo, esta situación fue advertida por el residente; tercero, la cobertura no estaba considerada como una meta en el expediente técnico; cuarto, el supervisor solicitó una prestación adicional para superar el inconveniente; quinto, se infiere de la manifestación del Órgano de Control Institucional, que la entidad procedió a cubrir los techos, por lo que existió intervención de su parte.

En ese orden de ideas, existe la posibilidad de que la manchas referidas por la entidad no sean producto del alquitrán, sino de los factores climáticos que fueron informado por la contratista.

Ahora, sumado al hecho que no existe pruebas contundentes que demuestre el Contratista es el responsable por las manchas en los techos, tenemos el hecho que la Entidad no ha señalado en extremo alguno a qué daños subsecuentes en perjuicios económico se refiere cuando indica que se ha realizado el pago indebido, motivo por el cual resulta aún más impreciso poder atender lo peticionado.

En ese sentido, este Colegiado no puede amparar lo peticionado por la Entidad, al no verificarse la responsabilidad del Contratista por los daños en los techos en el edificio al hace referencia la Entidad, así como tampoco del daño subsecuente en perjuicio económico, motivo por el cual no se podría corroborar la posición de la Entidad motivo por el cual corresponde declarar infundada la pretensión contenida en el punto controvertido materia de análisis.

DE LA PUNTOS CONTROVERTIDOS REFERIDOS A LAS PRETENSIONES DE BAUEN EMPRESA CONSTRUCTORA S.A.U. SUCURSAL EN PERÚ

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE EL RETRASO EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, SE HABRÍA PRODUCIDO POR CAUSAS IMPUTABLES A LA ENTIDAD.

POSICIÓN DE BAUEN

El Contratista señaló que desde el inicio de la obra, no se contó con la plena disponibilidad del terreno pues en el lugar de la ejecución de la misma se encontraba funcionando el servicio del tren de Tacna a Arica; dicha situación fue recogida por el Residente y puesto en conocimiento de la Supervisión y Entidad mediante Asiento del Cuaderno de Obra N° 2.

Asimismo, Bauen señaló que el Expediente Técnico contaba con diversas deficiencias, las cuales fueron motivo de consultas y que dieron origen a los siguientes adicionales:

ITEM	N° de Carta	Doc. Recibido			DESCRIPCIÓN DE LA CARTA
		Fecha	Asunto	Doc. Referencia	
1	N°061-JS-ONO-2017-CSSL/PCN	18/12/2017	Adicional de planchas cincadas	Carta N°81-2017-BAUEN-TACNA-RL N°053-JS-ONO-2017-CSSL/PCN	Se le solicita a la entidad tramite la restauración de planchas cincadas de edificios metálicos
2	N°065-JS-ONO-2017-CSSL/PCN	22/12/2017	Adicional de cunetas de drenaje pluvial	Carta N°900 MINCETUR/DM/COPESC O-DE INFORME N°1158-2017-MINCETUR/DM/COPESC O-UO INFORME N°037 - 2017-MINCETUR/DM/COPESC O-UO-CCN	Se adjunta a Plan Copesco los sustentos para el adicional de Cunetas para drenaje pluvial
3	N°066-JS-ONO-2017-CSSL/PCN	22/12/2017	Adicional vereda Interior Servicios Turísticos	Carta N°900 MINCETUR/DM/COPESC O-DE INFORME N°1158-2017-MINCETUR/DM/COPESC O-UO INFORME N°037 - 2017-MINCETUR/DM/COPESC O-UO-CCN	Se adjunta a Plan Copesco los sustentos para el adicional Vereda Interior que da acceso a Servicios Turísticos

4	N°067-JS- ONO-2017- CSSL/PCN	22/12/2017	Adicional para SSHH de Sala Multiusos	Carta N°900 MINCETUR/DM/COPESC O-DE INFORME N°1158-2017- MINCETUR/DM/COPESC O-UO INFORME N°037 - 2017- MINCETUR/DM/COPESC O-UO-CCN	Se adjunta a Plan Copesco los sustentos para el adicional para SSHH de Sala de Usos Múltiples
5	N°068-JS- ONO-2017- CSSL/PCN	22/12/2017	Adicional para Sala de Conservación	Carta N°900 MINCETUR/DM/COPESC O-DE INFORME N°1158-2017- MINCETUR/DM/COPESC O-UO INFORME N°037 - 2017- MINCETUR/DM/COPESC O-UO-CCN	Se adjunta a Plan Copesco los sustentos para el adicional para Sala de Conservación
6	N°069-JS- ONO-2017- CSSL/PCN	22/12/2017	Adicional para de Correas edificios metálicos	Carta N°900 MINCETUR/DM/COPESC O-DE INFORME N°1158-2017- MINCETUR/DM/COPESC O-UO INFORME N°037 - 2017- MINCETUR/DM/COPESC O-UO-CCN	Se adjunta a Plan Copesco los sustentos para el adicional para correas de madera y correas metálicas de los edificios metálicos
7	N°073-JS- ONO-2017- CSSL/PCN	23/12/2017	Adicional cimentación Escalera	Carta N°900 MINCETUR/DM/COPESC O-DE INFORME N°1158-2017- MINCETUR/DM/COPESC O-UO INFORME N°037 - 2017- MINCETUR/DM/COPESC O-UO-CCN	Se adjunta a Plan Copesco los sustentos para el adicional para soporte de Estructura de Escalera que da acceso a reloj
8	N°074-JS- ONO-2017- CSSL/PCN	23/12/2017	Adicional Rampas Metálicas	Carta N°900 MINCETUR/DM/COPESC O-DE INFORME N°1158-2017- MINCETUR/DM/COPESC O-UO INFORME N°037 - 2017- MINCETUR/DM/COPESC O-UO-CCN	Se adjunta a Plan Copesco los sustentos para el adicional de Rampas Metálicas (Arriostres y Pintura) en la Sala Tacna – Arica
9	N°013-JS- PJRD- 2018- CSSL/PCN	5/02/2018	Adicional Correas	-----	Se le entrega a la entidad el Adicional de Correas para su trámite

10	N°029-JS-PJRD-2018-CSSL/PCN	12/02/2018	Adicional Apoyo Metálico Simple para entablado	N°148-2018-MINCETUR/DM/COPESC O-DE N°025-JS-ONO-2018-CSSL/PCN	Se solicita a la Entidad Plan Copesco Adicional para el Apoyo Metálico Simple para el entablado
11	N°059-JS-PJRD-2018-CSSL/PCN	3/03/2018	Necesidad de Adicional Barandas de rampa metálica	N°246-2018-MINCETUR/DM/COPESC O-DE Asiento 300	Se solicita a la entidad la prestación adicional y deductivo vinculante para barandas de rampa metálica.
12	N°060-JS-PJRD-2018-CSSL/PCN	3/03/2018	Necesidad de Adicional Balcones de oficinas administrativas	N°246-2018-MINCETUR/DM/COPESC O-DE Asiento 300	Se solicita a la entidad la prestación adicional y deductivo vinculante para la intervención de balcones de las oficinas administrativas.
13	N°069-JS-PJRD-2018-CSSL/PCN	9/03/2018	Prestación adicional Tuberías de Conduit	Asiento 308, N°266-2018-MINCETUR/DM/COPESC O-DE	Hacen mención a la carta 202-2018-MINCETUR/D M/COPESCO-DE del 14/02 sobre la entidad informo a la supervisión de la inclusión del adicional N°2. También informa que es necesario la prestación adicional de las tuberías conduit, ya que respetarían lo que marca el CNE e INDECI.
14	N°072-JS-PJRD-2018-CSSL/PCN	9/03/2018	Prestación adicional Suministro trifásico	Asiento 310, N°998-2017-MINCETUR/DM/COPESC O-DE	Se solicita el adicional de cambio de tensión de 220 a 380 V
15	N°100-JS-PJRD-2018-CSSL/PCN	16/04/2018	Prestación adicional estructuras de madera Sala Tacna - Arica	Asiento 343 N°354-2018-MINCETUR/DM/COPESC O-DE	Se solicita a la entidad la prestación Adicional del Entramado de madera del cerramiento

					vertical y las vigas de madera en las estructuras cubiertas de la sala Tacna - Arica.
16	N°101-JS-PJRD-2018-CSSL/PCN	16/04/2018	Prestación adicional para instalaciones eléctricas en planta tratamiento	Asiento 343 N°406-2018-MINCETUR/DM/COPESC O-DE	Se solicita a la entidad la prestación adicional para las instalaciones eléctricas en la planta de tratamiento.
17	N°117-JS-PJRD-2018-CSSL/PCN	21/04/2018	Prestación Adicional para intervención coche vagón 2ª	Asiento 357 N°458-2018-MINCETUR/DM/COPESC O-DE	Se solicita a la entidad la prestación adicional sobre la intervención del coche vagón 2ª
18	N°123-JS-PJRD-2018-CSSL/PCN	2/05/2018	Necesidad de prestación Adicional para restauración y reforzamiento estructura casonas de madera	Asiento 365, 300N°060-2018-MINETUR/DM/COPESCO -DEN°060-JS-PJRD-2018-CSSL/PCN	Se solicita a la entidad el presupuesto adicional y deductivo vinculante, por el cambio de alcance de la restauración de las casonas de Servicios Turísticos y Oficinas Administrativas
19	N°161-JS-PJRD-2018-CSSL/PCN	8/06/2018	Adicional con carácter de urgencia	Asiento 414 N°377-2018-MINCETUR/DM/COPESC O-UO	Se solicita adicional para la cobertura provisional de techos y bienes expuestos en obra debido a la falta de techos. Se comenta que BAUEN no está obligado a cubrir los techos de todos los ambientes de obra, debido a que dicha meta no está incluida en ninguna partida contractual.

En ese sentido, en tanto no se aprobaran estos adicionales derivadas de los defectos en el Expediente Técnico, el Contratista señala que la ejecución de la

obra se vio afectado toda vez que existían partidas afectadas que no podían ser ejecutadas en tanto no se solucionara la deficiencia advertida.

Asimismo, la Entidad no cumplió con su obligación de absolver las observaciones y/o consultas formuladas por el Contratista generando ciertas partidas se vean afectadas puesto que no pudieron ser ejecutadas.

Las consultas no absueltas por la Entidad son las siguientes:

Item	Consulta u Observación	Estado	Observaciones
1	Línea Ferrea en Funcionamiento (Asientos: 2, 5, 8, 9, 28, 31, 160, 179, 279 y 302)	Abierta	Sin resolver
2	Solicitud de intervención tornamesa (Asientos: 8, 9, 10, 11, 28, 31, 46 y 96)	Abierta	Sin resolver
3	Intervención Locomotora N°2 (Asientos: 10, 11, 96, 160, 161, 164, 223, 225, 241 y 242)	Abierta	Sin resolver
4	Intervención Autocarril N°16 (Asientos: 10, 11, 96, 160, 161, 164, 223, 225, 241 y 242)	Abierta	Sin resolver
5	Intervención de los SSHH Actuales (Asientos: 10 y 11)	Abierta	Sin resolver
6	Zanja drenante capilaridad (Asientos: 34, 35, 38, 41, 42, 48, y 76)	Abierta	Sin resolver
7	Restauración Piedra de Vereda (Asientos: 34, 35, 41, 42, 76, 308, 315, 317, 323, 324, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 335, 336, 345, 346, 347, 349, 350, 352, 353, 354, 355, 356, 361, 363, 368, 369, 371, 373, 382, 384, 389, 391, 392 y 393)	Abierta	Sin resolver
8	Pergola de Acceso (Asientos: 34, 35, 39, 399 y 400)	Abierta	Sin resolver
9	Ubicación del Montaplatos (Asientos: 41, 42 y 76)	Abierta	Sin resolver
10	Traslado de Objetos mayores a 1 Tn (Asientos: 121, 128, 134, 144, 145, 148, 149, 150, 154, 158, 160, 161, 165, 171, 179, 181, 182, 186, 223, 308, 310, 312, 314 y 317)	Abierta	Sin resolver
11	Restauración Sala Fundición (Asiento: 167)	Abierta	Sin resolver
12	Propuesta de que la grua se mantenga (Asientos: 179, 181, 223, 308, 310, 312, 314 y 317)	Abierta	Sin resolver
13	Restauración o reemplazo de perfiles correas (Asientos: 184, 249 y 252)	Abierta	Sin resolver

14	Solicitud de Adicional vigas ofic. Administrativa (Carta N°64 - 2017 - BAUEN - TACNA - IR, Carta N°032-JS-ONO-2017-CSSL/PCN)	Abierta	Sin resolver
15	Estructuras de Servicios Turísticos y Of. Administrativa (Balcones, pasamanos y techos) (Asientos: 179, 181, 236, 240, 242, 282, 289, 291, 292, 293, 294, 301, 302, 308, 310, 312, 349, 352, 365, 366, 373, 382, 384 y 396)	Abierta	Sin resolver
16	Modificación Intervención Locomotora 1 (Asientos: 242, 271, 273, 274, 278, 317, 350, 352 y 382)	Abierta	Sin resolver
17	Vereda en el área de maestranza (Asientos: 257, 267, 269, 270, 275, 277, 279, 281 y 282)	Abierta	Sin resolver
18	Barandas de las pasarelas (Asientos: 259, 261, 267, 274, 300, 301, 302, 308, 352, 382 y 384)	Abierta	Sin resolver
19	Implementación Museográfica (Asientos: 285, 287, 290, 314, 317, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 352, 354, 367, 368, 370, 382, 383, 384, 394, 395, 398 y 400)	Abierta	Sin resolver
20	Instalaciones Eléctricas cuarto de máquinas (Asientos: 298, 299, 308, 328, 343, 344, 348, 352, 382 y 382)	Abierta	Sin resolver
21	Platinas Columnas (Asiento: 305)	Abierta	Sin resolver
22	Retiro de combustible de locomotora (Asientos: 313, 314, 317 y 355)	Abierta	Sin resolver
23	Vagón 2A (Asientos: 316, 317, 334, 354, 356, 360, 363, 382, 383, 384 y 386)	Abierta	Sin resolver

Del mismo modo, Bauen señala que se tramitaron dos adicionales, los cuales “solucionaron” algunas de las consultas realizadas por ésta.

Adicional N° 1:

El adicional N° 1 solucionaba solo 6 de las diversas consultas y/u observaciones que realizó Bauen, como se detalla a continuación:

Item	Consulta u Observación	Estado	Observaciones
1	Cimentación Escalera Servicios Turísticas (Asientos: 8, 9, 28, 31, 124, 131, 160, 161, 308, 315, 317, 323, 324, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 335, 336, 345, 346, 347, 349, 350, 352, 353, 354, 355, 356, 361, 363, 368, 373, 382, 384, 389, 391, 392 y 393)	Abierta	Adicional 1

2	Restauración de cerramientos verticales (Asientos: 34, 35, 39, 160, 164, 173, 223, 225, 241, 242, 308, 315, 317, 323, 324, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 335, 336, 345, 346, 347, 349, 350, 352, 353, 354, 355, 356, 361, 363, 368, 369, 371, 373, 382, 384, 389, 391, 392 y 393)	Abierta	Adicional 1
3	Rampa Metálica (Asientos: 122, 129, 165, 207, 211, 271, 273, 274, 278, 308, 336, 345, 346, 347, 349, 350, 352, 353, 354, 355, 356, 361, 363, 368, 373, 382, 384, 389, 391, 392 y 393)	Abierta	Adicional 1
4	Solicitud de Adicional Vereda Interior (Asientos: 165, 207, 308, 315, 317, 323, 324, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 335, 336, 345, 346, 347, 349, 350, 352, 353, 354, 355, 356, 361, 363, 368, 373, 382, 384, 389, 391, 392 y 393)	Abierta	Adicional 1
5	Colocación y cambio de correas (Asientos: 179, 181, 184, 249, 252, 254, 323, 324, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 335, 347, 349, 350, 352, 364, 368, 373, 377, 382, 384, 399 y 400)	Abierta	Adicional 1
6	Pintura Correas (Asientos: 233, 242, 246, 254, 282, 289, 290, 291, 292, 296, 317, 323, 324, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 335, 347, 349, 350, 352, 364, 368, 373, 377, 382, 384, 399 y 400)	Abierta	Adicional 1

Bauen señaló que la Entidad aprobó de forma unilateral y sin sustento técnico el expediente técnico del adicional de obra N° 1, sin embargo, mediante Carta N° 26-2018-BAUEN-TACNA-R.L de fecha 18 de mayo de 2018, el Contratista observó el indicado expediente técnico, evidenciando que dicho expediente no era ejecutable técnicamente.

Adicional N° 2:

El adicional de obra N° 2 solucionaba solo 6 de las diversas consultas y/u observaciones:

Item	Consulta u Observación	Estado	Observaciones
1	Restauración Completa de la Sala multiusos y Conservación (Asientos: 53, 96, 104, 121, 128, 150, 156, 158, 161, 173, 207, 211, 223, 225, 241, 242, 250, 251, 315, 317, 323, 324, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 335, 347, 350, 352, 364, 368, 373, 377, 382, 384, 399 y 400)	Abierta	Adicional 2

2	Sustitución o conservación de entramados (Asientos: 127, 132, 221, 239, 242, 343, 344, 348, 350, 352, 364, 368, 373, 377, 382, 384, 399 y 400)	Abierta	Adicional 2
3	Cambio en sistema de Media tensión (Asientos: 146, 181, 216, 221, 227, 230, 256, 257, 310, 314, 315, 317, 323, 324, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 335, 347, 349, 350, 352, 364, 368, 373, 377, 382, 384, 399 y 400)	Abierta	Adicional 2
4	Reubicación de los SSHH (Asientos: 160, 161, 282, 300, 301, 302, 308, 352, 364, 368, 373, 377, 382, 384, 399 y 400)	Abierta	Adicional 2
5	Espesor calaminas techos (Asientos: 229, 231, 237, 271, 273, 274, 278, 315, 317, 319, 320, 324, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 335, 347, 349, 350, 352, 364, 368, 373, 377, 382, 384, 399 y 400)	Abierta	Adicional 2
6	Cambio de calidad de la Tubería Eléctrica (Asientos: 242, 253, 254, 256, 257, 271, 273, 274, 278, 308, 309, 310, 312, 315, 317, 323, 324, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 335, 347, 349, 352, 364, 368, 373, 377, 382, 384, 399 y 400)	Abierta	Adicional 2

En el caso de este adicional, no se llegó a aprobar debido a que la Entidad de forma arbitraria y sin sustento quiso imponer un acta de pactación de precios con valores por debajo del mercado, incluso el expediente técnico se nos fue entregado en fecha posterior al acta de pactación de precios.

Por lo expuesto, Bauen concluye que los retrasos en absolver las consultas, aprobar deficientemente los adicionales y no tener el terreno liberado afectaron la ejecución de la obra.

POSICIÓN DEL PLAN COPESCO

La Entidad responde a cada uno de los argumentos planteados por el Contratista en los siguientes términos:

- Afectación a la ejecución de la obra por falta de disponibilidad completa del terreno

La Entidad señala que el proceso de selección y adjudicación mediante el cual se realizó la licitación pública del proyecto en mención, exponía claramente la situación de la Estación Ferroviaria, y cuyas labores de intervención aprobadas en el Expediente Técnico materia del contrato en cuestión, fueron elaboradas bajo dichas condiciones de funcionamiento; y el Contratista, en su calidad de postor estaba en la libertad de exponer su oposición a dichas condiciones particulares del proyecto, o incluir en su oferta los “posibles perjuicios”.

Asimismo, señala que la disponibilidad completa del terreno, involucraba que el servicio de transporte férreo no fueran suspendidas, sino más bien, era preciso que la pericia y experiencia del ejecutor, determine una programación adecuada de labores de obra, así como las medidas de seguridad tanto de su personal, como el de terceros, para evitar cualquier supuesto inconveniente; dado que además, el servicio del transporte de pasajeros, únicamente eran y son a la fecha en 02 horarios, 08:00 a.m. y 16:00 p.m.

- Deficiencias del expediente técnico que afectaron la ejecución de la obra

Al respecto la Entidad, señala que visto que según los antecedentes que se citan en los 19 numerales del cuadro contenido en la demanda relacionado a este tema, y en especial las anotaciones en el cuaderno de obra, correspondientes a cada tema de consulta, denota una TOTAL FALTA DE PERICIA TÉCNICA EN LAS ANOTACIONES DE CONSULTA, LLENAS DE IMPRECISIONES Y ERRORES ORTOGRÁFICOS, FALTOS DE ESPECIFICIDAD, que lejos de evidenciar las deficiencias del expediente técnico, pone de manifiesto la falta de conocimientos y uso adecuado de terminología técnica durante la ejecución de la obra, más aun al tratarse de una obra cuyo porcentaje de intervención en un 85 %, correspondía a la especialidad de restauración y puesta en valor, y que el Contratista no contaba con la solvencia técnica para evidenciar debidamente deficiencias técnicas del expediente.

De los documentos señalados por el Contratista, la Entidad manifestó que gran parte de dicha documentación han sido absueltas por la Entidad, ya sea de manera negativa, no dando lugar a cambios que el residente proponía “prioritarios”, pero que a decir de la Entidad, no primordiales para el cumplimiento de la meta principal del proyecto o finalidad del Contrato, o en otros casos, consultas que fueron acogidas de manera positiva, e incluidas ya sean en el Expediente de Adicional de Obra N° 01 o Adicional de Obra N° 02.

- Consultas formuladas por el contratista y que no fueron absueltas por la Entidad

Sobre este punto, se señala que todas las anotaciones han sido debidamente atendidas y resueltas por la Entidad; que al ser resueltas de manera negativa, implicaba que el Contratista debía ceñirse a las consideraciones del Expediente Técnico, mientras que al ser resuelta de manera positiva, estas consultas fueron acogidas ya sean en el Adicional de Obra N° 01 o Adicional de Obra N° 02

- Sobre los adicionales de obra N° 1 y N° 2

La Entidad reitera que todas las consultas fueron atendidas ya sea con carácter positivo o negativo, sobre éstas últimas no ameritaban reformular o ampliar metas definidas en el expediente; sin embargo, de las primeras se dió como resultado la formulación y elaboración de dos (02) expedientes adicionales Adicional de Obra N° 01 y N° 02.

El hecho que el Contratista formulará un “gran número de consultas” no implicaba que todas fueran atendidas con carácter positivo, por tanto, el

Adicional N° 01 solo consideró las partidas técnicamente prioritarias para las etapas que, en ese periodo de ejecución, permitirían el cumplimiento de la meta principal del proyecto.

Adicionalmente, la Entidad señala que el contratista no puede alegar que el Expediente del Adicional N° 01 “no era ejecutable técnicamente”, puesto que dicha propuesta fue debidamente estudiada en función de precios contractuales del expediente de contrato, así como en función de precios de mercado, con los debidos sustentos.

Respecto al Adicional N° 02, la Entidad señaló que ha cumplido con dar atención y absolución a las consultas u observaciones, tanto con carácter negativo como con carácter positivo.

Del mismo modo, la Entidad señaló que tanto en el caso del Adicional N° 01 como el Adicional N° 02, la documentación técnica le fue remitida al Contratista de manera oportuna, y mediante reiteradas misivas; asimismo, se tomó en cuenta alcances técnicos que la Entidad consideró oportunos, sin perjuicio de que se preponderó el pronunciamiento favorable de la supervisión a cargo del Consorcio Supervisor San Luis, respecto a la viabilidad de la solución técnica planteada en el Expediente Técnico de la Prestación Adicional de Obra N° 01, emitida mediante Carta N° 0128-JS-PJRD-2018-CSSL/PCN, del 04 de mayo del 2018.

