

EXP. N° 2811-183-20

CONSORCIO MOYOBAMBA Vs. PLAN COPESCO NACIONAL

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: CONSORCIO MOYOBAMBA (en adelante, el Demandante o el Consorcio)

DEMANDADO: PLAN COPESCO NACIONAL (en adelante, el Demandado, la Entidad o PLAN COPESCO)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL: Alonso Bedoya Denegri (Árbitro Único)

SECRETARIA ARBITRAL: Alonso Cassalli Valdez
Secretario Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de PUCP.

Decisión N° 12

En Lima, a los 15 días del mes de febrero del año dos mil veintidos, el Tribunal Arbitral Unipersonal, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando en torno a las pretensiones planteadas

en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

1. El Convenio Arbitral

- 1.1. Se encuentra contenido en la Cláusula Décimo Octavo del Contrato N° 25-2018-MINCETUR/DM/COPESCO/UADM, suscrito entre las partes el 14 de mayo del 2018.

“CLÁUSULA DÉCIMO SÉTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene 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 institucional y resuelto por ÁRBITRO ÚNICO. LA ENTIDAD propone las siguientes instituciones arbitrales:

Centro de Resolución y Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.8 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.”

- 1.2. Conforme a dicha cláusula el presente arbitraje es organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú conforme el Reglamento de Arbitraje PUCP 2017 (en adelante, el Reglamento) y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje (en adelante, simplemente LA).

2. Constitución del Tribunal Arbitral

- 2.1. El 9 de octubre de 2020, el árbitro Alonso Bedoya Denegri, remite su aceptación como Árbitro Único, quedando entonces el Tribunal Arbitral Unipersonal válidamente constituido.
- 2.2. Por otro lado, el Árbitro Único manifestó no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad, probidad e independencia la labor encomendada, conforme lo dispuesto en el Código de Ética del Centro y el Reglamento de Arbitraje del Centro (en adelante, el Reglamento).

3. Normatividad aplicable al presente proceso

- 3.1. De acuerdo al convenio arbitral, en el presente arbitraje se aplicará el Reglamento de Arbitraje del Centro, la Ley de Contrataciones con el Estado (Decreto Legislativo N° 1341), y su Reglamento (aprobado por Decreto Supremo N°350-2015-EF), y en forma supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, así como por las normas de

derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho.

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

4. Resumen de las principales decisiones arbitrales:

- 4.1. Mediante Decisión N°1, de fecha 9 de noviembre de 2020, se fijaron las reglas aplicables al presente arbitraje y se otorgó un plazo de diez (10) días hábiles al CONSORCIO a fin de que presente su demanda arbitral. Asimismo, se fijó el plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que PLAN COPESCO cumpla con acreditar el registro de los datos del Árbitro Único y el Secretario arbitral ante el SEACE.
- 4.2. Mediante Decisión N° 2, de fecha 7 de diciembre de 2020, se tuvo pro cumplido el registro en el SEACE por parte del PLAN COPESCO; así mismo, se otorgó el plazo de cinco (5) días hábiles al CONSORCIO, a fin de que cumplan con subsanar el escrito de demanda adjuntando los medios probatorios debidamente identificados. Finalmente, se mantuvo en custodia el escrito de demanda hasta que el CONSORCIO MOYOBAMBA subsane el mismo.
- 4.3. Mediante Decisión N° 3, de fecha 14 de diciembre de 2020, se tuvo por subsanado el escrito de demanda y se tuvo por presentada la demanda arbitral por parte del CONSORCIO. Así mismo, se otorga un plazo de diez (10) días hábiles a PLAN COPESCO para que presente su contestación de la demanda arbitral
- 4.4. Mediante Decisión N° 4, de fecha 12 de febrero de 2021, se tuvo por contestada la demanda arbitral por parte de PLAN COPESCO, y se tuvieron

por ofrecidos los medios probatorios adjuntados, con conocimiento de la contraparte.