Finalmente, señaló que el mayor perjuicio ocasionado por el Contratista, se debió a sus reiteradas negativas a concurrir, ante reiteradas invitaciones convocadas por la Entidad, a fin de consensuar posiciones técnicas en beneficio de la obra que se venía ejecutando, y que por cierto la Entidad consideraba prioritario la aprobación de los Adicionales, además por tratarse de una edificación declarada y protegida por la Ley 28296, Ley General de Protección del Patrimonio Cultural.

- Falta de capacidad, diligencia e interés de la Entidad en resolver las deficiencias del expediente técnico

La Entidad señaló que la posición del Contratista no se ajusta a la verdad, dado que existen medios probatorios que demuestran que a inicios del mes de marzo ya se contaba con el Expediente Técnico del Adicional N° 01, y se tenía comunicación permanente y diligente, tanto por el equipo técnico de la Entidad, como por parte del Contratista, a fin de consensuar técnicamente la alternativa de solución desarrollada por la Entidad; una prueba de ello es que, en la Carta N° 18-2017-BAUEN-TACNA-RL, recepcionada por la Entidad en 23 de marzo del 2018, el representante legal de la Empresa, reconoce textualmente “...Si bien se realizaron durante 04 días del 15 al 18 de Marzo del presente mes coordinaciones entre los especialistas de su Entidad y BAUEN, al día de ayer, jueves 22 de marzo de 2018, se recibieron nuevas propuestas técnicas sobre las CALAMINAS DE CERRAMIENTOS, sin margen de tiempo para el análisis técnico y contractual...”.

Precisa además que, el solo hecho de revisar un componente del expediente adicional, demandaba tiempo para el Contratista, lo propio demandó el tiempo

de elaboración y formulación del expediente a cargo de la Entidad, más al tratarse de una edificación Patrimonio de la Nación, que se intervenía con fines turísticos, y cuyas particularidades por la naturaleza misma de la tipología constructiva, tecnológica y arquitectónica, fue debidamente atendida por la Entidad con la conformación de un equipo técnico especializado; por lo que, se desmiente la posición del Contratista en cuanto a calificar de falta de capacidad, diligencia e interés de la Entidad en resolver las deficiencias del Expediente Técnico.

Por lo expuesto, la Entidad concluye que al no haberse configurado ninguna causa imputable a dicha parte, lo señalado por el Contratista debería ser declarado infundado.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

Durante el desarrollo de la primera pretensión de la demanda formulada por la entidad, el Tribunal Arbitral determinó que las consultas fueron absueltas, en unos casos indicando que serían incorporadas como adicionales y en otras proponiendo soluciones técnicas que la contratista consideró como prestaciones adicionales. No obstante, el colegiado reconoció que las consultas fueron absueltas. Ahora bien, sí es verificable que existieron demoras importantes en los trámites referidos a las adiciones 1 y 2, incluso éste último no llegó a aprobarse; adicionales que estaban relacionadas con las consultas efectuadas a la entidad y que ésta demoraba en responder. Cabe señalar que la el hecho concreto de aceptar adicionales (no necesariamente aprobarlos) implica que existe una deficiencia en el expediente técnico, alguna actividad que no fue originalmente considerada o mal considerada, lo cual implica un tratamiento técnico, a través de soluciones de ingeniería, para lograr superarlas.

De otro lado, también indicó que existió interferencia debido a la actividad ferroviaria, con lo cual la programación establecida se vio afectada.

En ese orden de ideas, se puede inferir que los retrasos en la ejecución del contrato, no fueron imputables a la contratista, sin perjuicio que durante la liquidación la entidad detecte un retraso relacionado a elementos distintos a los discutidos en el presente arbitraje, los cuales están referidos a las interferencias y consultas elaboradas y formuladas por el contratista a la entidad.

Por los argumentos expuestos, y salvo la precisión final del párrafo precedente, los retrasos durante la ejecución del contrato no son imputables a la contratista. En consecuencia la primera pretensión principal de su demanda debe ser declarada FUNDADA.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE NULA Y/O INVALIDAS Y/O DEJE SIN EFECTO LAS PENALIDADES APLICADAS A BAUEN EMPRESA CONSTRUCTURA SAU SUCURSAL EN PERÚ EN EL MARCO DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO 023-2017-MINCETUR/DE/COPESCO/UADM REFERIDO A LA INSTALACIÓN, MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS

SERVICIOS TURÍSTICOS PÚBLICOS DE LA ESTACIÓN DE FERROCARRIL DE TACNA – ARICA, EN EL SECTOR MUSEO FERROVIARIO.

POSICIÓN DE BAUEN

Bauen señaló que la Entidad ha realizado el pago de las valorizaciones presentadas de manera parcial; en ese sentido, mediante CARTA N° 28-2018-BAUEN- TACNA-R.L de fecha 24 de mayo de 2018, solicitaron que se proceda a realizar el pago completo de las siguientes facturas presentadas:

				Cobrado	Saldo por cobrar
ACELANTO DIRECTO	-	FACTURA N° 645	960,819.72	960,819.72	-
VALORIZACION N° 1	329,793.53	FACTURA N° 668	329,793.53	208,730.25	121,063.28
VALORIZACION N° 2	292,708.46	FACTURA N° 676	292,708.46	252,354.03	40,354.43
VALORIZACION N° 3	333,941.36	FACTURA N° 687	333,941.36	270,527.26	63,414.10
VALORIZACION N° 4	556,806.15	FACTURA N° 702	556,806.15	467,449.92	89,356.23
VALORIZACION N° 5	374,661.26	FACTURA N° 711	374,661.26	340,248.96	34,412.30
VALORIZACION N° 6	485,542.38	FACTURA N° 712	485,542.38	485,542.38	-
VALORIZACION N° 7	152,901.26	FACTURA N° 744	156,022.82	115,668.39	40,354.43
VALORIZACION N° 8	877,367.36	FACTURA N° 755	411,635.78	391,635.78	20,000.00
VALORIZACION N° 9	380,772.22	FACTURA N° 756	193,509.85	193,509.85	-
VALORIZACION N° 10	347,715.56	Facturación Pendiente	-	-	-
IMPORTE NETOS DEPENDIENTE I	91,437.65	FACTURA N° 689	91,437.65	91,347.65	-
IMPORTE NETOS DEPENDIENTE II	315,922.39	Facturación Pendiente	-	-	-

Ante ello, la Entidad con su Carta N° 364-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO, señala que habría aplicado las siguientes penalidades, por lo que los descuentos en las facturas se encontrarían justificadas:

- Penalidad contemplada en el numeral 9 del cuadro de otras penalidades contenido en la cláusula décimo cuarta del contrato.
- Penalidad contemplada en el numeral 10 del cuadro de otras penalidades contenido en la cláusula décimo cuarta del contrato.

Sin embargo, el Contratista señaló que dichas penalidades solo fueron aplicadas en las valorizaciones 1 a la 5, por lo que los descuentos efectuados en las Valorizaciones N° 7 y 8, no tendrían justificación.

POSICIÓN DEL PLAN COPESCO

En conformidad con lo señalado por la Entidad, el Contratista habría sacado de contexto las penalidades que fueron debidamente aplicadas en las Valorizaciones N° 01 al 05.

En conformidad con lo señalado en la Carta N° 364-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO, el Contratista habría incumplido con sus obligaciones esenciales, respecto a la obtención oportuna de los seguros, así como la presentación de los comprobantes de pago de los mismos, que de acuerdo a lo establecido en los Términos de Referencia, así como en las Bases del Contrato, específicamente los referidos a:

- Seguro contra todo riesgo CAR
- Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR)

Teniendo en cuenta ello, la Entidad cumple con desmentir lo señalado por el Contratista respecto a:

- Sobre la penalidad del numeral 9 del cuadro de otras penalidades contenido en la cláusula décimo cuarta del contrato

Respecto a esta penalidad, la Entidad señaló la aplicación de penalidad a las Valorizaciones de Obra N° 01 al N° 05, se ciñeron a lo establecido en el numeral 9, que quiere decir que, al No presentar el Contratista dichos Comprobantes dentro de los 30 días de iniciada la obra, la multa se aplicó a partir del 31avo día de lo establecido; por otro lado, se dio también como incumplimiento el hecho de que el Contratista presentó comprobantes de seguros, a nombre distintos al de la Empresa BUEN, lo que contradecía el numeral 1.11 de los términos de referencia, a este respecto, hay una mala interpretación literal de lo establecido “dentro de los 30 días de iniciada la obra”; el Contratista pretende darle otra connotación, como por ejemplo: de que, de incumplir dicho requisito, la multa debía aplicarse únicamente dentro de los 30 días, lo cual es completamente errado y tendencioso.

- Sobre la penalidad del numeral 10 del cuadro de otras penalidades contenido en la cláusula décimo cuarta del contrato

La Entidad señala que respecto a esta penalidad que según establecían las condiciones literales del numeral 1.11 de los Términos de Referencia del Contrato, que claramente establece: “Constituye obligación esencial a cargo del contratista obtener los seguros necesarios de aseguradores autorizados (...) El incumplimiento de esta obligación será causal de resolución del presente Contrato”. Denota únicamente que la pro actividad de la Entidad, ha sido mal aprovechada por el Contratista, que lejos de cumplir con sus obligaciones esenciales, ha denostado y perjudicado el proceso regular de una obra que requería mano de obra especializada, y con el pago de sus derechos sociales debidamente corroborados por la Entidad; lo cual el Contratista, nunca ha podido demostrar.

Por lo expuesto, la Entidad señaló que se debe declarar infunda esta pretensión.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

De la revisión de la Demanda Arbitral presentada por el Contratista con fecha 28 de diciembre de 2018, se tiene que esta parte refiere que la Entidad comunicó que las penalidades aplicadas son las siguientes:

- i. Penalidad contemplada en el numeral 9 del cuadro de otras penalidades contenido en la cláusula décimo cuarta del contrato.
- ii. Penalidad contemplada en el numeral 10 del cuadro de otras penalidades contenido en la cláusula décimo cuarta del contrato.

Respecto a la penalidad i, la parte Demandante refiere que se encuentra en desacuerdo con la forma en la que ha sido aplicado la misma, toda vez que de la redacción de la penalidad estipulada en el acotado numeral 9, se aprecia de forma evidente que se aplicaría en la medida que el contratista no presente los comprobantes de pago de los seguros materia del contrato dentro de los 30 días de iniciada la obra. Ello implica, a su entender que estamos ante una penalidad que se aplica en una sola ocasión debido a su condicionamiento de oportunidad (inicio de obra). A pesar de ello, la Entidad persistió en la imposición ilegal de dicha penalidad a mi representada en las valorizaciones 1 al 5, esto es, cuando ya nos encontramos casi a la mitad del plazo de ejecución de la obra. Cinco meses después de haber iniciado esta, la Entidad seguía imponiendo una penalidad que solo podía ser aplicada al inicio de esta.

Frente a ello, la Entidad manifiesta que los treinta (30) días se cumplían al 3 de agosto del 2017, que, al no haberse cumplido dentro de ese tiempo, aplicó penalidad a los días subsecuentes, a partir del 4 de agosto del 2017 hasta el 25 de agosto del 2017, fecha en que el gerente de Obra, suscribe el informe complementario, vale decir que hasta esa fecha el contratista incumplió una obligación esencial, comprendida como condición para el pago de la Valorización N° 01.

Al respecto, habiendo evaluado la posición de las partes, se tiene que la discrepancia de las mismas versa sobre si la aplicación de la penalidad se da en un solo momento o es continuada, esto es, por el periodo de días que demore la causal; así, este Colegiado ha tenido a la vista el Contrato N° 023-2017-MINCETUR/DM/COPESCO/UADM, el cuál en su cláusula Décimo Cuarta, establece como otras penalidades lo siguiente:

9	PRESENTACION DE COMPROBANTES DE PAGO DE SEGUROS El Contratista deberá presentar ante la supervisión y/o a la Entidad los comprobantes de pago de los seguros materia del presente contrato, que acrediten la cancelación de la prima correspondiente, dentro de los 30 días de iniciada la obra.	1/10000	INFORME DE LA SUPERVISIÓN O INFORME DEL COORDINADOR DE OBRAS
	La multa es por cada día de incumplimiento.		

De la lectura del supuesto de hecho establecido para la configuración de la penalidad antes señalada, se tiene que esta se configura a partir del día treinta y uno de iniciada la obra hasta el momento que el Contratista presente a la Supervisión y/o la Entidad los comprobantes de pago de los seguros materia del presente contrato que acreditan la cancelación de la prima correspondiente. Cabe destacar que la multa (penalidad) es diaria, conforme expresamente se acordó.

Entonces, de autos se tiene que las partes reconocen que la obra inició el día 4 de julio de 2017; es el caso que los treinta días señalados en la penalidad antes citada vencía el 3 de agosto de 2017; es decir, a partir del 4 de agosto de 2017, la Entidad, en caso el Contratista incumpliese con su obligación (entregar los comprobantes de pago de los seguros), podía aplicar penalidades diarias hasta verificar el cumplimiento del mismo.

De este modo, se tiene que —a decir de la Entidad— recién con fecha 25 de agosto de 2017 se produjo el cumplimiento de la obligación en cuestión, toda vez que es en esa fecha en la que el Contratista presentó los comprobantes de pago de los seguros (cabe destacar que la fecha de entrega no es un hecho controvertido por las partes), con lo cual es desde el 4 de agosto hasta el 25 de agosto que se deben aplicar las penalidades, siendo el detalle de las mismas la siguiente:

Monto diario por penalidad: $1/10000 \times \text{el monto del contrato (S/ 9'608,197.27)} = \text{S/ 960.82}$

Días de atraso: 22 días de atraso

Penalidad a aplicar: S/ 21,138.03

A partir de lo antes señalado, y en atención a lo peticionado por el Contratista, corresponde declarar infundado lo peticionado por este, por cuanto lejos de negar el incumplimiento de la obligación que le requiere la Entidad, lo único que ha cuestionado son los días de penalidad que le han aplicados; en este tenor, corresponde únicamente la aplicación de S/ 21,138.03 por concepto de penalidad por la configuración del supuesto establecido en el numeral 9 de la cláusula Décimo Cuarta del Contrato N° 023-2017-MINCETUR/DM/COPESCO/UADM.

Respecto a la penalidad ii, se tiene que la parte Demandante refiere que en extremo alguno de la penalidad se establece que la aplicación de la misma se daría en función al número de días de incumplimiento.

Respecto a ello, la Entidad refiere que el tiempo considerado para la aplicación de la penalidad, fue desde el primer día de iniciada la ejecución de obra, hasta el día de emisión del informe del Gerente de Obra entonces a cargo, vale decir desde el 04 de julio hasta el 25 de agosto del 2017; lo que además evidencia, que el contratista no cumplió en todo ese tiempo, con proveer los Seguros Complementarios de Trabajo de Riesgos (SCTR).

Al respecto, habiendo evaluado la posición de las partes, se tiene que la discrepancia de las mismas versa sobre si la aplicación de la penalidad se da en un solo momento o es continuada, esto es, por el periodo de días que demore la causal; así, este Colegiado ha tenido a la vista el Contrato N° 023-2017-MINCETUR/DM/COPESCO/UADM, el cuál en su cláusula Décimo Cuarta, establece como otras penalidades lo siguiente:

10	PRESENTACIÓN DE PÓLIZAS DE SEGURO El contratista deberá presentar las pólizas de seguros indicados en el numeral 1.11 de los presentes TDR, a la entidad o a la supervisión al inicio de la ejecución de la obra.	1/5000	INFORME DE LA SUPERVISIÓN O INFORME DEL COORDINADOR DE OBRAS
----	---	--------	--

Al respecto es de manifestar que, de la lectura del supuesto de hecho establecido para la configuración de la penalidad antes señalada, se tiene que esta se configura a partir del día siguiente de iniciada la obra hasta el momento que el Contratista presente a la Supervisión y/o la Entidad las pólizas de seguros indicados en el numeral 1.11 de los Términos de Referencia.

Sobre este particular, el colegiado aprecia que la cláusula decimo cuarta contiene el siguiente cuadro:

Adicionalmente a la penalidad por mora se aplicaran las siguientes penalidades

N°	Motivo	PENALIDAD A APLICAR	FORMA O PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN
1	SEGURIDAD DE OBRA Y SEÑALIZACIÓN Cuando el contratista no cuenta con los dispositivos de seguridad en la obra tanto peatonal o vehicular incumpliendo las normas, además de las señalizaciones solicitadas por LA ENTIDAD. La multa es por cada día. Los dispositivos y señales de seguridad serán: - Señales de prevención para tránsito peatonal y vehicular.	1/10000	ACTA DE LA SUPERVISIÓN
2	IMPLEMENTOS DE PROTECCIÓN EN OBRA Y DE PERSONAL Cuando el contratista no disponga de elementos de seguridad. Los elementos de seguridad serán: - Mallas de seguridad	1/10000	ACTA DE LA SUPERVISIÓN

11	CAMBIO DE PERSONAL PROFESIONAL - CON AUTORIZACION DE LA ENTIDAD Los cambios de Personal Profesional solicitados por EL CONTRATISTA, que no tengan origen en circunstancias de caso fortuito fuerza mayor, y que sean aprobados por LA ENTIDAD. La multa es por cada evento.	1/10000	INFORME DE COORDINADOR Y/O SUPERVISOR DE OBRAS
12	POR NO APROBACIÓN DE SUSTITUCIÓN DE PERSONAL SEGÚN LO PREVISTO EN EL CUARTO PÁRRAFO DEL ART. 162° DEL REGLAMENTO En caso culmine la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado y la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser remplazado	0.75 UIT por cada día de ausencia del personal en obra.	INFORME DEL COORDINADOR DE OBRAS
13	POR IMPEDIMENTO DE ACCESO AL CUADERNO DE OBRA Si el contratista o su personal, no permite el acceso al cuaderno de obra al inspector o supervisor, impidiéndole anotar las ocurrencias.	5/1000 del monto de la valorización del periodo por cada día de dicho impedimento	INFORME DE SUPERVISIÓN
14	USO DE MATERIALES SIN ENSAYOS DE CALIDAD PREVIOS Cuando el contratista emplee materiales que no cuenten con los certificados y/o ensayos de calidad previos a su utilización. La penalidad será por cada caso detectado.	1/5000	ASIENTO DE CUADERNO DE OBRA O ACTA
15	CRONOGRAMA VALORIZADO AL INICIO DEL PLAZO CONTRACTUAL En caso el contratista no cumpla con entregar el calendario valorizado adecuado a la fecha de inicio del plazo contractual ante la supervisión en un plazo de 48 horas de iniciado el plazo de ejecución de obra. Esta multa se aplicará por cada día de atraso en la presentación del cronograma antes indicado.	1/5000	INFORME DE LA SUPERVISIÓN

En cada caso la penalidad a aplicar será la fracción indicada multiplicada por el monto del contrato y por día de incumplimiento o para cada vez que se produzca la infracción.

Los extremos antes citados, corresponden a la relación de “otras penalidades”. En este recuadro se aprecia que en el caso de las penalidades N° 12 y N° 13, se indica expresamente que corresponde a cada día de dicho impedimento. Téngase en cuenta que ello no se indica respecto de las otras 13 penalidades.

La contratista afirmó en su contestación que dicha redacción sólo tiene una interpretación, y que es que sea aplicada al inicio de la obra, pero la entidad la aplicó durante las valorizaciones 1 a 5. Adicionalmente, indicó que la redacción no considera como factor de cálculo de la penalidad los días de incumplimiento.

Al final de la mencionada cláusula una precisión aplicable a todas las causales consideradas en el cuadro de penalidades. Así, se verifica que la misma cláusula décima cuarta indicó lo siguiente:

“En cada caso la penalidad a aplicar será la fracción indicada multiplicada por el monto del contrato y por cada día de incumplimiento o para cada vez que se produzca la infracción”.

Este extremo de la cláusula contractual hizo una precisión: la penalidad a aplicar por cada día de incumplimiento o por cada vez que se produzca la infracción.

El Tribunal Arbitral aprecia que solo hay dos casos (penalidades 12 y 13) en donde se ha indicado “por cada día de incumplimiento”.

En este orden de ideas, la entidad, está legitimada para cobrar la penalidad conforme el análisis antes realizado, por lo que, cualquier retención por concepto de penalidad que desborde dicho margen carece de respaldo contractual.

En efecto, las partes no han establecido si la multa se aplicará de forma diaria (por el tiempo que demore la obligación en cumplirse) o si por el contrario se dará en un solo acto, motivo por el cual este Colegiado concluye que dada la naturaleza de la penalidad a imponer esta se entenderá como aplicable en una sola oportunidad.

A partir de lo antes señalado, y en atención a lo peticionado por el Contratista, corresponde declarar fundado en parte este extremo de lo peticionado por este, por cuanto lejos de negar el incumplimiento de la obligación que le requiere la Entidad, lo único que ha cuestionado son los días de penalidad que le han aplicados; en este tenor, corresponde únicamente la aplicación en un solo momento de dicha penalidad la misma que deberá ascender a la suma de S/ 1,921.64.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ESTABLEZCA QUE BAUEN EMPRESA CONSTRUCTORA SAU SUCURSAL EN PERU NO HA INCURRIDO EN SUPUESTO ALGUNO DE APLICACIÓN DE PENALIDADES CONTEMPLADAS EN LA CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA DEL CONTRATO

POSICIÓN DE BAUEN

Bauen señala que las deficiencias del expediente técnico no solucionadas por la Entidad, las interferencias no solucionadas y la falta de aprobación de los adicionales de obra determinaron que la obra no sea ejecutada de acuerdo con el calendario de avance de obra.

En ese sentido, la posible aplicación de una penalidad por mora por parte de la Entidad sería injustificada y arbitraria toda vez que el atraso en la ejecución de la obra no es imputable a mi representada.

Por lo tanto, Bauen solicitó que se establezca que no ha incurrido en supuesto alguno de aplicación de penalidades contemplados en la cláusula décimo cuarta del contrato.

POSICIÓN DEL PLAN COPESCO

La Entidad señaló que cumplió con la atención a las consultas y/u observaciones que hizo llegar el Contratista, resultado de ello han sido los expedientes técnicos Adicional de Obra N° 1 y N° 02; el Contratista, no conforme con los montos que exponían ambos documentos, sustentados debidamente en estudios de mercado, ocasionó retrasos intencionales en la aprobación de ambos

adicionales, haciendo llegar “observaciones” y/o expresando su negativa en concurrir a reuniones de mesas de trabajo convocadas por la Entidad. Todo ello contribuyó al retraso en tiempo, y afectación directa de un Monumento Histórico, con trabajos inconclusos que incrementan riesgos de la pérdida de sus estructuras originales.

Por otro lado, el Contratista se hizo acreedor de la aplicación de penalidades de los numerales 9 y 10 de la cláusula Décimo cuarta del Contrato, ante el incumplimiento de sus obligaciones esenciales, que más que multas pecuniarias, ello ameritaba la resolución de contrato; por lo tanto, la posición del Contratista con esta pretensión, es extremadamente relativa y tergiversada.

En ese sentido, BAUEN sí incurrió en supuestos pasibles de la aplicación de penalidades de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato, motivo por el cual corresponde declarar INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Respecto a lo peticionado, la parte Demandante refiere que dada las deficiencias del expediente técnico no solucionadas por la Entidad, las interferencias no previstas por esta, y la falta de aprobación de los adicionales de obra, se impidió la normal ejecución de la obra. De este modo, indican que en la medida que la Entidad ha venido aplicando penalidades sin sustento, solicitan al Tribunal Arbitral declare que el Contratista no ha incurrido en supuesto de penalidad alguno.

En atención a lo indicado por esta parte, y atendiendo a lo peticionado, este Colegiado no puede declarar que el Contratista no ha incurrido en supuesto alguno de aplicación de penalidades por cuanto conforme se ha determinado en el sexto punto controvertido cuando menos han incurrido en dos; a saber:

- i. Penalidad por no presentar a la Supervisión y/o la Entidad los comprobantes de pago de los seguros materia del presente contrato que acreditan la cancelación de la prima correspondiente.
- ii. Penalidad por no presentar a la Supervisión y/o la Entidad las pólizas de seguros indicados en el numeral 1.11 de los Términos de Referencia.

Ahora, sumado al hecho que existen dos penalidades debidamente aplicadas al Contratista, tenemos el hecho que esta parte no ha señalado en extremo alguno de su escrito de demanda a qué penalidades exactamente se refiere cuando indica que no ha incurrido en las mismas, motivo por el cual resulta aún más impreciso poder atender lo peticionado.

En este contexto, este Colegiado no puede amparar lo peticionado por el Contratista, motivo por el cual corresponde declarar infundada la pretensión contenida en el punto controvertido materia de análisis.

**DÉCIMO PRIMERO, DÉCIMO SEGUNDO Y DÉCIMO TERCER PUNTO
CONTROVERTIDO**

QUE SE DECLARE QUE EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO 023-2017-MINCETUR/DM/COPESCO/UADM, REFERIDO A LA INSTALACIÓN, MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS SERVICIOS TURÍSTICOS PÚBLICOS DE LA ESTACIÓN DE FERROCARRIL DE TACNA – ARICA, EN EL SECTOR MUSEO FERROVIARIO, NO SE HA CONFIGURADO SUPUESTO QUE DETERMINE LA APLICACIÓN DE LA PENALIDAD ESTABLECIDA EN EL NUMERAL 12 DE LA CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA DEL CONTRATO.

QUE SE DEJE SIN EFECTO LA PENALIDAD APLICADA A BAUEN EMPRESA CONSTRUCTORA SAU SUCURSAL EN PERU MEDIANTE CARTA 532-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM, DE FECHA 7 DE SEPTIEMBRE DE 2018.

QUE SE ORDENE AL PLAN COPESCO NACIONAL PROCEDER A DEVOLVER LA PENALIDAD COBRADA EN LA SUMA DE S/ 149,158.48 (CIENTO CUARENTA NUEVE MIL CIENTO CINCUENTA Y OCHO CON 48/100 Soles) INDEBIDAMENTE COBRADAS A BAUEN MAS LOS INTERESES LEGALES CORRESPONDIENTES.

De la lectura de las pretensiones formuladas por el Contratista, el Tribunal Arbitral advierte que en ellas se ha requerido el pronunciamiento de una (1) controversia: (i) la aplicación de penalidades aplicadas por la Entidad; solicitando la devolución del monto deducido por concepto de penalidad en el Recibo de Ingreso N° 001138 y los montos descontados en las valorizaciones. Por lo tanto, este Tribunal Unipersonal considera pertinente resolver los tres (3) puntos controvertidos señalados precedentemente de manera conjunta por estar íntimamente relacionados.

De la revisión de lo señalado por el Contratista, tenemos que se le imputa haber incurrido en la causal de penalidad establecida en el numeral 12 del Contrato, la cual establece como penalidad la siguiente:

	POR NO APROBACIÓN DE SUSTITUCIÓN DE PERSONAL SEGÚN LO PREVISTO EN EL CUARTO PÁRRAFO DEL ART. 162° DEL REGLAMENTO		INFORME DEL COORDINADOR DE OBRAS
12	En caso culmine la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado y la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser remplazado	0.75 UIT por cada día de ausencia del personal en obra.	

Al respecto, el Contratista ha indicado que los cambios realizados por su representada siempre fueron autorizados por la Entidad. Así, indica que la Entidad sostiene de forma errada que por la falsa ausencia del personal ofertado por el contratista corresponde la aplicación de la penalidad referida a la no aprobación de sustitución de personal según lo previsto en el cuarto párrafo del art. 162° del Reglamento.

Frente a ello, la Entidad, a través de su perito (Informe N° 0044-2020 - MINCETUR/DM/COPESCO-DE/UEO/EO), ha indicado que el contratista no presentó el desagregado de gastos generales en su oferta, consideró el consignado y establecido en el Expediente Técnico, del mismo que se transcribe, en lo referido al Personal Clave. La supervisión a cargo del Consorcio Supervisor San Luis, informa “Ausencia de personal durante el mes de abril”, en CARTA N° 125-JS-PJRD-2018-CSSL/PCN, de fecha 07 de mayo del 2018. Asimismo, documenta las advertencias efectuadas mediante Cuaderno de Obra en: Asiento N° 346 del 10.04.2018, y Asiento N° 371 del 30.04.2018. En función a ello, sostiene el perito que la penalidad ha sido debidamente aplicada.

En este contexto, este Colegiado ha tenido a la vista la Carta No. 532-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM de fecha 07 de setiembre de 2018, donde la Entidad comunica la aplicación de penalidad en virtud de lo establecido en el numeral 12 del cuadro de penalidades que indica por no aprobación de sustitución de personal profesional para la ejecución de la obra; a saber:

Me dirijo a ustedes, para manifestar que Plan COPESCO Nacional, ha procedido con la aplicación de la penalidad en virtud de lo establecido en el numeral 12 del cuadro de penalidades que indica por no aprobación de sustitución de personal profesional para la ejecución de la obra: **"INSTALACIÓN MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS TURÍSTICOS PÚBLICOS DE LA ESTACIÓN FERROCARRIL TACNA – ARICA EN EL SECTOR MUSEO FERROVIARIO"**. (Fact. E001-2)

Penalidad	-	NUMERAL N° 12 POR NO APROBACIÓN DE SUSTITUCIÓN DE PERSONAL SEGÚN LO PREVISTO EN EL CUARTO PÁRRAFO DEL ART.162 DEL REGLAMENTO.	S/.373,500.00
		SALDO DE PENALIDAD POR RETENER EN LA LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA	S/.224,341.52
		PENALIDAD RETENIDA EN VALORIZACIÓN N° 10	S/.149,158.48

Asimismo, según el detalle, se aprecia que la Entidad ha indicado que la penalidad se aplica en función al siguiente detalle:

* SE EFECTUARÁ EL COBRO DE PENALIDAD EN VIRTUD DE LO ESTABLECIDO EN EL NUMERAL 12 DE CUADRO DE PENALIDADES: "POR NO APROBACIÓN DE SUSTITUCIÓN DE PERSONAL SEGÚN LO PREVISTO EN EL CUARTO PÁRRAFO DEL ART. 162 DEL REGLAMENTO" LA SUMA DE S/. 149,158.48 QUEDANDO POR COBRAR DE PENALIDAD S/. 224,341.52, QUE SERÁN COBRADOS EN LA LIQUIDACIÓN DE OBRA.

De la revisión del escrito de fecha 27 de julio de 2021 con sumilla “ALEGATOS” presentado por la Entidad, este Colegiado ha podido revisar a integridad lo manifestado por esta parte, y no ha podido determinar con exactitud a qué profesionales se refiere cuando manifiesta que no ha habido sustitución de personal.

Nos explicamos, se ha tenido a la vista la Carta N° 125-JS-PJRD-2018-CSSL/PCN de fecha 7 de mayo de 2018, así como los asientos de obra 346, 371, Carta N° 411-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO de fecha 8 de junio del 2018, entre otros; no obstante, de la revisión de dichos actos, se aprecia que la Entidad hace referencia a distintos profesionales y a distintos momentos que

habrían configurado la no sustitución de personal o ausencia de los mismos; sin embargo, lo que no se ha cumplido con hacer es determinar exactamente qué profesional es el que no se ha sustituido ni de qué fecha a qué fecha se ha producido esta ausencia; cabe destacar que lo único que se ha tenido a la vista han sido fragmentos de documentos, pero no los documentos en sí, con lo cual resulta insuficiente para que este Colegiado pueda determinar la procedencia de la penalidad aplicada.

Y lo señalado por este Colegiado se encuentra debidamente sustentado en lo establecido en la Carta No. 532-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM donde en ningún extremo se hace el detalle señalado en el párrafo anterior ni mucho menos se acredita el motivo por el cual se está aplicando la penalidad.

En función a lo expuesto, corresponde declarar fundada la pretensión contenida en el décimo quinto punto controvertido; en consecuencia, corresponde declarar que, en la ejecución del Contrato, no se ha configurado algún supuesto que pueda determinar la aplicación de la penalidad establecida en el numeral 12 del cuadro de otras penalidades contemplado en la cláusula décimo cuarta del Contrato, y ello en la medida que la Entidad no ha acreditado el incumplimiento en referencia.

Por su parte, estando a los fundamentos y a los hechos que sustentan la controversia contenida en el **décimo segundo** y **décimo tercer punto controvertido**, y en estricta coherencia con lo resuelto en el décimo primero punto controvertido, corresponde declarar fundadas las pretensiones contenidas en dichos puntos controvertidos; así, corresponde dejar sin efecto la penalidad aplicada a Bauen mediante la Carta No. 532-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM de fecha 07 de setiembre de 2018; asimismo, corresponde ordenar al Plan Copesco la devolución de la penalidad cobrada ascendente a la suma de S/ 149,158.48 (Ciento Cuarenta y Nueve Mil Ciento Cincuenta y Ocho con 48/100 soles), indebidamente aplicado a Bauen mediante Recibo de Ingreso N° 001138 más los intereses legales respectivos.

SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA SE HABRÍAN PRESENTADO INTERFERENCIAS QUE DIERON LUGAR A QUE EL CONTRATISTA NO PUDIERA EJECUTAR LA OBRA DE FORMA ADECUADA, Y QUE SERÍA DE PLENA RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD.

POSICIÓN DE BAUEN

El Contratista manifestó que desde el inicio de la obra, no se contó con la plena disponibilidad del terreno en el que se iba a ejecutar la misma, tal es así, que con fecha 05 de julio de 2017 (a un día de haberse iniciado la ejecución de la obra), mediante Asiento No. 02 del Cuaderno de Obra, el Residente dejó constancia que: *“Se comunica a la Supervisión que en fecha posterior presentaremos consultas detalladas sobre lo siguiente: 1) El servicio ferroviario se brinda todos los días afectando al desarrollo de los trabajos.”*

En ese sentido, el Contratista afirma que el inmueble materia de intervención tiene la ocupación diaria y constante de diversas personas y el funcionamiento del tren entorpecía las labores propias de la ejecución del contrato, ocasionando la limitación de la libre disponibilidad del terreno, lo que conlleva al cambio de todos los calendarios, y a evaluar la posibilidad de trabajar de noche con el consiguiente encarecimiento de la ejecución del proyecto.

A pesar de haber dejado constancia de la afectación del servicio del Tren, se mantuvo su funcionamiento y el servicio de Tacna a Arica, lo que ha afectado la ejecución de la obra, tal es así, que esta situación fue reiterada en los asientos N°s. 31, 160, 279 y otros anotados en el cuaderno de obra a lo largo de la ejecución de la obra.

Ahora, el funcionamiento del servicio de tren ha producido las siguientes interferencias en la ejecución de la obra:

- Paralización parcial de actividades en obra: La circulación y las maniobras de acceso y salida de la locomotora durante 45 min, así como de los vehículos auxiliares de mantenimiento el resto del día (que puede ocupar o transitar la vía del tren a cualquier hora sin previo aviso), obligan a la paralización de los trabajos previstos en el recorrido de estos.
- Cambio de plan de ejecución de trabajos: La restricción de entrada a obra por el acceso principal de la estación, así como la imposibilidad de tránsito de los vehículos de obra por el recinto de la misma, nos obliga a cambiar la planificación de intervención en todos los ambientes y a realizar la totalidad de los trasiegos, cargas, descargas e izados de material de manera manual
- Acarreo y eliminación de Escombro, residuos sólidos: El funcionamiento del tren y vehículos auxiliares imposibilita el acceso al interior del recinto de obra de los volquetes, cargadoras frontales, elevadoras, grúas, previstos para la ejecución.
- Único acceso al recinto de obra a través de la futura entrada al Museo Ferroviario.
- Impedimento del acceso de mixer de concreto al recinto de obra
- Imposibilidad de ejecución de unidades de obra
- Dificultad para el traslado de Objetos Museográficos
- Falta de espacio para talleres, comedores, vestuarios, oficinas y almacenes.
- Falta de seguridad Interna
- Partidas con restricciones en área de ferrocarril

Señala, finalmente, el Contratista que es responsabilidad de la Entidad la adecuada formulación del Expediente Técnico o Estudios Definitivos, por lo que, corresponde a la Entidad resolver las deficiencias del Expediente tomando las acciones correspondientes a fin de que la ejecución de la obra no se vea afectada o no genere mayores costos.

POSICIÓN DEL PLAN COPESCO

La Entidad señaló que el terreno en cuyo emplazamiento se tienen estructuras pre-existentes, correspondientes a una edificación declarada Monumento Histórico de la Nación, que a su vez presta servicio de transporte férreo; comprenden en conjunto la finalidad principal materia del Contrato, cuyo propietario, el Gobierno Regional de Tacna, previo convenio inter institucional, dispuso las prerrogativas de “libre disponibilidad”.

El demandante señala que se presentaron interferencias que dieron lugar a que el Contratista no pueda ejecutar de forma adecuada; sin embargo, en los argumentos del contenido señala que “no se contó con la plena disponibilidad del terreno”, que son 02 aspectos diferentes y relativos desde la particularidad con la que se concibió el proyecto.

Asimismo, el contratista citó el Artículo 20° del RLCE, la misma que hace referencia a la “disponibilidad física del terreno”; sin embargo, se contó con dicha disponibilidad desde la suscripción del convenio con el Gobierno Regional de Tacna, que por cierto es requisito para la aprobación resolutive del expediente técnico materia del Contrato.

Cierto es que, durante el proceso de selección en el que aun BAUEN era postor, era requisito formal, efectuar la visita al emplazamiento del proyecto, por la envergadura y tipología industrial de la Estación férrea; lo que permitiría a todo postor establecer su propuesta económica u oferta; circunstancias en las cuales, antes de obtener la Buena Pro, BAUEN pudo cerciorarse, que el servicio de tren estaba en plena actividad y en los 02 horarios que hasta la fecha continúan, y que habiendo iniciado la ejecución de la obra, fue un evento inusitado, sino que se pudo prever las medidas bajo las cuales se trabajaría.

De otro lado, manifiesta que “el expediente no contiene como estudio complementario un plan de contingencia o de seguridad ante el servicio ininterrumpido del tren, ni tampoco se han entregado a mi representada los planos de seguridad correspondientes...”, lo que, a decir del Contratista se debió a las deficiencias del expediente técnico, pero que, sin embargo y con todo ello, presentó una oferta económica “convenientemente técnica”.

Ante dicha situación, según el Contratista se habrían configurado interferencias en la ejecución de la obra; sin embargo, la Entidad señala:

- Paralización parcial de actividades en obra:

La Entidad manifiesta que no constituye el incumplimiento de una obligación esencial, por el contrario, simplemente son afirmaciones sin sustento para el reclamo de un sobre costo que no está acreditado. No obstante, lo anterior, la

Entidad emitió aclaraciones que demuestran que lo indicado en este rubro es falso y no tiene sustento alguno, en torno a las “supuestas interferencias”.

- Cambio de plan de ejecución de trabajos:

La Entidad precisa que el supuesto cambio de planificación de las actividades por parte del Contratista para que sean efectuadas manualmente no obedeció a las razones que indican, dado que los documentos de perfeccionamiento del contrato (específicamente al sustento de los precios unitarios de su propuesta económica) evidencian que el Contratista ofertó la realización de trabajos manuales en la obra, tales como los vaceados de concreto en las diversas estructuras: vigas, zapatas, columnas, etc., donde el concreto es preparado con mezcladora in situ, mientras que las excavaciones son ejecutadas solo con personal obrero y herramientas manuales; asimismo, los rellenos con material de préstamo considerados con equipo, los ejecutaron con plancha compactadora de 7HP, lo que no es un equipo pesado; otra partida como nivelación y apisonado con equipo interior: el equipo empleado es la plancha compactadora de 7HP.

- Acarreo y eliminación de Escombro, residuos sólidos:

La Entidad precisa que la partida que involucra el carguío del material excedente se denomina ACARREO MANUAL DE MATERIAL EXCEDENTE. Para estos trabajos, el contratista no ha previsto, dentro de sus análisis de precios unitarios, el uso de equipo pesado, por lo que alegar que el funcionamiento del tren les ha causado perjuicio carece de sustento pues nunca fue previsto por el Contratista, la ejecución de esta actividad a través de maquinaria.

Adicionalmente, los asientos Nros. 18 y 95 de fechas 27 de julio y 30 de setiembre de 2017, que fueron anotados por el residente de obra, demuestran que en la obra se encontraban trabajando diversos equipos mecánicos, con lo cual queda desvirtuado lo que indica el contratista sobre que no pudo ingresar maquinaria por la interferencia del tren.

Finalmente, agrega que los otros equipos indicados por el Contratista en los argumentos de la demanda (elevadores, grúas) nunca fueron presentados ni previstos dentro de sus costos; por lo que el supuesto perjuicio económico por el “acarreo y eliminación de escombro, residuos sólidos”, no se ajusta a la verdad.

- Único acceso al recinto de obra a través de la futura entrada al Museo Ferroviario:

La Entidad mencionó que la limitación del tamaño y capacidad de maquinaria al recinto de obra no puede ser considerada como una limitación, pues el contratista nunca planteó dentro de los costos unitarios de su oferta, el uso de otro equipo que no sea considerado como equipo menor. Asimismo, la postergación hasta fin de obra de los trabajos proyectados en esa zona (Pérgola de la entrada al Museo Ferroviario), corresponde a un tema específico de programación de los trabajos.

- Impedimento del acceso de mixer de concreto de obra:

Conforme lo señala la Entidad dado que los análisis de precios unitarios de las partidas de concreto, presentadas en el perfeccionamiento del contrato por el

contratista, corresponden al concreto preparado en obra en todos los casos, por ende, el impedimento señalado por el contratista no se ajusta a la verdad.

- Imposibilidad de ejecución de unidades de obra:

La Entidad consignó que existen registros fotográficos de que el Contratista ha llegado a instalar el andamiaje, según el avance de los trabajos programados, y de acuerdo a la cantidad de personal con el que disponía para los trabajos en las unidades que señala: Fachada del Edificio, Acceso del edificio del reloj, y Edificio de Maestranza, colindante a las vías en uso del Ferrocarril; con lo que quedaría demostrado que ha tenido imposibilidad en ejecutar los trabajos.

- Dificultad para el traslado de Objetos Museográficos:

No existe anotaciones de cuaderno de obra, ni registros escritos y/o fotográficos, que evidencien la “imposibilidad de construir una pasarela”, puesto que el Contratista nunca dio inicio a tal partida.

- Falta de espacio para talleres, comedores, vestuarios, oficinas y almacenes:

En virtud a la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, así como la norma técnica G.050 que es parte del Reglamento Nacional de Edificaciones, regula el tema de seguridad durante la construcción, estableciendo lo siguiente: *“(...) El empleador programará, delimitará desde el punto de vista de la seguridad y la salud del trabajador, la zonificación del lugar de trabajo en la que se considera las siguientes áreas:*

- *Área administrativa.*
- *Área de servicios (SSHH, comedor y vestuarios).*
- *Área de Operaciones de obra.*
- *Área de preparación y habilitación de materiales y elementos prefabricados.*
- *Área de almacenamiento de materiales.*
- *Área de parqueo de equipos.*
- *Vías de circulación peatonal y de transporte de materiales.*
- *Guardianía.*
- *Áreas de acopio temporal de desmonte y de desperdicios.*

Asimismo, se deberá programar los medios de seguridad apropiados, la distribución y la disposición de cada uno de los elementos que los componen dentro de los lugares zonificados.

Se adoptarán todas las precauciones necesarias para proteger a las personas que se encuentren en la obra y sus inmediaciones, de todos los riesgos que puedan derivarse de la misma.”

Como se observa, es responsabilidad del contratista proveer todo lo necesario para el normal desarrollo de las actividades propias de la obra. Si dentro de las instalaciones de la obra no es factible considerar todos los espacios, el Contratista debió obtener las autorizaciones municipales para el uso parcial de la vía pública o en todo caso debió alquilar los espacios necesarios para cumplir con el objetivo de la obra.

- **Falta de seguridad:**

El personal del ferrocarril cuenta con su propio personal de seguridad, “paletero de tránsito vial férreo”, lo que difiere del Contratista que nunca implementó como parte de su sistema de seguridad.

Es tendencioso lo señalado por el Contratista cuando pretende imponer la idea de que los pasajeros o usuarios del transporte de tren, ingresaban a las áreas abiertas y/o de obra, pues estos a lo sumo permanecían en la Sala de Embarque, y desde este ambiente existe una pasarela metálica que permite el ascenso directo desde dicha sala hasta el auto vagón de pasajeros; por lo que, las afirmaciones que hace el Contratista no se ajustan a la verdad; prueba de ello, es que nunca se han registrado accidentes de terceros, el único accidente de gravedad acaecido, ocurrió con su propio personal de obra.

- **Partidas con restricciones en áreas de ferrocarril:**

Según señala el contratista, el tiempo que ocupa la locomotora en la circulación y las maniobras de acceso y salida de las áreas de ferrocarril, no representó ni representa un obstáculo real para paralizar constantemente los trabajos que involucran las partidas de arquitectura, instalaciones eléctricas y sanitarias cuya ejecución atraviesa transversalmente las vías del tren, esto ocurre solo dos veces al día. Significa entonces que los rendimientos planteados en sus análisis de precios unitarios no fueron reales o en todo caso no llevaron ni están llevando un control para lograr la eficiencia de su propuesta técnico – económica.

Puesto que, no ha habido partidas en ejecución permanente en las proximidades o áreas de ferrocarril, que hayan inferido en perjuicios permanentes, lo cual es extremadamente subjetivo y tendencioso.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

De la revisión de la Demanda Arbitral de fecha 28 de diciembre de 2018, tenemos que contratista refiere que los atrasos en los que ha incurrido (no especifica el plazo exacto de atraso) se debe a los siguientes hechos:

- i. Afectación a la ejecución de la obra por falta de disponibilidad completa de terreno
- ii. Deficiencias del expediente técnico que afectaron la ejecución de la obra
- iii. Consultas formuladas por el contratista y que no fueron absueltas por la Entidad
- iv. Adicionales de obra N° 1 y 2
- v. Falta de capacidad, diligencia e interés de la Entidad en resolver las deficiencias del expediente técnico

Estando a lo señalado por el Contratista, este Colegiado estima pertinente proceder a verificar si en el caso de autos los supuestos a los que alude el Contratista se han cumplido y los retrasos, en efecto, se han configurado sin su responsabilidad.

Respecto al libre disponibilidad del terreno, este colegiado se remite al análisis realizado al abordar la primera pretensión principal de la demanda interpuesta por la entidad, por lo que concluye en el mismo sentido.