- 4.5. Mediante Decisión N° 5, de fecha 9 de julio de 2021, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje, se admitieron los medios probatorios señalados y se citó a audiencia única para el 6 de agosto de 2021 a las 10 a.m.
- 4.6. Mediante Decisión N° 6, de fecha 16 de septiembre de 2021, se reprogramó la Audiencia única y se citó a las partes para el día 24 de setiembre de 2021 a las 10 a.m.
- 4.7. Mediante Decisión N° 7, de fecha 22 de septiembre de 2021, se corrió traslado del escrito de fecha 17 de septiembre, presentado por el CONSORCIO. Así mismo, se suspendió la Audiencia Única y se otorgó el de cinco (5) días hábiles a ambas partes a fin de que manifiesten si cuentan con disponibilidad para llevar a cabo la audiencia única el 12, 13, 19, 21 o 22 de octubre de 2021 a fin de evitar una nueva reprogramación.
- 4.8. Mediante Decisión N° 8, de fecha 12 de octubre de 2021, se reprogramó la Audiencia única y se citó a las partes para el día 19 de octubre de 2021 a las 2:30 p.m
- 4.9. El 19 de octubre de 2021, se llevó a cabo la Audiencia Única, a fin de que las Partes ilustren sobre los hechos que originaron la presente controversia, así como la sustentación de posiciones, respecto a la controversia planteada. Finalmente, el Árbitro Único otorgó el plazo de diez (10) días hábiles a ambas partes para que presenten sus escritos de conclusiones y/o alegatos finales
- 4.10. Mediante Decisión N° 9, de fecha 16 de noviembre de 2021, se tuvieron presentes los alegatos finales de ambas partes y se le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles al CONSORCIO MOYOBAMBA a fin de que manifieste lo que considere pertinente conforme a derecho respecto a los anexos del escrito de fecha 5 de noviembre, presentado por COPESCO.

4.11. Mediante Decisión N° 10, de fecha 6 de diciembre de 2021, se tuvo presente el escrito de fecha 30 de noviembre de 2021, presentado por el CONSORCIO, mediante el cual absuelven el traslado conferido mediante Decisión anterior. Finalmente, se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales, se fijó el plazo para emitir el laudo arbitral en cuarenta (40) días hábiles; plazo que podrá ser prorrogado por un plazo máximo de diez (10) días hábiles.

4.12 Mediante Decisión N° 11 de fecha 28 de enero del 2022, se prorrogó el plazo para emitir el laudo por diez (10) días hábiles adicionales.

5. **SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES:**

5.1. Mediante Comunicación de Secretaría Arbitral de fecha 9 de noviembre de 2021 se efectuó una primera liquidación de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/. 4,958.00 neto para el Árbitro Único
Gastos Administrativos del Centro	S/. 5,232.00 más IGV.

5.2. Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las partes.

5.3. Sobre los pagos de la primera liquidación, se tiene que ambas partes cancelaron los gastos arbitrales. Las constancias de dichos pagos se encuentran contenidos en las Comunicaciones N° 6, 8, y 12.

6. **AUDIENCIA, ALEGATOS Y CIERRE DE INSTRUCCIÓN:**

- 6.1. Con fecha 19 de octubre de 2021, se llevó a cabo la Audiencia Única, con citación de ambas partes. El registro de audio de la Audiencia fue debidamente notificado a ambas partes.
- 6.2. Que, se les concedió a las partes plazo para que, de considerarlo conveniente, presenten sus alegatos escritos. A este efecto, con fecha 2 de noviembre de 2021, el Consorcio Moyobamba presentó sus alegaciones por escrito, la Entidad presentó sus alegatos finales el 05 de noviembre de 2021.
- 6.3. Posteriormente, mediante Decisión N°10 de fecha 06 de diciembre del 2021, se tuvo por presentados los alegatos de Roca y la Entidad y, asimismo, se decretó el cierre de la instrucción, y se fijó el plazo para laudar conforme a las reglas del proceso.

7. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS, ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

A. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

- 7.1. Mediante Decisión N° 5, de fecha 9 de julio de 2021, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje conforme a lo siguiente:

- **PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde, o no, declarar la invalidez y/o ineficacia de la resolución del contrato realizada por COPESCO por causa imputable al Consorcio.
- **SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde, o no, declarar la aprobación del informe final de supervisión presentado por el Consorcio, así como determinar si corresponde o no que se reconozca y ordene el pago respectivo de S/ 15,000, incluido IGV, correspondiente a dicha prestación, más intereses hasta la fecha efectiva de pago.
- **TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde, o no, aprobar la liquidación del contrato presentada por el

Consorcio, y determinar si corresponde, o no, que se reconozca y ordene el pago a su favor por la suma de S/ 94.078.25 (Noventa y cuatro mil setenta y ocho con 25/100 soles), incluido IGV, más los respectivos intereses hasta la fecha efectiva de pago.