Respecto a las deficiencias en el expediente técnico tenemos que el Contratista indica que las deficiencias en el expediente técnico provocaron el atraso justificado en la ejecución de la obra, a fin de acreditar ello, refiere que se han presentado 19 pedidos de adicionales de obra. Al respecto es pertinente traer a colación que lo señalado por el Contratista, ha sido corroborado por la arquitecta Leonor Cuellar Villavicencio, quien a través de su Informe N° 141-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-LCV de fecha 14 de octubre de 2019, ha reconocido la existencia de los defectos en el expediente técnico, y más allá de refutar lo afirmado por el Contratista, ha dirigido la causa de dichos defectos a otros aspectos, conforme se aprecia a continuación:

*“CONCLUSIÓN: Como se ha podido demostrar, el Expediente Técnico materia del contrato de obra, no fue resultado de una indebida formulación, como pretende parcializar el Dictamen Pericial, sino más bien, **que por las condiciones especiales y por tratarse de estructuras pre-existentes, cuyos daños recién se dejaron evidenciar durante los procesos de intervención**; las prestaciones adicionales generadas, se configura dentro del concepto de “vicios ocultos”, no imputable al Expediente Técnico material del contrato, según lo sustentado en el literal a.1.; además que, la propuesta de solución del Expediente Técnico de saldo de obra, que el Perito pretende demostrar que le da razón a las “supuestas consultas no atendidas”, responde a otro partido arquitectónico y restaurativo, y que no necesariamente son el resultado de una indebida formulación del mismo, **sino más bien deviene de otras condiciones de estado situacional, otro estado de conservación y evolución de daños por efectos de paralización de obra**; por tanto, las “supuestas interferencias” que a decir del contratista le afectaron el normal desarrollo de la ejecución del proyecto, difieren de los técnicamente sustentado”.*

Conforme se puede apreciar, a criterio de este Colegiado, la arquitecta antes indicada, ha corroborado la existencia de deficiencias en el expediente técnico, haciendo las salvedades de que las mismas obedecen a otras causas; no obstante, si se analiza en conjunto lo señalado por ambas partes, se llega a la conclusión que en efecto sí han existido deficiencias en el expediente técnico, caso contrario, la Entidad ha debido rechazar expresamente cada uno de los adicionales solicitados por el Contratista, no obstante reconoce que en algunos casos sí ha admitido los adicionales solicitados (como lo son los casos de los Adicionales 1 y 2); a saber:

“10. Por otro lado, todos los documentos señalados por el Contratista en el cuadro que sustenta su pretensión relacionado a este tema, no

*corresponden al contexto de su posición, puesto que gran parte de dicha documentación han sido absueltas por la Entidad, ya sea de manera negativa, no dando lugar a cambios que el residente proponía “prioritarios”, pero que a decir de la Entidad, no primordiales para el cumplimiento de la meta principal del proyecto o finalidad del Contrato, o en otros casos, consultas que fueron acogidas de manera positiva, e incluidas ya sean en el Expediente de Adicional de Obra N° 01 o Adicional de Obra N° 02 (...)*¹⁹.

Adicionalmente, la Entidad refirió que aceptó algunos adicionales y con ello la existencia de defectos en el Expediente Técnico.

Respecto de las consultas no absueltas, este colegiado se remite al análisis realizado al abordar la primera pretensión principal de la demanda interpuesta por la entidad, por lo que concluye en el mismo sentido.

Respecto de que los Adicionales 1 y 2 no fueron elaborados correctamente, estos devinieron en inejecutables; sumado a ello, el Contratista refiere que procedió a observar la aprobación de dichos adicionales (al respecto ver Carta N° 26-2018-BAUEN-TACNA-R.L. de fecha 18 de mayo de 2018, Carta N° 048-2018-BAUEN-TACNA-R.L.), no obstante, la Entidad en momento alguno procedió a responder a dichas observaciones.

Revisada la posición de la Entidad, tenemos que de sus fundamentos se aprecia que esta se limita a indicar que ha cumplido con atender cada una de las observaciones formuladas por el Contratista a los adicionales, no obstante, no ha aportado elemento probatorio alguno que permita corroborar su posición, mientras que el Contratista ha ofrecido las comunicaciones antes indicadas; en ese sentido, la posición asumida por la Entidad deviene en insustentada, motivo por el cual corresponde reconocer al Contratista como impedimento para la ejecución normal de la obra la aprobación de los Adicionales 1 y 2.

Sobre la demora en responder las consultas, el Contratista refiere que como consecuencia de las consultas y/u observaciones que formularon de manera oportuna y desde el inicio de la obra, pero que no fueron absueltas por la Entidad, la Supervisión de Obra remitió en diciembre de 2017 a la Entidad una relación de adicionales que debían ser elaborados; sin embargo, la Entidad demoró siete meses, es decir, el 58% del plazo total de ejecución, en decidir que las nuevas partidas solicitadas por la supervisión sean tramitadas como expedientes adicionales. La demora injustificada provocó que los expedientes adicionales no se aprobaran con la suficiente antelación.

De la revisión de los argumentos que ha formulado la Entidad se tiene que esta se ha limitado a indicar que sí ha procedido a atender cada una de las observaciones formuladas por el Contratista, no obstante, no es precisa ni indica cómo es que han sido atendidas dichas observaciones, menos aun acredita el haberlo hecho; sumado a ello, no ha desmentido la demora de los siete meses a los que alude el Contratista. De este modo, aplicando los criterios de la carga

¹⁹ Ver numeral 10 del escrito con sumilla “CONTESTA DEMANDA” presentado por la Entidad con fecha 10 de enero de 2017.

de la prueba, corresponde concluir que en efecto el supuesto en análisis sí configura un supuesto de atraso no imputable al Contratista.

En función a lo señalado en este apartado, corresponde declarar fundada la pretensión contenida en el quinto punto controvertido; en consecuencia, corresponde declarar que el retraso en la ejecución del Contrato, se ha producido por causas imputables a la entidad.

Asimismo, en estricta coherencia con lo resuelto, corresponde declarar fundada la pretensión contenida en el décimo primer punto controvertido, con lo cual corresponde declarar que en la ejecución de la obra se han presentado interferencias que dieron lugar a que el contratista no pudiera ejecutar la obra de forma adecuada.

CUARTO, QUINTO Y SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR AL PLAN COPESCO NACIONAL RECONOZCA LA AMPLIACIÓN DE PLAZO PARCIAL N° 05 POR CIENTO VEINTE (120) DÍAS CALENDARIOS.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA INVALIDEZ Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 236-2018-MINCETUR/DM/COPESCO/DE, DE FECHA 28 DE JUNIO DE 2018, QUE HABRÍA DECLARADO IMPROCEDENTE LA SOLICITUD DE AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 05

QUE ADEMAS EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE SE RECONOZCA Y PAGUE LOS MAYORES GASTOS GENERALES VARIABLES ASOCIADOS A LA SOLICITUD DE AMPLIACIÓN DE PLAZO 5, POR CIENTO VEINTE (120) DÍAS CALENDARIOS ASCENDENTES A LA SUMA DE S/ 542,872.72 (QUINIENTOS CUARENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTAY DOS CON 72/100 SOLES), INCLUIDO EL IGV.

POSICIÓN DE BAUEN

Hechos relevantes:

El 26 de agosto 2017, el contratista y la entidad Plan COPESCO se reunieron en obra para evaluar las condiciones actuales en el sector de sala de conservación y almacén evidenciándose que dicho sector tiene una afección en la madera del 90%; por lo que se requería trabajos adicionales.

Así, el 27 de octubre del 2017, la contratista presentó la Carta N° 038-2017-BAUEN-TACNA-IR, donde solicita formulación del adicional de sala conservación.

El día 07 de noviembre de 2017, con Carta N° 046-2017-BAUEN-TACNA-IR, BAUEN informa que se ha anotado en el cuaderno de obra que la no ejecución de estos trabajos ya está afectando la ruta crítica y se vuelve a solicitar la formulación del adicional.

Con Carta N° 048-2017-BAUEN-TACNA-IR de fecha 16 de noviembre de 2017, Bauen solicita que se le indique quien sería el responsable de la formulación del expediente del adicional de obra.

Mediante Carta N° 068-JS-ONO-2017-CSSL/PCN de fecha 21 de diciembre de 2017, la supervisión solicita la formulación de la prestación del adicional de obra de la sala de conservación.

El 29 de diciembre de 2017, la Entidad se pronuncia resolviendo que es necesaria realizar una visita de campo para tomar muestras de la madera y ser evaluadas en Laboratorio.

Los días 23 y 24 de enero del 2018 se dio la visita de parte de una comisión de la Entidad conformada por: la Arq. Gabriela Zegarra, gerente de proyectos de estudios definitivos, en compañía del Ing. Gregory Huertas, ingenieros de estructuras y un biólogo especialista en Entomología, cuyo objeto era que la Entidad pudiera evaluar la patología de la madera en sala de conservación, declarando que existían xilófagos.

Con Carta N° 202-MINCETUR/DM/COPESCO-DE del 14 de febrero de 2018, se declara que los trabajos adicionales de la Sala de Conservación serán incluidos en el Adicional N° 2.

Con fecha 23 de abril del 2018, la entidad remite la documentación técnica para la pactación de precios de adicional de obra N° 02, en el cual no incluye el expediente técnico del adicional definitivo, lo cual imposibilita cualquier estudio económico para la pactación de precios.

Con fecha 18 de mayo del 2018, la entidad remite con la Carta N° 214-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO, la documentación técnica para la pactación de precios de adicional de obra N° 02, sin embargo, sigue sin incluir el expediente técnico del adicional definitivo.

Con Carta N° 27-2018-BAUEN-TACNA-R.L., Bauen señaló que todavía no habrían sido notificados con el documento del expediente técnico final a fin de poder observar que el adicional contemple todas las actividades y partidas necesarias que permitan viabilizar la ejecución de la obra, con el fin de que se pueda ejecutar la obra sin interferencias o limitaciones.

Recién en fecha 07 de junio de 2018 (a poco menos de un mes de que termine el plazo de ejecución contractual vigente, esto es 03 de julio de 2018), la Entidad habría remitido el expediente técnico del adicional de obra N° 2, el cual, no contaba con la viabilidad de la supervisión además incluye, precios a pesar de que no se había llegado a un acuerdo en la pactación de precios.

Finalmente, Bauen señala que recién en fecha 25 de junio de 2018, la supervisión otorga viabilidad al expediente técnico del adicional de obra N° 2; a pesar que éste remitió mediante Carta N° 048-2018-BAUEN-TACNA-RL de fecha 28 de junio de 2018 un listado de precios a pactar para dicho adicional.

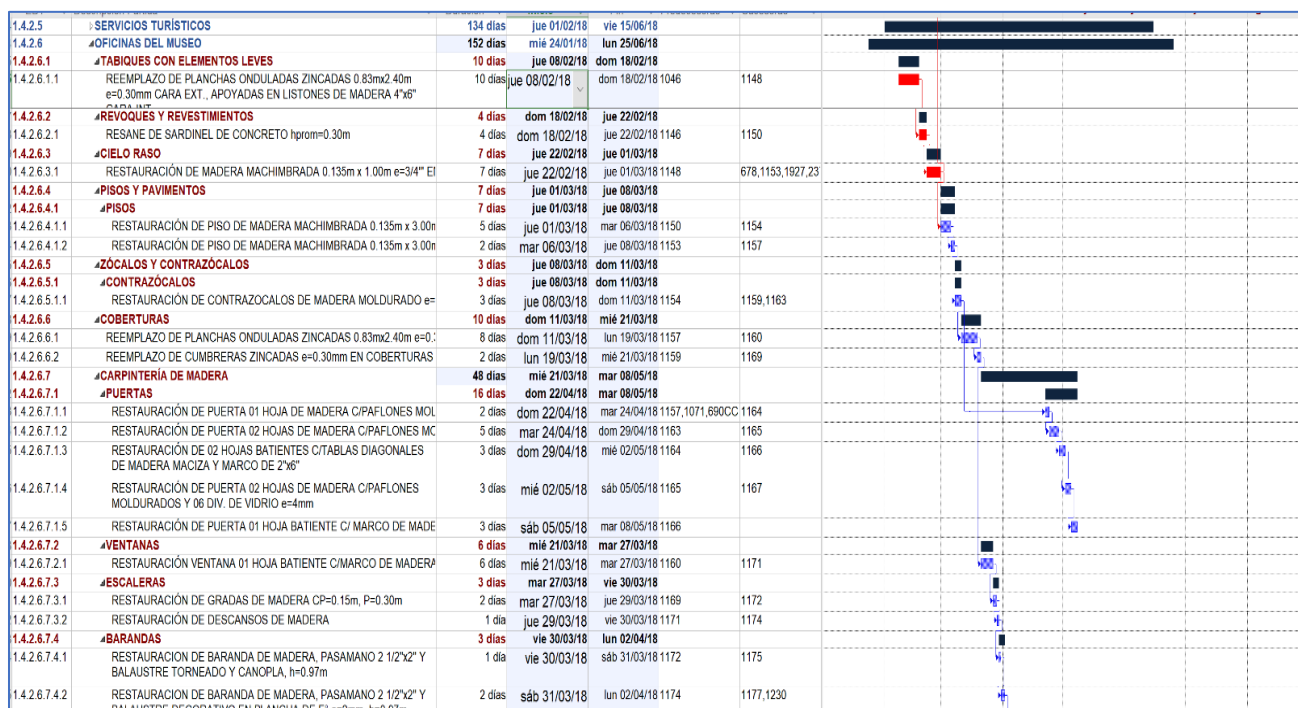
Aspectos Formales:

Con el Asiento N° 53 de fecha 26 de agosto de 2017, Bauen deja sentado lo siguiente:

“(…) De acuerdo a lo coordinado con la visita de la Arq. Gabriela Zegarra y nuestro especialista en conservación y la supervisión se plante una sustitución de la sala de uso múltiple en razón que los muros, estructuras y techos de madera tiene un 90% de afectación de polillas, xilófagos, termitas y literalmente está podrida lo que sustenta la sustentación”.

Conforme a lo señalado por Bauen, la Ampliación de Plazo N° 5 sería una ampliación de plazo parcial (debido a que el adicional aún no se había aprobado y por ende no era posible ejecutar las partidas afectadas por el indicado adicional), por lo que, de conformidad con lo establecido en el quinto párrafo del artículo 170° no hay fecha de fin o cese de la causal.

En ese sentido, Bauen presentó el siguiente Diagrama Gantt donde se podría observar cómo se habría afectado la ruta crítica:



POSICIÓN DEL PLAN COPESCO

Lo señalado por el Contratista difiere considerablemente de los antecedentes documentarios que generaron la solicitud, y motivaron la OPINIÓN NO FAVORABLE por parte de la Supervisión a cargo, y el pronunciamiento de la Entidad a la misma; de los cuales puntualizamos a fin de esclarecer y desvirtuar la posición tergiversada del Contratista:

- El Contratista presentó a la Supervisión la solicitud de Ampliación de Plazo N° 5, a raíz de lo cual, ésta emitió su OPINIÓN SOBRE AMPLIACIÓN PARCIAL DE PLAZO N° 05, mediante Carta N° 034-2018-RL-CSSL/PCN, de fecha 15 de junio del 2018, el mismo que responde a lo sustentado por el documento del Contratista, que a la letra se transcribe:

“(…) La solicitud del contratista justifica su ampliación parcial debido a la no ejecución de la partida 03.02.06.01.01, REEMPLAZO DE PLANCHAS ONDULADAS ZINCADAS 0.83m x 2.40m e=0.30 mm CARA EXT. APOYADAS EN LISTONES DE MADERA 4” x 6” CARA INT. Programada para iniciar el 08/02/2018, según su Cronograma acelerado de avance de obra vigente.

Asimismo, tal como se le comunico en Carta N° 115-JS-PJRD-2018-CSSL/PCN de fecha 21/04/2018, el Contratista tiene la restricción en la ejecución de las partidas contractuales contenidas en la ruta crítica, por la falta de aprobación del adicional 01 en donde se incluye la meta de cerramiento vertical. Sin embargo, como es de su conocimiento, desde el 24/03/2018 persiste la incertidumbre de aprobación de los expedientes de las prestaciones adicionales 01 y 02 debido a la evasiva del Contratista a firmar el acta de pactación de precios, siendo la demora no imputable a la Entidad.

Por lo tanto, habiendo realizado el análisis de la solicitud de Ampliación de plazo parcial N° 05, se observa que el Contratista no anexa un sustento de la cuantificación de su petición –además de firmar solamente la carta de solicitud– por lo que esta supervisión OPINA SE DINIEGUE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO PARCIAL, considerando que aún existe plazo suficiente (El plazo contractual de ejecución de obra se mantiene al 03 de julio 2018) para que la Entidad agote toda alternativa dentro del plazo restante para pactar los precios de expedientes de los adicionales, caso contrario se recomienda proceder a la Resolución Contractual. (…)”

- Sin embargo, en lo expuesto por el Contratista en la presente pretensión ha cambiado en contenidos y argumentos que acompañó originalmente su Carta N° 041-2018-BAUEN-TACNA-R.L., ya que con sus “nuevos sustentos” pide se le reconozca la ampliación de plazo N° 05 en torno a la SALA DE CONSERVACIÓN; que no fue el tema que originó la denegatoria por parte de la Entidad, según las transcripciones del documento con pronunciamiento técnico de la supervisión, además que, no adjuntó debidamente la cuantificación de la solicitud de los 120 días calendario de Ampliación de plazo parcial solicitado; por tanto, el cálculo de ello era subjetivo y no técnico, lo cual pone de manifiesto que el Contratista intencionalmente tergiversa sobre todo lo acontecido al respecto de la posición de la Entidad.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Debe precisarse que de acuerdo al artículo 170 del Reglamento establece el procedimiento que debe realizarse para solicitar la ampliación de plazo en el caso de obras, disponiendo que el contratista debe presentar su solicitud de ampliación dentro de los quince (15) días siguientes de concluida la circunstancia que se invoca ante el inspector o supervisor —de corresponder—, siempre que dicha situación afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente; luego de ello, el inspector o supervisor remitirá un informe a la Entidad dentro de

los cinco (5) días hábiles siguientes para que esta se pronuncie al respecto y notifique su decisión en el plazo de diez (10) días hábiles. De no existir pronunciamiento por parte de la Entidad dentro de dicho plazo, se tendrá por aprobado lo indicado por el inspector o supervisor en su informe. Ahora bien, si dentro del plazo de quince (15) días hábiles de presentada la solicitud, no existe pronunciamiento por parte de la Entidad y no existe la opinión del supervisor o inspector, se tendrá por aprobada la ampliación.

El contratista presentó su solicitud de Ampliación de Plazo N° 05, mediante Carta N° 041-2018-BAUEN-TACNA-RL, recepcionada por la Supervisión a cargo del Consorcio Supervisor San Luis, en fecha 15 de junio del 2018.

La Ampliación de Plazo N° 05, fue declarada improcedente por la Entidad mediante Resolución Directoral N° 236-2018-MINCETUR/DM/COPESCO/UADM, de fecha 28.06.2018 y notificado en la misma; debido a que el Contratista presentó con fecha 09.06.2018 su solicitud de manera extemporánea, o fuera de plazo, incumpliendo con lo establecido en el Artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. En esa misma línea, este Colegiado ha tenido a la vista el **Informe N° 0044-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-DE/UEO/EO**, de fecha 2 de septiembre de 2020, a través del cual, la Entidad indica que en opinión técnica de su perito la solicitud de ampliación de plazo no procedía en mérito a lo siguiente:

- i) *La Ampliación de Plazo N° 05, fue declarada IMPROCEDENTE por la Entidad mediante Resolución Directoral N° 236-2018-MINCETUR/DM/COPESCO/UADM, de fecha 28.06.2018 y notificado en la misma; debido a que el Contratista presentó con fecha 09.06.2018 su solicitud de manera EXTEMPORÁNEA, O FUERA DE PLAZO, incumpliendo con lo establecido en el Artículo 170° del RLCE de Procedimiento para la ampliación de plazo (D.S. N° 350-2015-EF).*
- ii) *El contratista presentó su solicitud de Ampliación de Plazo N° 05, mediante CARTA N° 041-2018-BAUEN-TACNA-RL, recepcionada por la Supervisión a cargo del Consorcio Supervisor San Luis, en fecha 15 de junio del 2018.*
- iii) *El Adicional de Obra N° 01 fue aprobado mediante Resolución Directoral N° 168-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-DE, del 15/05/2018 y quedó cerrada con ello la causal invocada por el contratista quien, a partir de esa fecha tenía quince días para solicitar, cuantificar y sustentar su ampliación de plazo, tal como se estipula en el Artículo 170° del RLCE de Procedimiento para la ampliación de plazo (D.S. N° 350-2015-EF).*
- iv) *El plazo para la presentación de su solicitud de Ampliación de Plazo N° 05, venció el 30/05/2018; por tanto, la solicitud de los 120 días, fue extemporánea.*
- v) *Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, el Contratista NO DEMOSTRÓ TÉCNICAMENTE la causal de la Ampliación de Plazo, por los siguientes aspectos:*

- vi) *La solicitud invocaba como principal causa de afectación de la ruta crítica, fue la demora por parte de la Entidad en la aprobación de la partida 03.02.06.01.01 REEMPLAZO DE PLANCHAS ONDULADAS ZINCADAS 0.83m x 2.40m e=0.30 mm CARA EXT. APOYADAS EN LISTONES DE MADERA 4" x 6" CARA INT, inicialmente programada para realizarse el 08/02/2018 según su Cronograma acelerado de avance de obra vigente, partida que estaba incluida en el Adicional de Obra N° 01.*
- vii) *El contratista señaló como afectación de su ruta crítica un total de 120 días; sin embargo, NO ADJUNTO EL SUSTENTO DE SU CUANTIFICACIÓN, tal como lo mencionó la supervisión en el Asiento del Cuaderno de Obra N° 336 del 02/04/2018, desde el 24/03/2018, en que no se firmó el Acta de Pactación de Precios, el contratista tenía la decisión final para la Aprobación del Adicional N° 01; por tanto, la no ejecución hasta la fecha de su solicitud, de los trabajos invocados como afectados, se debió a la evasiva continua del contratista a pactar los precios unitarios.*

Pues bien, estando a lo señalado y a lo peticionado por esta parte, corresponde verificar si en el presente caso resulta amparable lo peticionado por el Contratista. De la revisión de la Carta N° 041-2018-BAUEN-TACNA-RL se tiene lo siguiente:

- El día 26 de agosto 2017, el Contratista y la Entidad se reunieron en obra para evaluar las condiciones actuales en el sector de sala de conservación y almacén, evidenciándose que dicho sector tiene una afección en la madera del 90%, muy superior a lo estipulado en el expediente técnico, requiriendo trabajos adicionales no incluidos en el presupuesto, impidiendo la ejecución de todas las partidas de la Sala de Conservación.
- Se indica que los aspectos materia de observación serían incluidos en los Adicionales 1 y 2.
- Finalmente, informan que a la fecha de remisión de la Carta N° 041-2018-BAUEN-TACNA-RL no se contaba con el expediente del Adicional 1 y 2, en el que se incluyen las partidas correspondientes a la Sala de conservación, por lo cual la causal de ampliación de plazo sigue abierta.

Por su parte, de la revisión de la Resolución Directoral N° 236-2018-MINCETUR/DM/COPESCO/DE de fecha 28 de junio de 2018, se tiene que las causas por la cual se declaró improcedente el pedido son los siguientes:

Que, el Informe N° 076-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-LCV elaborado por la Gerente de Obras a nivel de Ejecución de Obra, que cuenta con la conformidad de su Jefatura, tal como consta del Informe N° 1118-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO, señala que la Ampliación de Plazo N° 05 es improcedente, entre otros aspectos, por lo siguiente: a) El Contratista sustenta como causal de su solicitud de ampliación de plazo N° 05, la demora por parte de la Entidad, en la aprobación de los expedientes técnicos de los adicionales de obra N° 01 y 02 b) De igual manera, el contratista indica que la afectación de la ruta crítica se ha dado a partir del 06 de febrero de 2016, por la partida 03.02.06.01.01 Reemplazo de Planchas Onduladas Zincadas 0.83 mm 2.4, c) Cabe indicar que el trámite de aprobación del adicional N° 01 se extendió debido a que el contratista no participaba en las reuniones o daba evasivas constantes para no lograr la pactación de precios, luego de haber agotado la Entidad todos los medios posibles para la pactación de precios, se aprobó el adicional de obra N° 01, con Resolución Directoral N° 368-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-DE (notificada al contratista el 15 de mayo de 2018 mediante notificación electrónica de la Carta N° 195-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO), d) Respecto a la partida 03.02.06.01.01, afectada con la extensión del trámite de aprobación del adicional N° 01, esta causal culminó el 15 de mayo de 2018 con la notificación de la Resolución Directoral N° 368-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-DE, por lo cual, el contratista tenía como plazo máximo para presentar su solicitud de ampliación de plazo hasta el 30 de mayo de 2018, sin embargo, presentó la referida solicitud el 09 de junio de 2018, fuera de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho generador, e) En lo concerniente al Adicional de Obra N° 02, debemos señalar que mediante Carta N° 52-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO recibida el 23 de abril de 2018 y Carta N° 66-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO recibida el 24 de abril de 2018, se solicita al contratista la pactación de precios y se le remite el expediente técnico del adicional de obra N° 02, documentos que hasta la fecha no han tenido respuesta por parte del contratista, a pesar de haberles solicitado en reiteradas oportunidades, reuniones de trabajo para lograr la pactación de precios, f) En concordancia con el pronunciamiento de la Supervisión y habiendo quedado demostrada la falta de voluntad por parte del contratista para lograr la pactación de precios de los adicionales de obra N° 01 y 02, no se ha configurado la causal de atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista, señalado en el numeral 1) del art. 169 del reglamento, consecuentemente, se ratifica la improcedencia de la Ampliación de Plazo N° 05 solicitada por la contratista **BAUEN EMPRESA CONSTRUCTORA S.A.U. SUCURSAL EN PERÚ**, con lo cual se mantiene el 03 de julio de 2016 como fecha de término de obra;

Entonces, estando a lo antes señalado por las partes, este Colegiado tiene que de la revisión de los medios probatorios que obran en autos la ampliación de plazo solicitada por el Contratista se encuentra comprendida entre dos hechos, por un lado, tenemos el Adicional 1 y por otro tenemos el Adicional 2.

Ahora bien, de la manifestación de la contratista se desprende que se solicitó la ampliación de plazo bajo una causa; esto es, las demoras en aprobar los adicionales 1 y 2, puesto que existieron deficiencias en el expediente técnico. Esta afirmación se desprende del numeral 2.31 del desarrollo de la quinta pretensión principal de su demanda. Así, en la solicitud de ampliación de plazo incorpora todos los retrasos que afectan la ruta crítica, correspondientes a ambas adicionales.

Ahora bien, de la manifestación de la entidad, así como de la contratista, se acredita que el adicional 1, esto es, la solución técnica de parte de los inconvenientes de los retrasos, fue aprobado el 15 de mayo de 2018, con lo cual el hecho generador del atraso, por los componentes del adicional 1, habría sido culminado, iniciando automáticamente los plazos para solicitar la ampliación de plazo respectiva, cuantificando la extensión de la demora para dichos componentes. Ahora bien, de lo que se advierte de la documentación, la contratista no habría solicitado, dentro del plazo legal otorgado, la mencionada ampliación, por lo que la consecuencia legal a esta omisión es la improcedencia.

Respecto de la demora en aprobar el adicional 2, ambas partes concuerdan con que éste no se materializó. No obstante, los retrasos por esta situación persistían en su momento, por lo que la entidad, en principio, debió otorgar la ampliación de plazo extendiendo la ejecución para permitir la ejecución de los componentes correspondientes a dicho adicional, tal como lo mostró la contratista en el cuadro que fue presentado en la demanda.

En relación a la cuantificación del plazo, existe el inconveniente jurídico respecto al inicio de la causal debido a que ésta debió estar anotada en el cuaderno de obra, específicamente para los componentes, correspondientes que integran las

labores del adicional 2, para poder cuantificar los plazos del retraso relacionados con dichas partidas.

En ese orden de ideas, y al tratarse de un arbitraje de derecho, este colegiado no puede amparar las pretensiones analizadas conjuntamente, y debe declararlas INFUNDADAS.

Sin perjuicio de lo expuesto, y sólo de manera académica debido a que no tiene competencia para pronunciarse, el Tribunal Arbitral advierte que la aprobación unilateral de un adicional debería ser revisado por la propia entidad puesto que durante la vigencia de la Ley 30225 (original) y su Reglamento, no resultaba jurídicamente válida, en concordancia con el criterio establecido por OSCE en la Opinión 185-2016-DTN, emitida a solicitud de la propia entidad, esto es, Plan Copesco, se indicó lo siguiente:

“Así, cuando en un contrato a precios unitarios se requería ejecutar una prestación adicional de obra que implicaba la ejecución de actividades no previstas en el expediente técnico original, la única posibilidad prevista por la normativa anterior era que la Entidad y el contratista debían pactar los precios de dichas actividades para incluirlas en el presupuesto de la prestación adicional correspondiente. En razón de ello, si no existía acuerdo, no era posible formular el presupuesto adicional ni, en consecuencia, aprobar la prestación adicional”.

Cierto es que la mencionada opinión fue emitida para la aplicación del Decreto Legislativo 1017, no obstante, las disposiciones resultan similares y totalmente aplicables, considerando que recién con el Decreto Legislativo 1444 y su Reglamento se incorpora la solución donde a falta de acuerdo, el supervisor o inspector puede fijar provisionalmente un precio, sin perjuicio del derecho del contratista de someterlo a un procedimiento de solución de controversias²⁰.

Como consecuencia de lo anterior, corresponde declarar infundada la pretensión contenida en el noveno punto controvertido, y en consecuencia declarar la validez de la Resolución Directoral N° 236-2018-MINCETUR/DM/COPESCO/DE, de fecha 28 de junio de 2018, en el extremo que declara improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 05.

En el mismo sentido, corresponde declarar infundada la sexta pretensión de la demanda arbitral interpuesta por BAUEN.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR AL PLAN COPESCO NACIONAL RECONOCER Y PAGAR A FAVOR DE BAUEN LOS MAYORES COSTOS QUE HABRÍA ASUMIDO POR LAS INTERFERENCIAS Y DEFICIENCIAS DEL EXPEDIENTE TÉCNICO QUE SE HABRÍAN DADO EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA, LOS CUALES ASCENDERÍAN A LA SUMA

²⁰ Solución regulada en el numeral 205.13, del artículo 205 del Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 344-2018-EF.

DE S/ 1'307,906.47 (UN MILLÓN TRESCIENTOS SIETE MIL NOVECIENTOS SEIS CON 47/100 SOLES).

POSICIÓN DE BAUEN

Si bien la solución de estas interferencias era de única y exclusiva responsabilidad de la Entidad, debido a que la obligación de mi representada es de forma absoluta la ejecución de la obra, el contratista procedió a realizar acciones necesarias para mitigar en parte el impacto que produjeron estas interferencias en la ejecución de la obra.

El numeral 34.1 del artículo 34° de la Ley determina que, si se produjera un incremento del costo de las prestaciones asumidas por el contratista, y esto le ocasionará un costo adicional que no se encontraba previsto en su propuesta económica, “corresponderá a la Entidad adoptar las medidas que fueran pertinentes para reajustar el monto del contrato, a efectos que éste se ejecute de acuerdo con lo previsto originalmente, sin que ello determine un perjuicio económico para el contratista.

En la pericia de parte ofrecida por el Contratista se determinó que el monto a reconocer por improductividad debido a las interferencias imputables a la Entidad, asciende a S/ 1'307,906.47 incluido IGV.

POSICIÓN DEL PLAN COPESCO

Se evidenció que, en muchas anotaciones, quien fuera residente de obra, Ing. Martin Rios Labrin, denotaba limitada capacidad para sustentar de forma técnica y debidamente las consultas, que encaminaran el trámite regular de las mismas; por lo que durante esa etapa el Contratista, no contaba con la suficiente solvencia técnica por parte de su personal a cargo, para evidenciar las deficiencias del expediente técnico.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El numeral 34.1 del artículo 34° de la Ley de Contrataciones del Estado señala que:

“34.1 El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad”.

La norma antes citada determina que, si se produjera un incremento del costo de las prestaciones asumidas por el contratista, y esto le ocasionará un costo adicional que no se encontraba previsto en su propuesta económica, “corresponderá a la Entidad adoptar las medidas que fueran pertinentes para

reajustar el monto del contrato, a efectos que éste se ejecute de acuerdo con lo previsto originalmente, sin que ello determine un perjuicio económico para el contratista”²¹. Ello, con la finalidad de mantener el equilibrio económico financiero del contrato²², como de manera unánime reconoce la doctrina:

“(…) el acto lesivo emanado de cualquier órgano o repartición estatal sea o no de la autoridad pública que celebró el contrato, habilita al contratista para requerir una reparación integral, invocando para ello la teoría del hecho soberano (hecho del príncipe). Para configurar el hecho del príncipe la decisión debe provenir de cualquier autoridad pública y afectar el desarrollo del contrato”²³.

Al respecto, este Colegiado ha tenido a la vista el Dictamen Pericial de Parte ofrecido por el Contratista, elaborado por el Ingeniero Civil Guillermo Vega. El citado profesional ha indicado respecto a las valorizaciones sobre mayores metrados lo siguiente:

Valorizaciones Mayores Metrados				
Valorización Mayor Metrado N° 01	58,456.19	13,187.72	5,845.62	77,489.53
Valorización Mayor Metrado N° 03	201,969.56	45,564.33	20,196.96	267,730.75
Valorización Mayor Metrado N° 04	82,808.16	18,681.52	8,280.82	109,770.40
Subtotal Val.Mayor Metrado (B)	343,233.91	77,433.57	34,323.39	454,990.67
TOTAL VALORIZADO ACUM. C=(A+B)	3,341,699.85	753,887.49	334,170.03	4,429,757.30
Monto Contratado (D)	8,142,540.05			
% de Avance Acumulado (C/D)	54.40%			

Estando al avance real acumulado, el perito en cuestión procedió a calcular los mayores costos por improductividad en la mano de obra directa y equipos; así del cotejo de la información presentada con los medios de prueba que ha adjuntado esta parte, tenemos el siguiente cálculo:

i. Cálculo por Mayor Costo de Mano de Obra

- Cálculo de Horas Hombre y Valor de Mano de Obra Prevista

A fin de determinar el concepto materia de análisis, el perito de parte que elaboró la pericia del Contratista refiere haber tenido a la vista los índices previstos de la Mano de Obra Directa establecidos en el Análisis de Precios Unitarios²⁴, los cuales multiplicados por los Metrados Ejecutados para el Avance Real

²¹ Opinión N° 182-2017/DTN emitida por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.

²² Bandeira De Mello, brinda la siguiente definición: “*Entiéndase por ecuación económico – financiera, la relación de igualdad y equivalencia, entre las obligaciones que el contratado tomará a su cargo como consecuencia del contrato y la compensación económica que en razón de aquellos le corresponderá*”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Las Cláusulas de Reajuste de Precios en los Contratos Administrativos*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, Pág. 904.

²³ DROMI, Roberto. *Licitación Pública*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, 2ª ed., Pág. 647.

²⁴ Ver Anexo 220 del Dictamen Pericial ofrecido por el Contratista.

Acumulado de 54.40% que incluye los Mayores Metrados Ejecutados²⁵ en donde se detalla los valores y cantidades totales de las Valorizaciones, con la cual, refiere que se obtiene la Cantidad Total de Horas Hombre Previstas de Mano de Obra por Partida o Servicio del Presupuesto.

Con esta lógica, se ha calculado el total de las Horas Hombre, obteniendo la cantidad de 42,059 Horas Hombre previstas para el avance de 54.40% porcentaje que incluye las cantidades realizadas por el Contratista desde la Valorización N° 01 a la Valorización N° 12, más los Mayores Metrados Ejecutados y no reconocidos.

Luego a esta Horas Hombre se ha multiplicado por la Tarifa Prevista en los Precios Unitarios establecidos en el contrato, dando como resultado el valor de Costo Previsto de S/ 837,363.15 incluye utilidad y no incluye el IGV.

Por su parte, para hallar el valor de la Mano de Obra Real, se ha calculado en función a las Horas Hombre que han sido tomadas del Informe Mensual de Seguridad Salud y Medio Ambiente SSOMA, con ello la cantidad asciende a 64,508 Horas Hombre reales e incurridas en obra. Cabe resaltar, que al total de Horas Hombre se le adicionó las horas incurridas de los capataces y personal técnico previstos en el Costo Directo dentro de los Análisis de Precios Unitarios del Contrato.

Luego, al total de Horas Hombre reales se multiplica por la Tarifa Prevista en los Precios Unitarios del Contrato, obteniendo como resultado el Monto Real incurrido por la Mano de Obra, valor que asciende a S/ 1'284,307.60 incluye Utilidad y no incluye el IGV.

Finalmente, para obtener el valor por la Mano de Obra Prevista y el valor de la Mano de Obra Real por la Permanencia del Personal en Obra, se ha procedido a realizar la diferencia entre ambos: (Valor de Mano de Real S/ 1'284,307.60 (–) Valor Mano de Obra Prevista S/ 837,363.15), teniendo como resultado por el Mayor Costo por improductividad de Mano de Obra Directa la suma de S/. 446,944.45 incluye Utilidad y no incluye el IGV.

De los documentos que obran en el expediente, se advierte que había una proyección de personal con el que se contaría en obra durante el plazo de ejecución de la obra; sin embargo, los cálculos efectuados por el perito de parte en el Informe Pericial no pueden ser convalidados por el Tribunal Arbitral, debido a que previamente deberá determinarse la real presencia y horas en obra del personal, lo que deberá determinarse en etapa de Liquidación de Obra.

De este modo, el Tribunal al determinar que el Cálculo de Horas Hombre y Valor de Mano de Obra Prevista tiene que ser evaluado al momento de efectuar la Liquidación de Obra, resulta materialmente imposible amparar lo peticionado por el Contratista; por lo que, corresponde declarar improcedente lo referido a este extremo.

²⁵ Ver Anexo 221 del Dictamen Pericial ofrecido por el Contratista.

ii. Cálculo por Mayor Costo de Equipos

- Cálculo de Horas y Valor de Equipos Previstos

Para hallar el valor los Equipos Previsto de acuerdo con el Contrato, se ha considerado los índices establecidos de los Equipos establecidos en los Precios Unitarios, multiplicados por los Metrados Ejecutados para el Avance Real Acumulado de 54.40% porcentaje que incluye avance de 54.40% porcentaje que incluye las cantidades realizadas por el Contratista que va desde la Valorización N° 01 a la Valorización N° 12, más los Mayores Metrados Ejecutados y no reconocidos, con la cual, se obtiene la Cantidad Total de Horas de Equipos Previsto por Partida o Servicio del Presupuesto.

Según lo establecido en la pericia materia de análisis, el valor 1,671.06 Horas de Equipo es la cantidad prevista que se debería utilizar para ejecutar el total de los 3,238.49 M2 del servicio de "Demolición de Piso de Concreto h=15cm", del Presupuesto del Contrato.

Con esta misma metodología, se ha calculado el total de las Horas de Equipos Hombre previstas para las Cantidades Ejecutadas por el Contratista, obteniendo la cantidad de 14,358.51 Horas de Equipos previsto para el avance de 54.40%.

De este modo, la esta cantidad de Horas de Equipo obtenido se ha multiplicado por la Tarifa Prevista en los Precios Unitarios del Contrato²⁶, dando como resultado el valor de Costo Previsto de S/ 257,310.89 incluye Utilidad y no incluye el IGV.

Para hallar la cantidad y el valor real de los Equipos, se ha calculado en función a las cantidades del Informe Mensual de Seguridad Salud y Medio Ambiente SSOMA, para luego multiplicar por el promedio de 200 horas mínimas mensuales practicado con las empresas propietarias de Equipos en la Industria de la Construcción y por la real permanencia de los equipos en obra, dado que, en algunos casos no necesariamente permanecieron en al 100% durante la ejecución de los servicios, finalmente, se obtuvo el Total de 27,808 Horas Equipos Reales.

Luego al total de Horas de Equipos reales se multiplica por la Tarifa Prevista en los Precios Unitarios del Contrato, obteniendo como resultado el Monto Real incurrido por los Equipos valor que asciende a S/ 918,761.74 incluye Utilidad y no incluye el IGV.

Finalmente, de Obtener el Valor Previsto de Equipos para las Metrados Ejecutados para cada servicio y el Valor Real de Equipos por la Permanencia del Equipos en Obra, se ha procedido a realizar la diferencia entre ambos: ((Valor Real de Equipos S/ 918,761.74 (-) Valor de Equipo Previsto S/ 257,310.89).

Por lo tanto, el valor por el Mayor Costo por Improductividad de Equipos asciende S/. 661,450.85 incluye Utilidad y no incluye el IGV

²⁶ Ver Anexo 55 del Dictamen Pericial ofrecido por el Contratista.

Por lo tanto, de acuerdo con el cálculo realizado por el Perito y evaluado por este Colegiado el valor por Improductividad de Mano de Obra y Equipos asciende a S/ 1'108,395.31 incluye Utilidad y no incluye IGV.

Ahora bien, considerando lo antes señalado y de la revisión de los actos de defensa realizados por la Entidad y que obran en autos se tiene que esta parte en momento alguno ha cuestionado las cifras alcanzadas por esta parte; cabe destacar que únicamente ese ha limitado a indicar que el Contratista no tiene derecho a peticionar lo que es materia de este punto controvertido.

No obstante lo antes indicado, este Colegiado, después de haber revisado detalladamente los anexos que se han acompañado a la pericia de parte a fin de sustentar este extremo, se tienen las siguientes observaciones:

- a) Respecto a la acreditación de los equipos, este Colegiado ha podido revisar el Anexo 61, donde a decir del perito se encontraba el registro fotográfico de dichos equipos, no obstante, de la revisión del mismo se tiene que dicho anexo corresponde a un documento denominado "Carta N° 025-JS-ONO-2017-CSSL-PCN" emitida por la Supervisión de la Obra, a través de la cual, lejos de acreditar la permanencia de los equipos, únicamente se aprecia la existencia de un documento de una página que responde a otra carta remitida por el Contratista. Si bien en la pericia se han consignado fotografías de determinados equipos, dichas fotografías no acreditan fecha, hora, lugar ni tiempo de permanencia en la obra. Por ello, no existen elementos de convicción que acrediten la permanencia en obra de los equipos cuyo mayor costo se solicita.
- b) De otro lado, se ha tenido a la vista el Anexo 55 de la Pericia, donde supuestamente se acredita la Tarifa Prevista en los Precios Unitarios del Contrato; no obstante, de la revisión de dicho anexo se aprecia que lo que se consigna como tal es el Asiento N° 167 del Cuaderno de Obra, el cual hace referencia a los defectos presentados en la Sala de fundición. Con ello, nuevamente no se aprecia que se acredite ni la permanencia de los equipos ni el costo incurrido por ello.
- c) Finalmente, de los anexos que sustentan la pericia, no se ha podido apreciar documento contable o similar que acredite el gasto incurrido por el Contratista respecto a las máquinas que han permanecido en obra, con ello resulta materialmente imposible al Tribunal Arbitral amparar y/o reconocer mayores costos.

En función a lo expuesto, este Colegiado no ha podido apreciar elementos de convicción que permitan determinar cómo es que se ha llegado a dichos montos ni cómo es que se han alcanzado las cifras antes detalladas. Así, al no haber quedado suficientemente acreditado el hecho, resulta materialmente imposible amparar lo peticionado por el Contratista por lo menos referido a este extremo.

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO RECONOCER Y PAGAR LOS MAYORES METRADOS EJECUTADOS EN LA OBRA Y QUE SERÍAN NECESARIOS PARA CUMPLIR CON LA FINALIDAD DEL CONTRATO, CUYO MONTO ASCENDERÍA A S/ 445,451.57 (CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UNO CON 57/100 SOLES) INCLUIDO EL IGV.

POSICIÓN DE BAUEN

El artículo 175 del Reglamento determina que “cuando en una obra contratada bajo el sistema “a precios unitarios” se realizaban mayores metrados correspondía que la Entidad efectuara el pago a través de la valorización respectiva, según los metrados efectivamente ejecutados y de acuerdo a los precios unitarios ofertados; para lo cual, resultaba necesario que el pago fuera autorizado por el Titular de la Entidad o la persona a quien se le hubiera delegado dicha función.

Asimismo, señala que en un primer momento presentó la valorización de mayores metrados N° 1, la cual fue tramitada y pagada por la Entidad; sin embargo, no sucedió lo mismo cuando se presentó las valorizaciones de los mayores metrados N° 2,3 y 4.

En la pericia de parte se determinó que el monto a reconocer por mayores metrados asciende al monto de S/. 445,451.57 incluido IGV.

POSICIÓN DEL PLAN COPESCO

Respecto al no pago de valorizaciones por mayores metrados, la Entidad con diversas comunicaciones le ha indicado al contratista que sus valorizaciones de mayores metrados se encuentran observadas al no tener los sustentos técnicos debidos, que evidencie la ejecución de la cantidad de metrados que indica el contratista para cada caso; sin embargo, hasta la fecha el contratista no ha presentado la documentación sustentatoria. Es por ello, que la Entidad no autorizó el pago de las valorizaciones por mayores metrados; según el cuadro que detallamos:

N°	Valorización	Documento de presentación del contratista	Pronunciamiento de la Entidad	Estado de valorización
1	Valorización de Mayores Metrados N° 02 (01.03.04 Desmontaje de	Carta N° 44-2017-BAUEN-TACNA-RL recibido el 04/11/2017	Carta N° 836-2017-MINCETUR/DM/CO PESCO-DE, recibida por la supervisión el 01/12/2017 ²⁷ .	Observaciones ▪ Memoria Descriptiva Elaborada. Mal

²⁷ Observación relevante dentro de los adjuntos del documento, de los profesionales de entonces a cargo.