- **CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde o no, declarar la invalidez y/o ineficacia de las penalidades imputadas y/o aplicadas al Consorcio, así como determinar si corresponde o no que se ordene la devolución de los montos dinerarios retenidos.
- **QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde, o no, condenar a la Entidad, a asumir las costas y costos que deriven el presente proceso.

B. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS DE LAS PARTES

- 7.2. El Árbitro Único procedió con la etapa de saneamiento probatorio durante la cual, y luego de resolver las cuestiones probatorias, admitió los siguientes medios probatorios ofrecidos por las partes.
- 7.3. Primero: Respecto de los medios probatorios ofrecidos por el Demandante, en el acápite “VIII. Medios probatorios - Anexos” en su escrito de demanda presentado con fecha 18 de noviembre de 2020, el Árbitro Único posteriormente dispuso tener presente y por actuadas las pruebas documentales presentadas en su escrito de demanda.
- 7.4. Segundo: Respecto de los medios probatorios ofrecidos por el Demandado, en el acápite “V. Medios Probatorios” en su escrito de contestación de demanda presentado el 29 de diciembre de 2020, el Árbitro Único posteriormente dispuso tener presente y por actuadas las pruebas documentales presentadas en su escrito de contestación de demanda.

- 7.5. Tercero: En el mismo escrito de contestación a la demanda, la Entidad advirtió excepción de caducidad respecto a la segunda pretensión principal, la cual será resuelta en el presente laudo arbitral.

8. VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

- 8.1. Corresponde al Árbitro Único señalar los siguientes puntos: i) Que, el presente proceso arbitral se deriva de la cláusula Décimo Séptima del Contrato; ii) que, el Demandante presentó su escrito de demanda dentro de los plazos establecidos y ejerció plenamente su derecho al debido proceso; iii) que, la Demandada, contestó la demanda dentro de los plazos establecidos y ha ejercido su derecho de defensa, iv) que, ambas partes contaron con las mismas oportunidades para ofrecer sus medios probatorios, así como para ejercer plenamente su derecho de defensa. v) que en ningún momento se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento vi) que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.
- 8.2. En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Árbitro Único emite el Laudo correspondiente conforme a los siguientes términos.
- 8.3. El presente laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en la mencionada ley, el Árbitro Único advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.
- 8.4. La valorización de los medios probatorios aportados por las partes, el Árbitro Único deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43º de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

“El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios”

- 8.5. Además, el Árbitro Único señala que constituye un criterio unánimemente aceptado que los jueces y árbitros no están obligados a exponer y refutar en sus sentencias todos y cada uno de los argumentos de las partes ni a reseñar el modo en que ha ponderado todas y cada una de las pruebas producidas.¹
- 8.6. La eventual ausencia de mención en este laudo de algún argumento, pieza o fundamento indicado por las partes no implica, empero, que el Árbitro Único haya dejado de sopesar y meritar todos los elementos de juicio relevantes que le han sido aportados.
- 8.7. Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, generar certeza en los árbitros respecto de las afirmaciones sobre los hechos y fundamentar sus decisiones, conforme a los principios generales de la prueba; Necesidad, Originalidad, Pertinencia y Utilidad de la Prueba, junto con una valoración conjunta de los mismos.
- 8.8. Esto se encuentra recogido en el artículo 43º del Decreto Legislativo N° 1071 que regula el Arbitraje, otorgando a los Árbitros, de manera exclusiva, la

¹ Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires- Santa Fe, 1992, tomo 5, comentario al artículo 163, P. 406.