	Planchas de asbesto cemento)	por la supervisión.		<ul style="list-style-type: none"> ▪ Carencia de sustento técnico, no adjunta: - Información emitida por el laboratorio. - Contratos y comprobantes de pago por el servicio de monitoreo. - Informe técnico elaborado por el Especialista SSOMA con los procedimientos del servicio de Desmontaje, Transporte y Disposición Final de RRSS Peligrosos. Esta partida, es nuevamente incluida en su solicitud de pago de mayores metrados 03, y con las mismas deficiencias.
2	Valorización de Mayores Metrados N° 03	Carta N° 021-2018-BAUEN-TACNA-RL recibida el 05/04/2018.	<p>Carta N° 444-2018-MINCETUR/DM/CO PESCO-UO de fecha 14/06/2018, se le devolvió a BAUEN la factura N° 001-763, dado que la valorización MM N° 03 no tiene sustento.</p> <p>Carta N° 460-2018-MINCETUR/DM/CO PESCO-UO, del 18 de junio de 2018.</p>	<p>Observaciones</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ No está suscrito por el Residente de Obra. ▪ Mayor Metrado de Caseta Guardianía no ha sido verificable en campo. ▪ No sustenta eliminación de Mayor Metrado de 4.10 Tn. de planchas de Asbesto. ▪ No presentó sustento de Cuaderno de obra. ▪ Falta autorización de Supervisión. ▪ Falta Memoria Descriptiva De Los Trabajos. <p>Venció el plazo, el contratista no presentó sustento de la valorización, por</p>

				ende, no se puede autorizar su pago.
3	Valorización de Mayores Metrados N° 04	Carta N° 32-2018-BAUEN-TACNA.R.L recibida el 05/06/2018	Carta N° 459-2018-MINCETUR/DM/CO PESCO-UO recibida el 18/ 06/2018. Entidad otorgó plazo de 2 días al contratista para sustentar la valorización.	Observaciones <ul style="list-style-type: none"> ▪ Valorización ilegible. ▪ Planillas de Metrados sin firma de Residente de Obra. ▪ No hay referencia de donde empiezan y donde terminan los Mayores Metrados. ▪ No se anexa anotaciones del Cuaderno De Obra. Venció el plazo el 20/06/2018, el contratista no presentó sustento de la valorización, por ende, no se puede autorizar su pago.

Cada una de las solicitudes de pago de los mayores metrados, hechos por el contratista, fueron devueltos y/o absueltos explicando las razones que motivaron tales acciones y que impiden a la Entidad autorizarlas, los cual se sustenta en razones de carácter técnico y que deben ser absueltas por el Contratista de manera previa, a fin que la Entidad pueda autorizar el pago de las valorizaciones por mayores metrados.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

De acuerdo al tercer y cuarto párrafo del artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

“En los contratos de obra a precios unitarios, los presupuestos adicionales de obra se formulan con los precios del contrato y/o precios pactados y los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional para lo cual debe realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia el análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado. Asimismo, debe incluirse la utilidad del presupuesto ofertado y el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

Cuando en los contratos previstos en el párrafo anterior se requiera ejecutar mayores metrados no se requiere autorización previa para su ejecución, pero sí para su pago; el encargado de autorizar el pago es el Titular de la Entidad o a quien se le delegue dicha función. Para la aplicación de lo establecido en el presente párrafo el monto acumulado de los mayores metrados y las prestaciones adicionales de obras cuyos montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, no pueden superar el quince por

ciento (15%) del monto del contrato original. El monto a pagarse por la ejecución de estos mayores metrados se computa para el cálculo del límite para la aprobación de adicionales, previsto en el segundo párrafo del numeral 34.3 del artículo 34 de la Ley”.

Al respecto, el Contratista refiere que cuando presentaron las valorizaciones de mayores metrados 2, 3 y 4²⁸, estas no fueron pagadas por la Entidad pese a que las mismas reunían las condiciones básicas para su tramitación y autorización de pago, debido a que diversas partidas del expediente técnico señalaban menores metrados a los que realmente eran necesarios para cumplir con la finalidad del contrato.

Cabe precisar que de acuerdo al Informe N° 0044-2020 - MINCETUR/DM/COPESCO-DE/UEO/EO, la Entidad ha sostenido que técnicamente en la obra se presentaron las valorizaciones de 04 Mayores Metrados, los que fueron observados en razón que, éstos no cumplieron las características técnicas estipuladas en el Expediente Técnico y/o el procedimiento establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aplicable a este contrato de obra, como por ejemplo el Art. 166 del RLCE, el cual establece que toda valorización de pagos debe contar con la aprobación de la Supervisión de la Obra.

Así, realizaron las siguientes observaciones:

“ITEM A: Este informe valora las múltiples evidencias que remite la supervisión a cargo del Consorcio Supervisor San Luis, observando que, el pago de los Mayores Metrados N° 01 presentaba probadas circunstancias, que ponían en cuestión lo pagado; por lo que, efectuando una revisión de lo ejecutado, todo el material desmontado a nivel de calaminas y otros, ***no habían cumplido con la condición necesaria para el pago***; que era, que todo los materiales procedentes de los desmontajes debían haber sido entregados a la Entidad bajo inventario, según las especificaciones técnicas; sin embargo, el contratista nunca cumplió con este requerimiento, por lo que se determinó, de las partidas indebidamente ejecutadas y pagadas.

Por lo que, del pago de los Mayores Metrados N° 01, el monto de S/. 7,010.21 ha sido observado e incluido como pretensión por parte de la Entidad; mientras que el monto restante de S/. 2,497.34, también fue un pago indebido, pero del monto contractual.

ITEMS B, C, D, E y F: Si bien es cierto que el pago de Mayores Metrados N° 01, fue aprobado mediante Resolución Directoral N° 388-2017-MINCETUR/DM/COPESCO-DE, de fecha 31 de octubre del 2017, ejecuciones bajo la supervisión del primer supervisor temporal, Ing. Mario Martín Vásquez Sarango; sin embargo, la última supervisión a cargo del consorcio Supervisor San Luis, puso en evidencia y advirtió las serias deficiencias e indebidas ejecuciones en las partidas que comprendían los Mayores Metrados N° 01, según se detallan en el asunto de cada uno de los documentos.

²⁸ Ver Anexo 1-T de la demanda arbitral presentada por el Contratista.

ITEMS F y G: La ejecución de la partida que comprendía la valorización del Mayor Metrado N° 02, partida **01.03.04 Desmontaje de planchas de asbesto cemento**, el contratista **nunca cumplió en presentar la documentación, según establecía las condiciones técnicas para proceder con el pago**, es más en los documentos que evidencia la supervisión a cargo del Consorcio Supervisor San Luis, en literales B, C, D, E y F, pone en cuestión el pago del metrado contractual de dicha partida, pues **NUNCA CUMPLIÓ EN PRESENTAR LA DOCUMENTACIÓN REQUERIDA, NI MUCHO MENOS CON EL INFORME DE MONITOREO DEL ESPECIALISTA SSOMA**; dado que, la disposición final de los residuos sólidos peligrosos retirados como producto de demoliciones, están sujetas al Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, D.S. N° 057-04/PCM; por lo que, **SE DENIEGA EL PAGO DE LOS MAYORES METRADOS N° 02.**

ITEMS H e I: En relación a la valorización de los Mayores Metrados N° 03, la supervisión a cargo del Consorcio Supervisor San Luis, una vez más hace serias observaciones a lo ejecutado en la partida **01.03.04 Desmontaje de planchas de asbesto cemento**, que vuelve a presentar con otras partidas, de las cuales la Supervisión solo reconoce el monto de **S/. 13,513.02** incluido IGV.

ITEMS J y K: Estos documentos preceden a las anteriores señaladas en los literales H e I, en los cuales la supervisión a cargo, hace serias observaciones técnicas a la presentación del documento del contratista con el que solicita el pago de Mayores Metrados N° 03.

ITEMS L y LL: En relación a la valorización de los Mayores Metrados N° 04, la supervisión efectúa un Cuadro Comparativo, en el que contrasta los mayores metrados con los que identifica en obra, resultando que, de ello, la supervisión solo reconoce el monto de **S/. 83.06** incluido IGV.

SE DEMUESTRA QUE HUBO Y HAY SERIAS OBSERVACIONES TÉCNICAS DE EJECUCIONES INDEBIDAS, Y LA FALTA DE DOCUMENTOS QUE ACREDITEN EL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES TÉCNICAS NECESARIAS Y DE CUMPLIMIENTOS DE LO NORMADO POR LA LEY Y SU REGLAMENTO, ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO DE OBRA, PARA LOS PAGOS DE LOS MAYORES METRADOS 02, 03 y 04.

POR LO QUE, DE TODO LO ANALIZADO Y FUNDAMENTADO DE LOS MAYORES METRADOS EJECUTADOS, DE ACUERDO A LO EVALUADO, CORROBORADO Y VERIFICADO EN CAMPO POR LA SUPERVISIÓN A CARGO, LA ENTIDAD SOLO PODRÍA RECONOCER LOS MONTOS CORRESPONDIENTES A:

- **MAYORES METRADOS N° 03: S/. 13, 513.02 incluido IGV.**
- **MAYORES METRADOS N° 04: S/. 83.06 incluido IGV".**

No obstante, lo antes señalado, de autos se tiene que la Entidad formuló una serie de observaciones a través de las Cartas N° 459-208-MINCETUR/DM/COPESCO-UO y Carta N° 460-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO a las valorizaciones presentadas por el Contratista; conforme al siguiente detalle:

- **Valorización de mayores metrados 3**

- Anexar los sustentos de anotaciones del cuaderno de obra que mencionan la existencia de los mayores metrados valorizados.
- Autorización del supervisor de obra para la ejecución de los mismos.
- Memoria descriptiva de los trabajos.
- Debe adjuntar antecedentes (se enumera como valorización N° 03).
- La documentación debe registrar la validación de la Residente obra (Art. 154 del RLCE).
- El mayor metrado de la caseta de guardanía, no sustenta y no ha sido posible cuantificar en obra.
- Debe sustentar la eliminación del mayor metrado de 4.10 Tn de planchas de asbesto cemento.

- Valorización de mayores metrados 4

- La valorización de mayores metrados es ilegible debido al tamaño de los caracteres.
- Asimismo, se observa que en las planillas en donde se sustenta el metrado no aparece la firma de la Residente de obra.
- Como se puede verificar, no aparece una ayuda memoria que indique donde y como se originaron dichos mayores metrados.
- No se anexan anotaciones del cuaderno de obra que señale la existencia de dichos mayores metrados.

Frente a lo cual esta parte presentó la Carta N° 47-2018-BAUEN-TACNA-R.L. recibida por la Entidad con fecha 28 de junio de 2018, donde aparentemente habría cumplido con levantar todas y cada una de las observaciones formuladas (cabe destacar que en lo relativo a los mayores metrados 2 no se ha tenido a la vista documentación que haga referencia a la misma ni que se haya subsanado algún aspecto de ésta, como sí ha ocurrido en el caso de las valorizaciones de los mayores metrados 3 y 4).

De la revisión de la misma, se aprecia la existencia de una memoria descriptiva de las observaciones, así como cuadros de cálculo y demás gráficos, no obstante no se aprecia que se haya cumplido con acreditar que efectivamente se produjo el levantamiento de todas las observaciones formuladas por la Entidad, debido a que no existe pronunciamiento de la entidad en ese sentido, situación que es necesaria para devengar una obligación y proceder con el pago, lo cual deberá ser analizado durante el procedimiento de liquidación.

En ese sentido, resulta jurídicamente imposible que este Colegiado ampare lo peticionado por el Contratista, de ahí que devenga en improcedente lo pretendido a través del presente punto controvertido.

DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE LA ENTIDAD INDEMNICE A BAUEN POR SUPUESTOS DAÑOS Y PERJUICIOS Y OTRAS RECLAMACIONES ECONÓMICAS A RAZÓN DE SUS SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS ESENCIALES CONTRACTUALES, CUYO MONTO ASCENDERÍA A S/ 2'565,657.21 (DOS MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE CON 21/100 SOLES).

POSICIÓN DE BAUEN

En la responsabilidad civil contractual, se requiere la presencia de una vinculación obligacional previa entre distintos sujetos, de tal modo que el incumplimiento de alguna de las obligaciones contraídas pueda generar un perjuicio en el sujeto acreedor de la obligación. Entonces, correspondería que dicho perjuicio sea reparado por el sujeto que no cumplió con su obligación. No obstante, tiene que existir una lesión al interés del acreedor, la cual originaría la obligación reparatoria.

Ante el incumplimiento de la obligación, el acreedor podrá solicitar: (i) el cumplimiento, obteniendo la restitución de la obligación debida (dependiendo si está es una obligación de dar o de hacer); (ii) indemnización accesorio de daños y perjuicios, por el incumplimiento tardío de la obligación; o, (iii) indemnización sustitutiva de daños y perjuicios, cuando no es posible el cumplimiento de la obligación.

Así pues, para que se atribuya cualquier tipo de responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual, a una persona natural o jurídica, debe de demostrarse la existencia de un daño. Sin la concurrencia del daño, no puede continuarse con el análisis de responsabilidad.

Sin embargo, no puede tratarse de cualquier tipo de daño, este daño debe de consistir en la infracción a una disposición normativa que lo convierte en un hecho antijurídico. Este daño, en el sentido estricto del término, es el daño jurídico que será susceptible de reparación.

El quinto y sexto párrafos del artículo 177° del RLCE establece que cuando la Resolución del contrato de obra ha sido por causa imputable a la Entidad, esta debe reconocer y pagar a favor del contratista el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar.

Siendo que habiéndose determinado el cálculo de las valorizaciones presentadas con los metrados que faltan ejecutar, se obtiene como 50% de la utilidad prevista la suma de S/ 157,203.29 (Ciento Cincuenta y Siete Mil Doscientos Tres con 29/100 soles) sin IGV, conforme se aprecia del cuadro que a continuación se presenta:

Item	S/
UTILIDAD (Contrato) =	614,253.17
UTILIDAD (Acum.Val 12 jun-2018) =	299,846.60
UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR =	314,406.58
SUBTOTAL	314,406.58
De acuerdo Art. 177 del Reglamento de Ley de Contrataciones, reconocimiento del 50% de la Utilidad del Contrato	-157,203.29
Total Lucro Cesante	157,203.29

En la pericia ofrecida por el Contratista se habría determinado que los gastos que se le adeuda por concepto de daños y perjuicios son los siguientes:

- Por concepto de gastos administrativos respecto a los costos que ha tenido que incurrir el Contratista desde el mes de julio de 2018 al 28 de febrero de 2019, el monto ascendente a S/ 400,609.97 sin incluir IGV.
- Por concepto de mantenimiento de carta fianzas, el monto ascendente a S/ 58,785.09
- Por concepto de costos financieros el monto ascendente a S/ 124,165.47 sin incluir IGV, monto que se desglosa de la siguiente manera: S/. 110,877.12 por la improductividad de mano de obra y equipos, gastos generales no percibidos y lucro cesante; S/ 13,288.36 por el personal técnico administrativo, interés calculado de forma gradual o acumulando los valores mes a mes.

POSICIÓN DEL PLAN COPESCO

De esta pretensión se advierte que el Contratista hace mención de la parte doctrinal y normativa de los responsabilidad civil, mas no desarrollo propiamente los elementos de la responsabilidad al caso en concreto, para que permita amparar su pretensión indemnizatoria, tomando en cuenta que para que se configure un supuesto de responsabilidad civil, es necesario que concurran conjuntamente tres (03) elementos (daños, relación causal y factor de atribución); en caso los referidos elementos no coexistan simultáneamente, no se configuraría un supuesto de responsabilidad civil, y por lo tanto, no será atendible lo solicitado por la Contratista.

La posición de la Contratista en el resarcimiento de daños por “supuestos imputables” a la Entidad, sobre los cuales reclama el monto del Lucro Cesante; la Entidad reitera que, el Contratista es quien ha incurrido en el incumplimiento de sus obligaciones esenciales en perjuicio de la obra, al no haber demostrado

debidamente la contratación de personal obrero debidamente calificado para el tipo de intervención para el que se le había contratado; ello era demostrable únicamente presentando los comprobantes de pago de los seguros SCTR; puesto que, era obligación del Contratista para el cumplimiento adecuado de la finalidad del Contrato, contar con la solvencia técnica necesaria, que durante el tiempo que estuvo a cargo de la ejecución, y no lo demostró, siendo esto razón suficiente por las que no correspondería el pago por indemnización de daños y perjuicios y otras reclamaciones económicas por parte del Contratista.

En ese sentido, en el presente caso, como ya se indicó, no se configuran los elementos de la indemnización de daños y perjuicios, tales como el nexo de causalidad y el factor de atribución, puesto que el supuesto daño causado al Contratista no está relacionado con la conducta de la Entidad, ni puede ser atribuido a ella, sino por el contrario, provendría del incumplimiento de obligaciones del Contratista.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

De acuerdo a lo manifestado por el propio Contratista, su pedido indemnizatorio estaría enmarcado y amparado en lo establecido en el quinto y sexto párrafo del artículo 177° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual establece expresamente que:

“(...) En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, esta reconoce al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectúa la resolución del contrato.

Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución.”

De lo expuesto se tiene que cuando la Resolución del contrato de obra ha sido por causa imputable a la Entidad, esta debe reconocer y pagar a favor del contratista el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, así como los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato. Bajo esta lógica, este Colegiado procederá a verificar la existencia de estos daños, y de corresponder, proceder a ordenar el pago de los mismos.

A. Respecto al cincuenta por ciento de la utilidad prevista

Se ha determinado el cálculo de las valorizaciones presentadas con los metrados que faltan ejecutar, se obtiene como 50% de la utilidad prevista la suma de S/ 157,203.29 (Ciento Cincuenta y Siete Mil Doscientos Tres con 29/100 soles) sin IGV, conforme al siguiente cuadro:

Item	S/
UTILIDAD (Contrato) =	614,253.17
UTILIDAD (Acum.Val 12 jun-2018) =	299,846.60
UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR =	314,406.58
SUBTOTAL	314,406.58
De acuerdo Art. 177 del Reglamento de Ley de Contrataciones, reconocimiento del 50% de la Utilidad del Contrato	-157,203.29
Total Lucro Cesante	157,203.29

De la revisión del argumento 2.104 de los fundamentos de la demanda arbitral del Contratista, se tiene que esta parte indica expresamente que a través de la pericia de parte que ha ofrecido al proceso, sustentará y cuantificará el monto total del daño que ha sufrido.

Entonces, estando a lo indicado por el propio Contratista, este Colegiado ha procedido a revisar íntegramente la Pericia de parte que ha ofrecido el Contratista y de la misma no ha podido apreciar extremo alguno en el cual se determine cómo es que se llega a determinar la suma de S/ 157,203.29 (Ciento Cincuenta y Siete Mil Doscientos Tres con 29/100 soles); y ello es perfectamente determinable a partir del listado de objetivos de la pericia; a saber:

“I. OBJETO Y MATERIA DEL INFORME PERICIAL

De acuerdo con lo requerido por BAUEN Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú, el

Dictamen Pericial tiene por objeto que el Perito se pronuncie sobre los siguientes puntos:

- 1. Analizar desde el punto de vista técnico, si durante la ejecución de la obra, BAUEN Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú tuvo interferencias y si estas afectaron el normal desarrollo de la ejecución del Proyecto por errores en el Expediente Técnico.*
- 2. Analizar desde el punto de vista técnico, si las causales de las ampliaciones de plazo solicitadas por BAUEN Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú fueron por motivos no imputables al CONTRATISTA.*
- 3. Determinar el valor por los mayores costos por improductividad de la mano de obra directa y equipos, todo ello como consecuencia de las interferencias.*
- 4. Determinar los gastos generales que no han sido tenidos en cuenta en las valorizaciones aprobadas y que corresponde reconocer a BAUEN Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú*
- 5. Verificar si existen obras ejecutadas por BAUEN Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú, que no han sido reconocidas en las valorizaciones aprobadas por PLAN COPESCO Nacional y determinar en su caso el monto a considerar.*

6. *Determinar los gastos administrativos incurridos por BAUEN Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú como consecuencia de la resolución del contrato.*
7. *Determinar los costos incurridos por BAUEN Empresa Constructora S.A.U. Sucursal Perú, por el mantenimiento de Cartas Fianzas*
8. *Determinar los costos financieros incurridos por BAUEN Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú”.*

En tal sentido, dado que el Informe Pericial no corrobora el monto señalado por el Contratista, este Colegiado ordena que, conforme en lo establecido en el quinto párrafo del artículo 177° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en la Liquidación de Obra que se practique, la Entidad reconozca al Contratista el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, al haberse resuelto el contrato por causa imputable a la Entidad.

B. Gastos administrativos como consecuencia de la resolución del contrato

Conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 177° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución.

En ese sentido, el Contratista refiere haber acreditado, en atención a lo ofrecido a través del anexo 223 del Dictamen Pericial, los gastos en los que ha incurrido esta parte como consecuencia de la resolución del contrato por el incumplimiento de las obligaciones contractuales y esenciales de la Entidad, así tenemos que el Contratista refiere haber tenido que incurrir en costos ya no previstos en el Contrato suscrito con la Entidad, por los siguientes conceptos:

- Personal Técnico y Administrativo en Tacna.
- Oficinas en Tacna.
- Gastos de Viaje.
- Gastos de Gerente de Proyecto.
- Comunicaciones.
- Gastos de Casa Matriz.
- Servicio Documentarios.
- Asesoría Contable, etc.

En ese sentido, el Contratista refiere haber calculado que el valor de los Gastos Administrativos en la suma de S/ 400,609.97 sin incluir el IGV, conforme al siguiente detalle:

**Caso Arbitral: Plan Copesco Nacional / Bauen
Empresa Constructora S.A.U. Sucursal Perú**

Fecha	N° Factura	RUC	Concepto	Soles			Dolares			Euros		
				Valor	Igv	Total	Valor	Igv	Total	Valor	Iva	Total
22-Jun-18	E001-73	10085828130	Alquiler de Oficina Periodo Julio 2018	2,184.00	393.12	2,577.12						
12-Jul-18	NIF 07933387		Viaje Aereo Madrid - Lima							3,164.57	162.59	3,327.16
04-Jul-18	0001-0146103	10091794018	Legalizacion de fotocopias	10.17	1.83	12.00						
05-Jul-18	F001-003481	20325865033	Combustible	25.42	4.58	30.00						
04-Jul-18	101-0101606	20341841357	Courier	18.77	3.38	22.15						
06-Jul-18	F513-0110052	20100049181	Papeleria	3.98	0.72	4.70						
08-Jul-18	001-0001222	20601091357	Alimentacion de personal	25.42	4.58	30.00						
03-Jul-18	0002061	20601943663	Pasajes Aereos				558.88	100.60	659.48			
09-Jul-18	FN01-0000001	20119206325	Alojamiento	105.69	19.02	124.71						
10-Jul-18	F085-0002294	20505670443	Alojamiento	85.60	15.41	101.01						
10-Jul-18	F085-0002294	20505670443	Alojamiento	85.60	15.41	101.01						
10-Jul-18	F085-0002294	20505670443	Alojamiento	85.60	15.41	101.01						
09-Jul-18	F002-008225	20325865033	Combustible	25.42	4.58	30.00						
09-Jul-18	0001-0001222	20601091357	Alimentacion de personal	82.63	14.87	97.50						
09-Jul-18	001-001033	20601926459	Alimentacion de personal	96.61	17.39	114.00						
10-Jul-18	F002-008268	20325865033	Combustible	42.37	7.63	50.00						
10-Jul-18	0004-967622	20550293936	Telefono	72.83	13.72	86.55						
10-Jul-18	F513-0110363	20550293936	Papeleria	8.47	1.53	10.00						
10-Jul-18	0001-0001222	20601091357	Alimentacion de personal	155.93	28.07	184.00						
09-Jul-18	0002114	20601943663	Pasajes Aereos - Lima - Tacna		0.00	0.00	332.85	59.91	392.76			
10-Jul-18	002125	20601943663	Pasajes Aereos - Lima - España		0.00	0.00	1,186.11	213.50	1,399.61			
11-Jul-18	E001-404	20601606454	Alojamiento	364.41	65.59	430.00						
11-Jul-18	F002-0000688	20449387318	Material de Ferreteria	102.54	18.46	121.00						
11-Jul-18	0001-0001222	20601091357	Alimentacion de personal	208.47	37.52	245.99						
12-Jul-18	E001-409	20601606454	Alojamiento	364.41	65.59	430.00						
12-Jul-18	02-156850	20301837896	Estacionamiento en Aeropuerto	207.63	37.37	245.00						
12-Jul-18	F001-0000008	20600354991	Alimentacion de personal	116.10	20.90	137.00						
12-Jul-18	LATAM		Pasajes Aereos		0.00	0.00	75.95	13.67	89.62			
12-Jul-18	LATAM		Pasajes Aereos		0.00	0.00	75.95	13.67	89.62			
13-Jul-18	E001-417	20601606454	Alojamiento	101.69	18.30	119.99						
13-Jul-18	001-003197	20602280790	Alimentacion de personal	122.03	21.97	144.00						
13-Jul-18	18FES8-03590	sn	Pasajes Aereos		0.00	0.00				178.99		
14-Jul-18	FC41-0002338	20508565934	Telefono	42.37	7.63	50.00						
16-Jul-18	E001-77	10085828130	Alquiler de Oficina Periodo ago y set 2018	4,368.00	786.24	5,154.24						
16-Jul-18	F001-007234	20519917611	Material de Impresión	27.97	5.03	33.00						
16-Jul-18	0002162	20601943663	Pasajes Aereos				116.68	21.00	137.68			
18-Jul-18	E001-447	20601606454	Hospedaje	111.86	20.13	131.99						
18-Jul-18	F001-006610	20532631433	Alimentacion de personal	92.80	16.70	109.50						
18-Jul-18	0001-0001235	20601091357	Alimentacion de personal	103.39	18.61	122.00						
18-Jul-18	LATAM		Pasajes Aereos				118.63	21.35	139.98			
19-Jul-18	E001-456	20601606454	Alojamiento	238.14	42.87	281.01						
19-Jul-18	001-003289	20602280790	Alimentacion de personal	107.63	19.37	127.00						
20-Jul-18	001-011503	20533163307	Alimentacion de personal	218.64	39.36	258.00						
20-Jul-18	18FES8-036920		Pasajes aereos							143.56		
23-Jul-18	F002-008713	20325865033	Combustible	42.37	7.63	50.00						
23-Jul-18	101-0101943	20341841357	Pasajes Aereos	21.61	3.89	25.50						
23-Jul-18	001-088083	10075521605	Gastos Notariales	12.71	2.29	15.00						
23-Jul-18	F004-0000007	20101904874	Alimentacion de personal	66.58	11.98	78.56						
24-Jul-18	F335-0003111	20341841357	Courier	13.56	2.44	16.00						
24-Jul-18	C00-60281355		Telefono	227.96	41.03	268.99						
24-Jul-18	F513-0111887	20100049181	Material de Impresión	67.80	12.20	80.00						
26-Jul-18	F004-0000007	20101904874	Alimentacion de personal	75.60	13.61	89.21						
27-Jul-18	F001-001116	20549253360	Alimentacion de personal	445.31	80.16	525.47						
29-Jul-18	F540-0128958	20100048181	Papeleria	7.54	1.36	8.90						
30-Jul-18	001-003452	10294270821	Gasto Notarial	7,991.53	1,438.48	9,430.01						
30-Jul-18	F004-0000007	20101904874	Alimentacion de personal	61.71	11.11	72.82						
31-Jul-18	E001-24	20602779964	Asesoría y Consultoría Legal	2,000.00	360.00	2,360.00						
31-Jul-18			Boleta de Pago - Beatriz Boza	7,067.97		7,067.97						
31-Jul-18			Boleta de Pago - Igor Ravello	3,670.00		3,670.00						
31-Jul-18			Boleta de Pago - Victor Garcia	9,877.28		9,877.28						
31-Jul-17	E001-176	20514607665	Servicio de Domicilio Fiscal	300.00	54.00	354.00						
31-Jul-17	E001-177	20514607665	Dirección y Ejecución Contable	3,000.00	540.00	3,540.00						
31-Jul-17			Servicios por Ignacio Vasquez julio	5,000.00		5,000.00						
31-Jul-18	F558-0077323	20100049181	Papeleria	14.92	2.69	17.61						
31-Jul-18	F004-0000007	20101904874	Alimentacion de personal	52.69	9.48	62.17						
Total Julio 2018				50,029.73			2,465.04			3,487.12		
TC							3.25			3.70		
Total Julio 2018 S/				50,029.73			8,011.39			12,902.34		
08-Ago-18	F011-0000484	20125986880	Alimentacion de personal	49.69	8.94	58.63						
09-Ago-18	F004-0000007	20101904874	Alimentacion de personal	78.86	14.19	93.05						
09-Ago-18	0001-000412	20602285121	Servicio de Taxi	60.00	0.00	60.00						
13-Ago-18	005-000558	10407586099	Papeleria	82.80	14.90	97.70						
13-Ago-18	005-000559	10407586099	Papeleria	124.15	22.35	146.50						
17-Ago-18	10004071153	20550293936	Alquiler de Oficina - Julio	800.00	40.00	840.00						
20-Ago-18	S/N	20112273922	Cajas Embalaje	125.31	22.56	147.87						
20-Ago-18	S/N	20492107957	Agua	7.63	1.37	9.00						
20-Ago-18	S/N	20550293936	Courier	266.10	47.90	314.00						
20-Ago-18	FLP9-123507	20301837896	Estacionamiento	41.53	7.48	49.01						
20-Ago-18	001-000816	20601476135	Alimentacion de personal	34.75	6.26	41.01						
20-Ago-18	F001-181	20533163107	Alimentacion de personal	161.02	28.98	190.00						
15-Ago-18	LATAM		Pasajes Aereos		0.00	0.00	193.22	34.78	228.00			
15-Ago-18	LATAM		Pasajes Aereos		0.00	0.00	193.22	34.78	228.00			
20-Ago-18	LATAM		Pasajes Aereos		0.00	0.00	80.95	14.57	95.52			
23-Ago-18	001-006960	20546948651	Alojamiento	263.00	47.34	310.34						
21-Ago-18	0001-000422	20602285121	Servicio de taxi	69.00	0.00	69.00						
22-Ago-18			Comunicaciones	95.85	17.25	113.10						
22-Ago-18			Comunicaciones	177.88	32.02	209.90						
22-Ago-18			Comunicaciones	75.42	13.58	89.00						

Fecha	N° Factura	RUC	Concepto	Soles			Dolares			Euros		
				Valor	Igv	Total	Valor	Igv	Total	Valor	Iva	Total
22-Ago-18	F004-0000007	0101904874	Alimentacion de personal	73.99	13.32	87.31						
23-Ago-18	0001-007985	0082641913	Alojamiento	71.61	12.89	84.50						
24-Ago-18	0005-045240	0521105304	Servicio de Copias	119.49	21.51	141.00						
24-Ago-18	001-0165082	0506199825	Alimentacion de personal	85.44	15.38	100.82						
25-Ago-18	FC39-0001880	0508565934	Comunicaciones	84.75	15.26	100.01						
27-Ago-18	E001-16	0464158034	Recibo de Honorarios de Igor Ravello	4,860.00	0.00	4,860.00						
27-Ago-18	F004-0000007	0101904874	Alimentacion de personal	113.01	20.34	133.35						
28-Ago-18	F004-0000007	0101904874	Alimentacion de personal	52.69	9.48	62.17						
10-Ago-18	E001-27	0602779964	Asesoría Legal	2,000.00	360.00	2,360.00						
31-Ago-18			Boleta de Pago Luis Mamani - agosto	2,163.00	0.00	2,163.00						
31-Jul-18			Boleta de Pago Luis Mamani - julio	2,163.00	0.00	2,163.00						
31-Ago-18			Boleta de Pago Victor Garcia - agosto	9,685.00	0.00	9,685.00						
10-Ago-18	E001-200	0514607665	Asesoría Contable	3,000.00	540.00	3,540.00						
31-Ago-17			Servicios por Ignacio Vasquez agosto	0.00	0.00							5,000.00
Total Agosto 2018				26,984.97			467.39			5,000.00		
TC							3.25			3.70		
Total Agosto 2018 S/				26,984.97			1,519.02			18,500.00		
04-Sep-18	028747	0545699550	Alimentacion de personal	27.98	5.04	33.02						
05-Sep-18	0005-045423	0521105304	Copias	44.24	7.96	52.20						
05-Sep-18			Movistar	75.42	13.58	89.00						
04-Sep-18	0116053	0550293934	Material de Impresión	84.75	15.26	100.01						
05-Sep-18	F0041-0000007	0101904874	Alimentacion de personal	70.50	12.69	83.19						
10-Sep-18	F004-0000007	0101904874	Alimentacion de personal	99.92	17.99	117.91						
11-Sep-18			Movistar	8.39	1.51	9.90						
11-Sep-18			Movistar	85.55	15.40	100.95						
12-Sep-18			Papeleteria	11.02	1.98	13.00						
20-Sep-18	E001-88	0085828130	Alquiler oficina	4,368.00	786.24	5,154.24						
20-Sep-18	F001-002495	0004764904	Gastos Notariales	33.90	6.10	40.00						
24-Sep-18	E001-18	0464158034	Honorarios de Igor Ravello	4,860.00	0.00	4,860.00						
30-Sep-18			Boleta de pago de Victor Garcia - Set	9,685.00		9,685.00						
30-Sep-18			Boleta de pago de Pedro La Torre - Se	2,400.00		2,400.00						
30-Sep-18			Boleta de pago de Carlos Mamani Set	2,163.00		2,163.00						
11-Sep-18	E001-222	0514607665	Domicilio Fiscal	300.00	54.00	354.00						
11-0-2018	E001-223	0514607665	Asesoría Contable	3,000.00	540.00	3,540.00						
30-Sep-18			Servicios por Ignacio Vasquez agosto									5,000.00
Total Setiembre 2018				27,317.67			0.00			5,000.00		
TC							3.25			3.70		
Total Setiembre 2018 S/				27,317.67			0.00			18,500.00		
24-Oct-18	E001-19	0464158034	Recibo de Honorarios de Igor Ravello	4,860.00								
29-Oct-18	ZQFPTH		Pasajes Aereos -Victor Garcia				220.22					
31-Oct-18	E001-32	0602779964	Asesoría Legal	2,000.00	360.00	2,360.00						
31-Oct-18	E001-247	0514607665	Servicio de Domicilio Fiscal	300.00	54.00	354.00						
31-Oct-18	E001-248	0514607665	Dirección y Ejecución contable	3,000.00	540.00	3,540.00						
31-Oct-18			Servicios por Ignacio Vasquez agosto	0.00	0.00							5,000.00
31-Oct-18			Boleta de pago de Victor Garcia - Oct	9,685.00		9,685.00						
Total Octubre 2018				19,845.00			220.22			5,000.00		
TC							3.25			3.70		
Total Octubre 2018 S/				19,845.00			715.72			18,500.00		
07-Nov-18	FUP9-132851	0301837894	Estacionamiento	83.05	540.00	623.05						
23-Nov-18	E001-200	0464158034	Recibo de Honorarios de Igor Ravello	7,096.00		7,096.00						
29-Nov-18	E001-102	0085828130	Alquiler de Oficina	2,184.00	393.12	2,577.12						
30-Nov-18	E001-35	0602779964	Asesoría Legal	2,000.00	360.00	2,360.00						
30-Nov-18	E001-272	0514607665	Servicio de Domicilio Fiscal	300.00	54.00	354.00						
30-Nov-18	E001-273	0514607665	Dirección y Ejecución contable	3,000.00	540.00	3,540.00						
30-Nov-18			Servicios por Ignacio Vasquez Nov	0.00	0.00							5,000.00
30-Nov-18			Boleta de pago de Victor Ravello - Nov	9,685.00		9,685.00						
Total Noviembre 2018				24,348.05			0.00			5,000.00		
TC							3.25			3.70		
Total Noviembre 2018 S/				24,348.05			0.00			18,500.00		
10-Dic-18	E001-36	0430409892	Gestión Documentaria	200.00	0.00	200.00						
26-Dic-18	E001-21	0464158034	Recibo de Honorarios de Igor Ravello	4,358.00		4,358.00						
24-Dic-18	E001-107	0085828130	Alquiler de Oficina	2,184.00	393.12	2,577.12						
11-Dic-18	E001-39	0602779964	Asesoría Legal	2,000.00	360.00	2,360.00						
11-Dic-18	E001-272	0514607665	Servicio de Domicilio Fiscal	300.00	54.00	354.00						
11-Dic-18	E001-273	0514607665	Dirección y Ejecución contable	3,000.00	540.00	3,540.00						
30-Dic-18			Servicios por Ignacio Vasquez Dic	0.00	0.00							5,000.00
30-Dic-18			Servicios por Ignacio Vasquez Dic - Gratif.N	0.00	0.00							5,000.00
30-Dic-18			Boleta de pago de Victor Garcia - Dic	9,685.00		9,685.00						
30-Dic-18			Boleta de pago de Victor Garcia - Grat.Nat	9,466.65		9,466.65						
Total Diciembre 2018				31,193.65			0.00			10,000.00		
TC							3.25			3.70		
Total Diciembre 2018 S/				31,193.65			0.00			37,000.00		
22-Ene-19	E001-22	0464158034	Recibo de Honorarios de Igor Ravello	4,860.00		4,860.00						
23-Ene-19	E001-107	0085828130	Alquiler de Oficina	2,184.00	393.12	2,577.12						
15-Ene-19	E001-42	0602779964	Asesoría Legal	2,000.00	360.00	2,360.00						
15-Ene-19	E001-320	0514607665	Servicio de Domicilio Fiscal	300.00	54.00	354.00						
15-Ene-19	E001-321	0514607665	Dirección y Ejecución contable	3,000.00	540.00	3,540.00						
01-Ene-19	16077221	0550293934	Telefonía Celular	72.88		72.88						
31-Ene-19			Servicios por Ignacio Vasquez Ene	0.00	0.00							5,000.00
31-Ene-19			Boleta de pago de Victor Garcia - Vacacion	4,342.50		4,342.50						
31-Ene-19			Boleta de pago de Victor Garcia - Ene	9,685.00		9,685.00						
Total Enero 2019				26,444.38			0.00			5,000.00		
TC							3.25			3.70		
Total Enero 2019 S/				26,444.38			0.00			18,500.00		
11-Feb-19	0007-012125	0521105304	Scanno	241.02	43.38	284.40						
20-Dic-19	E001-21	0464158034	Recibo de Honorarios de Igor Ravello	8,000.00		8,000.00						
28-Feb-19	E001-48	0602779964	Asesoría Legal	2,000.00	360.00	2,360.00						
12-Feb-19	E001-346	0514607665	Servicio de Domicilio Fiscal	300.00	54.00	354.00						
01-Feb-19	E001-347	0514607665	Dirección y Ejecución contable	3,000.00	540.00	3,540.00						
01-Feb-19	16077221	0550293934	Telefonía Celular	72.03		72.03						
28-Feb-19			Servicios por Ignacio Vasquez Ene	0.00	0.00							5,000.00
28-Feb-19			Boleta de pago de Victor Garcia - Vacacion	9,685.00		9,685.00						
Total Febrero 2019				23,298.05			0.00			5,000.00		
TC							3.25			3.70		
Total Febrero 2019 S/				23,298.05			0.00			18,500.00		
Total S/				400,609.97	229,461.50		10,246.12			160,902.34		

A fin de verificar los conceptos y montos antes señalados, este Colegiado ha tenido a la vista los documentos contenidos en el 223 de la Pericia donde aparentemente se acreditaría los gastos administrativos **derivados de la resolución del contrato**; respecto a ello, este Colegiado ha verificado la

existencia de una factura electrónica correspondiente a pago por el servicio de asesoría legal en ejecución contractual de fecha 14 de junio de 2018, una factura electrónica por una noche de alojamiento en la Ciudad de Tacna de fecha 22 de junio de 2018, una factura electrónica por el pago de un certificado notarial de fecha 23 de junio de 2018, y un documento de cobranza por boletos de vuelo dirigido a la Ciudad de Tacna de fecha 3 de julio de 2018, conforme se puede apreciar a continuación:

- Servicio de asesoría legal en ejecución contractual de fecha 14 de junio de 2018 por el monto de \$ 4,720.00 (Cuatro Mil Setecientos Veinte con 00/100 dólares americanos)

BARRIOS & FUENTES-BARFUS S. CIVIL BARRIOS & FUENTES-BARFUS S. CIVIL DE R.L. JR. JULIAN ARIAS ARAGUEZ 250 ZONA MIRAFLORES - LIMA - LIMA	FACTURA ELECTRONICA RUC: 2060254903 6993-663																						
Fecha de Vencimiento : 14/07/2018 Fecha de Emisión : 14/06/2018 Sucursal(es) : BAUEN EMPRESA CONSTRUCTORA S.A.U. SUCURSAL EN PERU RUC : 2059229396 AV. 28 DE JULIO 465 INT. 103 CRUCE AV. LARCO CON 28 DE JULIO LIMA-LIMA-MIRAFLORES Tipo de Moneda : DOLAR AMERICANO Observación :																							
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <thead> <tr> <th style="width: 15%;">Cantidad</th> <th style="width: 15%;">Unidad Medida</th> <th style="width: 20%;">Código</th> <th style="width: 40%;">Descripción</th> <th style="width: 10%;">Valor Unitario</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>1.00</td> <td>UNIDAD</td> <td>404512148</td> <td>POR SERVICIOS DE ASESORIA EN EJECUCION CONTRACTUAL RELACIONADO A OBRA ESTACION DE FERROCARRIL DE TACNA - CORRESPONDIENTE AL MES DE JUNIO 2018</td> <td style="text-align: right;">4000.00</td> </tr> </tbody> </table>		Cantidad	Unidad Medida	Código	Descripción	Valor Unitario	1.00	UNIDAD	404512148	POR SERVICIOS DE ASESORIA EN EJECUCION CONTRACTUAL RELACIONADO A OBRA ESTACION DE FERROCARRIL DE TACNA - CORRESPONDIENTE AL MES DE JUNIO 2018	4000.00												
Cantidad	Unidad Medida	Código	Descripción	Valor Unitario																			
1.00	UNIDAD	404512148	POR SERVICIOS DE ASESORIA EN EJECUCION CONTRACTUAL RELACIONADO A OBRA ESTACION DE FERROCARRIL DE TACNA - CORRESPONDIENTE AL MES DE JUNIO 2018	4000.00																			
Valor de Venta de Operaciones : \$ 0.00 <div style="float: right; text-align: right;"> <table border="1" style="width: 200px; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 50%;">Sub Total</td> <td style="width: 50%; text-align: right;">\$ 4,000.00</td> </tr> <tr> <td>Vertices :</td> <td style="text-align: right;">\$ 0.00</td> </tr> <tr> <td>Descuentos :</td> <td style="text-align: right;">\$ 0.00</td> </tr> <tr> <td>Valor Venta :</td> <td style="text-align: right;">\$ 4,000.00</td> </tr> <tr> <td>ISC :</td> <td style="text-align: right;">\$ 720.00</td> </tr> <tr> <td>IVV :</td> <td style="text-align: right;">\$ 720.00</td> </tr> <tr> <td>Otros :</td> <td style="text-align: right;">\$ 0.00</td> </tr> <tr> <td>Cargos :</td> <td style="text-align: right;">\$ 0.00</td> </tr> <tr> <td>Otros :</td> <td style="text-align: right;">\$ 0.00</td> </tr> <tr> <td>Tributos :</td> <td style="text-align: right;">\$ 0.00</td> </tr> <tr> <td>Importe Total :</td> <td style="text-align: right;">\$ 4,720.00</td> </tr> </table> </div>		Sub Total	\$ 4,000.00	Vertices :	\$ 0.00	Descuentos :	\$ 0.00	Valor Venta :	\$ 4,000.00	ISC :	\$ 720.00	IVV :	\$ 720.00	Otros :	\$ 0.00	Cargos :	\$ 0.00	Otros :	\$ 0.00	Tributos :	\$ 0.00	Importe Total :	\$ 4,720.00
Sub Total	\$ 4,000.00																						
Vertices :	\$ 0.00																						
Descuentos :	\$ 0.00																						
Valor Venta :	\$ 4,000.00																						
ISC :	\$ 720.00																						
IVV :	\$ 720.00																						
Otros :	\$ 0.00																						
Cargos :	\$ 0.00																						
Otros :	\$ 0.00																						
Tributos :	\$ 0.00																						
Importe Total :	\$ 4,720.00																						

SON: CUATRO MIL SETECIENTOS VEINTE Y 00/100 DOLAR AMERICANO

Esta es una representación impresa de la factura electrónica, generada en el Sistema de SUNAT. Puede verificarse utilizando su clave SOL.

- Alojamiento en la Ciudad de Tacna de fecha 22 de junio de 2018 por el monto de S/ 121.00 (Ciento Veintiuno con 00/100 soles)

NICE INN OTVACA HOTELERIA E.I.R.L. CAL. HIPOLITO UANUQUE 147 ZONA RENTABLE AL METROPOLITANO TACNA - TACNA - TACNA		FACTURA ELECTRONICA RUC: 20061006454 6001-345	
Fecha de Vencimiento: : 22/06/2018 Fecha de Emisión: : Señor(es): : BAUEN EMPRESA : CONSTRUCTORA S.A.U. : SUCURSAL EN PERU : 20550293936 RUC: : Establecimiento del Emisor: CAL. HIPOLITO UANUQUE 147 FRENTE AL METROPOLITANO TACNA-TACNA-TACNA Tipo de Moneda: SOLES Observación: AV. 18 DE JULIO#465 OF.103 MIRAFLORES- LIMA			
Cantidad Unidad Medida		Código Descripción	
1.00 UNIDAD		001 01 NOCHE DE ALOJAMIENTO, HAB. 31.	
Valor Unitario		102.00	
Valor de Venta de Operaciones Gratuías: S/ 0.00		Sub Total Ventas S/ 102.00 Anticipo: S/ 0.00 Descuentos: S/ 0.00 Valor Venta S/ 102.00 ISC: S/ 0.00 IGV: S/ 18.36 Otros: S/ 0.00 Cargos: S/ 0.00 Otros: S/ 0.00 Trámites: S/ 0.00 Importe Total S/ 120.36	

- Certificado notarial de fecha 23 de junio de 2018 por el monto de S/ 25.00 (Veinticinco con 00/100 soles)

[illegible]

- Vuelo hacia la Ciudad de Tacna de fecha 3 de julio de 2018 por el monto de \$ 659.48 (Seiscientos Cincuenta y Nueve con 48/100 dólares americanos)

TUWAJASUNITS SAC
Av. Arceval 2294 - Lima Lima - Perú
Phone: (511) 196 1042 Móvil: 911 993 604 008
E-Mail: reservas@tuwasun.com

R.U.C. 20601943663
DOCUMENTO DE COBRANZA
0002061

Señores: BAUEN EMPRESA CONSTRUCTORA S.A.U. SUCURSAL EN PERU
Dirección: 28 DE JULIO NRO. 405 INT. 103 CRUCE AV. LARCO CON 28 DE JUL
Teléfono: 911 040 174

RUC: 20550299395
Fecha Emisión: 03/07/2018

DESCRIPCION	IMPORTE US\$
BOLETO AEREO	
BOLETO AEREO GARCIA VILLEGAS VICTOR	158.98
BOLETO AEREO VAZQUEZ GIL/JOSE IGNACIO	224.94
BOLETO AEREO JARA CANG/ALFREDO	235.56
FOR COMPRA DE BOLETO AEREO LIMA TACNA DESOLIO - OSRUJO	
BOLETO NO ENDOSABLE	
BOLETO NO REEMBOLSABLE	

ETET NBR: 544 2869433863	
ETET NBR: 544 2869433862	
ETET NBR: 544 2869433860	
Sub Total	659.48
A Pagar	659.48

Suma: SEISCIENTOS CINCUENTINUEVE Y 487/100 DOLARES AMERICANOS

El S. 90 - 97 (90% - 97%) no aplica multa, sino multa por no transcribir en triplicado en pago, válida en agosto de 2018. No aplica de pago NO CUBIERTA a pagar (bancos)

La NO utilización total o parcial de los parámetros o servicios no afectará al pago total de este documento.

No válido para efectos tributarios

RECIBIDO
11 JUL 2018

De los documentos presentados podemos dar cuenta que los costos incurridos fueron los siguientes:

Gasto administrativo	Importe monetario	Tipo de cambio	Total
		17.03.22	
Asesoría legal en ejecución contractual	\$ 4,720.00	3.7820	S/ 17,851.04
Alojamiento en la Ciudad de Tacna	S/ 121.00	-	S/ 121.00
Certificación notarial	S/ 25.00	-	S/ 25.00
Pago por boleto aéreo Lima-Tacna-Lima	\$ 659.48	3.7820	S/ 2,494.15
Total			S/ 20,491.19

En tal sentido, los gastos incurridos por parte del Contratista por la tramitación de la resolución del contrato ascienden a la suma de S/ 20,491.19 (Veinte Mil Cuatrocientos Noventa y Uno con 19/100 soles).

Cabe resaltar que los gastos administrativos considerados para la indemnización fueron los gastos realizados por la tramitación de la resolución de contrato; por lo que, el Tribunal Arbitral no ha tomado en consideración los gastos incurridos en restaurantes, compra de útiles de oficina, remuneraciones, pagos de servicios, alquiler de oficina, toda vez que no se aprecia cómo estos documentos se encuentran relacionados con gastos que han sido realizados como consecuencia de la resolución de contrato.

C. Mantenimiento de carta fianzas

Refiere el Contratista que del mantenimiento de las Cartas Fianzas por Adelanto Directo y Fiel Cumplimiento, ha tenido un gasto de S/ 58,785.09; al respecto, este Colegiado estima pertinente indicar lo siguiente:

- Respecto a los gastos por concepto de Carta Fianza por Adelanto Directo, el Perito de parte refiere que se ha cumplido con amortizar hasta la Valorización N° 12, con lo cual se tiene que por concepto de la Carta Fianza

por Adelanto Directo a la fecha viene incurriendo en un gasto de S/ 22,554.18, conforme al siguiente detalle:

El Cálculo para el Costo por la Fianza de Adelanto Directo: $((S/ 598,121.85 * 2.5\% \text{ Anual}) / 12 \text{ meses}) * 18.10 \text{ meses}) = S/ 22,554.18$.

No obstante lo señalado, de la revisión del argumento 2.104 de los fundamentos de la demanda arbitral del Contratista, se tiene que esta parte indica expresamente que a través de la pericia de parte que ha ofrecido al proceso, sustentará y cuantificará el monto total del daño que ha sufrido.

Entonces, estando a lo indicado por el propio Contratista, este Colegiado ha procedido a revisar íntegramente la Pericia de parte que ha ofrecido el Contratista y de la misma no ha podido apreciar extremo alguno en el cual se determine cómo es que se llega a determinar la suma de S/ 22,554.18, pues de la revisión del Anexo 224 de la Pericia de Parte ofrecida por el Contratista, se aprecia que el perito únicamente ha adjuntado la Carta Fianza de Adelanto Directo, pero no así las valorizaciones a través de las cuales se acredite la amortización del adelanto directo, a fin de determinar a cuánto ascendería el costo injustificado que debería asumir la Entidad, pues no debe perderse de vista que únicamente correspondería reconocer este concepto en el supuesto que los adelantos otorgados hubieren sido amortizados en su totalidad y exista una negativa injustificada de la Entidad a realizar la devolución de las garantías otorgadas.

- Ahora respecto a la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, este Colegiado debe hacer mención a lo establecido en el artículo 126.1. del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual expresamente refiere que esta Carta Fianza deberá mantenerse vigente hasta la aprobación o consentimiento de la liquidación del contrato de obra, motivo por el cual este Colegiado no podría amparar en este extremo lo peticionado por el Contratista dado que aún no ocurre el supuesto que lo exime del deber de mantener la Carta Fianza en cuestión.

D. Gastos generales no percibidos a consecuencia de los incumplimientos de la entidad

Como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones esenciales (plena disponibilidad del terreno, subsanar deficiencias del expediente técnico, y otras) de parte de la Entidad, los Gastos Generales del Contrato Principal no se han llegado a valorizar al 100% o en su totalidad.

Las interferencias causadas originaron conforme lo ha establecido en la pericia de parte que a la fecha de Resolución del Contrato o término de la obra se consumió el plazo establecido contractualmente, por lo tanto, el perito ha determinado que el Valor del Gasto General no percibido por el Contratista asciende a S/ 709,301.24 sin incluir el IGV, conforme se puede apreciar del siguiente cuadro:

Resumen de Gastos Generales no Percibidos

En las Valorizaciones N° 01 a 12

Valorización	Mes	Val. Mes S/	GG 22.56%
Valorización N° 01	Jul-17	235,309.58	53,085.84
Valorización N° 02	Ago-17	209,449.29	47,251.76
Valorización N° 03	Set-17	236,756.46	53,412.26
Valorización N° 04	Oct-17	396,009.69	89,339.79
Valorización N° 05	Nov-17	261,530.88	59,001.37
Valorización N° 06	Dic-17	340,272.91	76,765.58
Valorización N° 07	Ene-18	108,384.00	24,451.43
Valorización N° 08	Feb-18	289,234.65	65,251.34
Valorización N° 09	Mar-18	133,771.24	30,178.79
Valorización N° 10	Abr-18	240,151.42	54,178.16
Valorización N° 11	May-18	280,044.48	63,178.03
Valorización N° 12	Jun-18	267,551.61	60,359.64
Total S/ (A)		2,998,465.94	676,453.92
Monto Gastos Generales del Contrato S/ (B)			1,385,755.16
Diferencia dejada de Percibir (B-A)			709,301.24

Cabe destacar que con Carta N° 064-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-DE de fecha 23 de enero de 2018, la propia Entidad envía el desagregado de gastos generales de la contratista. Dicha carta se encuentra en el Anexo 1-T del escrito N° 10 de fecha 15 de mayo de 2019; conforme a continuación se aprecia:

- a) **Carta N° 064-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-DE de fecha 23 de enero de 2018:**

San Isidro, 12 ENE 2018

CARTA N° 04 -2018-MINCETUR/DM/COPESCO-DE

Sr.
HANSBERTH ESCOBEDO GUTIERREZ
Representante Legal
CONSORCIO SUPERVISOR SAN LUIS
Correo: recepcion.js@mendozaaytapi.com; tsapiact@hotmail.com
Av. Agustín de la Rosa Toro N° 659, Urb. Villa Jardín - San Luis - LIMA - LIMA.

Presente: -

Asunto: **ENVÍO DE DESAGREGADO DE GASTOS GENERALES DE LA CONTRATISTA.**
OBRA: "INSTALACION, MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DE LOS SERVICIOS TURISTICOS PUBLICOS DE LA ESTACION FERROCARRIL TACNA-ARICA, EN EL SECTOR DEL MUSEO FERROVIARIO, DISTRITO DE TACNA, PROVINCIA DE TACNA, DEPARTAMENTO DE TACNA" - SNIP 301680.

Referencia: a) Contrato N°023-2017/MINCETUR/SOPESCO/U.ADM
b) Carta N° 018-JS-ONO-2018-CSSL/PCN
c) INFORME N°024-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO

De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en atención al documento de la referencia c), mediante el cual se remite la documentación solicitada, respecto de la Obra: "Instalación, Mejoramiento y Ampliación de los Servicios Turísticos Públicos de la Estación Ferrocarril Tacna-Arica, en el Sector del Museo Ferroviario, Distrito de Tacna, Provincia de Tacna, Departamento de Tacna" - SNIP 301680, que vuestra representada viene supervisando.

Al respecto, considerando que el Jefe de la Unidad de Ejecución de Obras encuentra conforme al INFORME N° 027-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-CCN del Gerente de la obra en mención, se remite el Desagregado de Gastos Generales solicitado, para su conocimiento y fines.

Sin otro particular, expreso a usted mi consideración y estima.

Atentamente,


JOSÉ ERNESTO REAL FERNÁNDEZ
Director Ejecutivo
Plan COPESCO Nacional
MINCETUR



**b) INFORME N° 027-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-CCN de
fecha 22 de enero de 2018:**

CARLOS CORTIJO NARVAEZ
Ingeniero Civil CIP. 52444

Gerente Obra
TACNA

INFORME N° 027-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-CCN

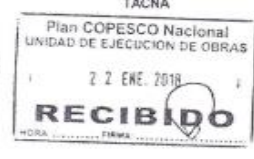
A : **ARQ. ELMER JOSE VEGA CELEDONIO**
Jefe de la Unidad de ejecución de Obras

De : **ING. CARLOS CORTIJO NARVÁEZ**
Gerente de Proyecto a nivel de ejecución de Obra

Asunto : **ENVÍO DE DESAGREGADO DE GASTOS GENERALES DE LA CONTRATISTA.**
OBRA: "INSTALACION, MEJORAMIENTO Y AMPLIACION DE LOS SERVICIOS TURISTICOS PUBLICOS DE LA ESTACION FERROCARRIL TACNA-ARICA, EN EL SECTOR DEL MUSEO FERROVIARIO, DISTRITO DE TACNA, PROVINCIA DE TACNA, DEPARTAMENTO DE TACNA" - SNIP 301680.

Ref. : a) Contrato N°023-2017/MINCETUR/SOPESCO/U.ADM
b) Carta N° 018-JS-ONO-2018-CSSL/PCN

Fecha : San Isidro, 22 de enero del 2018.



III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. -

Se concluye que los Gastos Generales de la Obra es de 22.56% equivalente a S/ 1'385,755.16. Se recomienda derivar el presente informe a la supervisión "Consortio Supervisor SAN LUIS", para lo que se adjunta proyecto de carta.

Es todo lo que informo a usted, para su conocimiento y fines.

A partir de lo manifestado, lo que aprecia este Colegiado es que al Contratista debería pagársele los montos reclamados por concepto de gastos generales pactados contractualmente en tanto se produzca la ejecución de la obra al 100%, pues los mismos han sido pactados con el propósito de sufragar los mismos durante la totalidad de la ejecución de la

obra contratada; de ahí que éstos se pagan durante el avance de obra en las respectivas valorizaciones.

E. El Tribunal Arbitral declare que la entidad debe pagar los costos de renovación de las cartas fianzas hasta la aprobación o consentimiento de la liquidación del contrato

Ahora respecto a la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, este Colegiado debe hacer mención a lo establecido en el artículo 126.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual expresamente refiere que esta Carta Fianza deberá mantenerse vigente hasta la aprobación o consentimiento de la liquidación del contrato de obra, motivo por el cual este Colegiado no podría amparar en este extremo lo peticionado por el Contratista dado que aún no ocurre el supuesto que lo exime del deber de mantener la Carta Fianza en cuestión.

DÉCIMO CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE LA ENTIDAD RECONOZCA Y DEVUELVA EL MONTO ASCENDENTE A S/ 658,573.64 (SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA Y TRES CON 64/100 SOLES) INCLUIDO IGV, LOS CUALES HABRÍAN SIDO DESCONTADOS EN LAS VALORIZACIONES POR LAS PENALIDADES APLICADAS A BAUEN, MÁS LOS INTERESES LEGALES CORRESPONDIENTES.

El Tribunal Arbitral remite las posiciones de las partes a las consignadas en el análisis de la primera pretensión principal de la demanda interpuesta por la entidad.

Este colegiado remite al análisis realizado al desarrollar la primera pretensión principal de la demanda interpuesta por la entidad. En ese sentido, esta la décimo cuarta pretensión principal de la demanda interpuesta por la contratista debe ser declarar FUNDADA EN PARTE, en el extremo referido a la penalidad aplicada por el numeral 12 de la cláusula décima cuarta del contrato, en consecuencia, procedente su devolución; e INFUNDADA en el extremo refiero a las penalidades aplicadas por los numerales 9 y 10 de la cláusula décima cuarta, en consecuencia, no procede la devolución de esos montos.

DÉCIMO QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR A QUIÉN Y EN QUÉ PROPORCIÓN CORRESPONDE EL PAGO DE LOS COSTOS Y COSTAS QUE SE GENEREN EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.

POSICIÓN DE BAUEN

Bauen señala que se debe tener en cuenta que la Entidad habría actuado ilegalmente y de forma arbitraria, no cumpliendo con sus obligaciones esenciales y su incumplimiento habría derivado en que Bauen no pueda culminar la obra,

así como, la aplicación de penalidades que no poseían sustento técnico ni legal alguno.

Generado con su actuar que tengan que recurrir a esta vía a fin de poder hacer valer sus derechos, por lo que, solicita que se condene a la Entidad a que asuma el pago del íntegro de las costas, costos y gastos arbitrales del presente arbitraje, costos de conciliación y demás conceptos en los que se ha tenido que incurrir para llegar a ejercer nuestra defensa en el presente arbitraje.

POSICIÓN DEL PLAN COPESCO

Sobre esta pretensión, la Entidad señalad que dado que el presente arbitraje básicamente habría sido motivado a solicitud del Contratista, le corresponde a éste asumir íntegramente el íntegro de las costas y costos del presente proceso arbitral.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que, si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente caso de la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las partes no convinieron nada en relación a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que la distribución de los mismos sea determinada por el Tribunal Arbitral de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, se advierte que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que sus posiciones resultan atendibles en la vía arbitral y atendiendo al comportamiento procesal que las partes han demostrado, corresponde disponer que ambas asuman la totalidad de los costos del presente arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); se precisa que los gastos arbitrales derivados de la defensa y patrocinio de abogados y representantes de cada parte deben ser asumidos por éstas de manera exclusiva e independiente.

V. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Previo a emitir los pronunciamientos que correspondan, conforme al análisis efectuado, en pertinente dejar constancia que, para la expedición de este laudo, se ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas

de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

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

PRIMERO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda Arbitral interpuesta por el Plan COPESCO Nacional; en consecuencia, **SE DECLARA** que no corresponde dejar sin efecto la resolución de contrato efectuada por el Contratista mediante Carta N° 53-2018-BAUEN TACNA-RL de fecha 02 de julio de 2018.

SEGUNDO.- DECLÁRESE FUNDADA EN PARTE la Segunda Pretensión Principal de la Demanda Arbitral interpuesta por el Plan COPESCO Nacional; en el extremo referido a disponer la recuperación del monto de S/ 2,497.34 (Dos mil cuatrocientos noventa y siete con 34/100 Soles), por trabajos deficientes; e **INFUNDADO**, en el extremo referido a la devolución de S/ 7,010.21 (Siete mil diez con 21/100 Soles), por pagos indebidos.

TERCERO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Pretensión Principal de la Acumulación de la Demanda Arbitral interpuesta por el Plan COPESCO Nacional; en consecuencia, **SE DECLARA** que no corresponde que el Contratista pague al Plan Copesco Nacional la suma ascendente a S/ 44,260.89, por concepto de supuestos daños y perjuicios.

CUARTO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Pretensión Principal de la Segunda Acumulación de la Demanda Arbitral interpuesta por el Plan COPESCO Nacional; en consecuencia, **SE DECLARA** que no corresponde que el Contratista pague a Plan Copesco Nacional la suma ascendente a S/ 46,737.14 por concepto de pagos que habrían sido indebidamente realizado por Plan Copesco Nacional al Contratista

QUINTO.- DECLARESE FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda Arbitral interpuesta por Bauen Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú; en consecuencia, **SE DECLARA** que el retraso en la ejecución del contrato, se habría producido por causas imputables a la Entidad, sin perjuicio que durante la liquidación la entidad detecte un retraso relacionado a elementos distintos a los discutidos en el presente arbitraje, los cuales están referidos a las interferencias y consultas elaboradas y formuladas por el contratista a la entidad.

SEXTO.- DECLARESE FUNDADA EN PARTE la Segunda Pretensión Principal de la Demanda Arbitral interpuesta por Bauen Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú, en consecuencia, **SE DECLARA** que respecto a la Penalidad contemplada en el numeral 10 del cuadro de otras penalidades contenido en la cláusula décimo cuarta del contrato corresponde únicamente la aplicación de una penalidad que debe ascender a la suma de S/ 1,921.64.

SÉPTIMO.- DECLARESE INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la Demanda Arbitral interpuesta por Bauen Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú; en consecuencia, **SE DECLARA** que no corresponde que se establezca que Bauen no habría incurrido en supuesto alguno de aplicación de penalidades contemplado en la cláusula décimo cuarta del contrato.

OCTAVO.- DECLARESE INFUNDADA la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda Arbitral interpuesta por Bauen Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú; en consecuencia, **SE DECLARA** que no corresponde ordenar al Plan Copesco Nacional reconocer la Ampliación de Plazo Parcial N° 05.

NOVENO.- DECLARESE INFUNDADA la Quinta Pretensión Principal de la Demanda Arbitral interpuesta por Bauen Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú; en consecuencia, **SE DECLARA** que no corresponde declarar la invalidez de la Resolución Directoral N° 236-2018-MINCETUR/DM/COPESCO/DE, de fecha 28 de junio de 2018.

DECIMO.- DECLARESE INFUNDADA la Sexta Pretensión Principal de la Demanda Arbitral interpuesta por Bauen Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú; en consecuencia, **SE DECLARA** que no corresponde reconocer y pagar los mayores gastos generales variables asociados a la solicitud de ampliación de plazo N° 05, por ciento veinte (120) días calendarios, ascendentes a la suma de S/ 542,872.72 (Quinientos Cuarenta y Dos Mil Ochocientos Setenta y dos con 72/100 soles) incluido el IGV, más los intereses legales correspondientes.

DECIMO PRIMERO.- DECLARESE FUNDADA la Séptima Pretensión Principal de la Demanda Arbitral interpuesta por Bauen Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú; en consecuencia, **SE DECLARA** que en la ejecución de la obra se habrían presentado interferencias que dieron lugar a que el contratista no pudiera ejecutar la obra de forma adecuada, y que sería de plena responsabilidad de la Entidad.

DECIMO SEGUNDO.- DECLARESE IMPROCEDENTE la Octava Pretensión Principal de la Demanda Arbitral interpuesta por Bauen Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú; en consecuencia, **SE DECLARA** que no corresponde ordenar al Plan Copesco Nacional reconocer y pagar a favor de Bauen los mayores costos que habría asumido por las interferencias y deficiencias del expediente técnico que se habrían dado en la ejecución de la obra, los cuales ascenderían a la suma de S/ 1'307,906.47 (Un Millón Trescientos Siete Mil Novecientos Seis con 47/100 soles).

DECIMO TERCERO.- DECLARESE IMPROCEDENTE la Novena Pretensión Principal de la Demanda Arbitral interpuesta por Bauen Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú; en consecuencia, **SE DECLARA** que no corresponde ordenar se reconozca y pague los mayores metrados ejecutados en la obra y que serían necesarios para cumplir con la finalidad del contrato, cuyo monto ascendería a S/ 445,451.57 (cuatrocientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos cincuenta y uno con 57/100 soles) incluido el IGV.

DECIMO CUARTO.- DECLARESE FUNDADA EN PARTE la Décima Pretensión Principal de la Demanda Arbitral interpuesta por Bauen Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú; en consecuencia, **SE ORDENA** que la Entidad demandada Plan Copesco Nacional pague a favor de Bauen Empresa Constructora S.A.U. Sucursal Perú el 50% (cincuenta por ciento) de la utilidad prevista calculada sobre el saldo de obra pendiente de ejecución, cuya cuantificación deberá ser determinada en etapa de liquidación final de obra; y en el extremo referido a los costos administrativos por resolución, por un monto de S/ 20,491.19 (Veinte mil cuatrocientos noventa y uno con 19/100 Soles); e **INFUNDADA** la Décima Pretensión Principal de la Demanda Arbitral interpuesta por Bauen Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú; en los demás extremos que contiene.

DECIMA QUINTA.- DECLARESE FUNDADA la Décima Primera Pretensión Principal de la Demanda Arbitral interpuesta por Bauen Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú; en consecuencia, **SE DECLARA** que en la ejecución del contrato, no se habría configurado algún supuesto que pueda determinar la aplicación de la penalidad establecida en el numeral 12 del cuadro de otras penalidades contemplado en la cláusula décimo cuarta del contrato

DECIMA SEXTA.- DECLARESE FUNDADA la Décima Segunda Pretensión Principal de la Demanda Arbitral interpuesta por Bauen Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú; en consecuencia, **SE DECLARA** que corresponde dejar sin efecto la penalidad aplicada a Bauen mediante la Carta No. 532-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM de fecha 07 de setiembre de 2018.

DECIMA SEPTIMA.- DECLARESE FUNDADA la Décima Tercera Pretensión Principal de la Demanda Arbitral interpuesta por Bauen Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú; en consecuencia, **SE ORDENA** que Plan Copesco Nacional efectúe la devolución de la penalidad cobrada ascendente a la suma de S/ 149,158.48 (Ciento Cuarenta y Nueve Mil Ciento Cincuenta y Ocho con 48/100 soles), indebidamente aplicada a Bauen mediante Recibo de Ingreso N° 001138 más los intereses legales respectivos.

DECIMA OCTAVA.- DECLARESE FUNDAD EN PARTE la Décimo Cuarta pretensión principal de la Demanda Arbitral interpuesta por Bauen Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú; en el extremo referido a la penalidad aplicada por el numeral 12 de la cláusula décimo cuarta del contrato, en consecuencia, procedente su devolución; e **INFUNDADA** en el extremo refiero a las penalidades aplicadas por los numerales 9 y 10 de la cláusula décimo cuarta, en consecuencia no procede la devolución de esos montos.

DECIMA NOVENA.- DISPONGASE en relación a la Décima Quinta Pretensión Principal de la Demanda Arbitral interpuesta por Bauen Empresa Constructora S.A.U. Sucursal en Perú que ambas partes asuman en partes iguales los gastos arbitrales por la tramitación del presente proceso arbitral conforme a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente laudo arbitral, precisándose que los gastos arbitrales derivados de la defensa y patrocinio de abogados y representantes de cada parte deben ser asumidos por éstas de manera exclusiva e independiente.

VIGÉSIMO.- INDÍQUESE a las partes que, adicionalmente a la notificación en los domicilios procesales electrónicos (correos electrónicos) de ambas partes, el presente Laudo Arbitral de Derecho será también notificado a través del Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado – SEACE.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Notifíquese a las partes.-



JOHAN STEVE CAMARGO ACOSTA
Presidente del Tribunal Arbitral



EDWIN GIRALDO MACHADO
Árbitro



CARLOS IREIJO MITSUTA
Árbitro