El Tribunal Constitucional ha confirmado este criterio, al señalar ‘En primer lugar, expedida por los emplazados, obrante a fojas veintitrés, según se desprende de la sentencia el Tribunal Constitucional considera que no se ha violado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. En Efecto, como antes se ha expresado, dicho atributo no garantiza que el juzgador tenga que pronunciarse pormenorizadamente sobre cada uno de los extremos en los que el actor apoyó parte de su defensa procesal. Es suficiente que exista una referencia explícita a que no se compartan los criterios de defensa o que los cargos imputados al acusado no hayan sido enervados con los diversos medios de prueba actuados a lo largo del proceso, lo que cumple con efectuarlo la sentencia cuestionada, especialmente en el tercer considerando’ (Expediente N° 1230-2002-HC/TC, FJ 13).

En igual sentido: “*si bien, como ha establecido este tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo*” (Expediente N° 03864-2014-PA/TC, FJ 27).

facultad plena de determinar el valor de las pruebas; asimismo, el artículo 48 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú determina que el Tribunal Arbitral decide de manera exclusiva, la admisibilidad, la pertinencia, actuación y el valor de las pruebas.

8.9. Que, la Carga de la Prueba constituye una regla de juzgamiento en sede arbitral y judicial, se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196º del Código Procesal Civil, Al respecto, el Árbitro Único debe señalar que en el presente arbitraje, se mantiene la carga de la prueba del Demandante respecto de sus afirmaciones sobre los hechos. En este contexto, y como resulta evidente, se realizará la valoración conjunta únicamente sobre las pruebas aportadas por la parte demandante.

“Artículo 196º.- Carga de la prueba.-

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

8.10. Que, conforme se ha indicado anteriormente en materia de probanza todo aquel que alega un hecho debe de probarlo, sin perjuicio de que el Árbitro Único pueda solicitar y actuar pruebas adicionales si considera que lo requiere. A tales efectos, el Árbitro Único a lo largo del arbitraje ha analizado la posición del Demandante, así como las alegaciones y las pruebas que ha aportado al presente. Del mismo modo el Árbitro Único ha analizado la posición de la Demandada, así como las alegaciones y las pruebas que ha aportado al proceso.

8.11. Que, el ordenamiento jurídico peruano, en lo que se refiere al cumplimiento de los contratos, establece que los contratos son obligatorios para las partes y que deben cumplirse y respetarse escrupulosamente.

8.12. Por tanto, es preciso dejar claramente establecido que este como todos los casos que se sustentan en un contrato debe ser resuelto con sujeción al principio de la autonomía de las partes que, en forma fundamental, inspira el

derecho contractual, principio que ha sido recogido en el artículo 62º de nuestra Constitución Política.

- 8.13. En tal sentido, los artículos 1352º, 1354º y 1356º del Código Civil consagran los principios de consensualidad, libertad contractual y carácter obligatorio de las disposiciones contractuales. Al respecto, el artículo 1361º del Código Civil declara como principio rector que “los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos” y el artículo 1362º del mismo cuerpo normativo prescribe que “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.
- 8.14. Del mismo modo, debe tomarse en cuenta el artículo 1352º del Código acotado que establece que “los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos casos que, además, deben observar la forma señalada por ley bajo sanción de nulidad”; en igual sentido, el artículo 1373º del citado cuerpo normativo dispone que “el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”.
- 8.15. Todas estas disposiciones consagran el principio jurídico rector de la contratación establecido en el derecho común (*pacta sunt servanda*), que, como es bien sabido constituye la base del derecho obligacional y contractual que compromete a las partes a cumplir de buena fe las obligaciones pactadas de un contrato.
- 8.16. Los principios de fuerza obligatoria del contrato, buena fe y común intención de las partes sostienen que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose legalmente que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes. En tal sentido, quien niega dicha coincidencia debe probarla.
- 8.17. Que, conforme a la demanda y la contestación y reconvención se ha fijado la controversia y por tanto los temas que serán materia del laudo.

8.18. Siendo ello así, corresponde al Árbitro Único establecer la secuencia lógica del presente Laudo mediante la exposición ordenada del criterio del Árbitro Único respecto a cada una de las pretensiones postuladas, atendiendo no solo a la argumentación propuesta por las partes sino también analizando las pruebas ofrecidas y actuadas respecto a cada una de dichas pretensiones.

8.19. Que, a los efectos de valorar las pruebas aportadas al presente proceso arbitral, que es uno de Derecho, debe tenerse en cuenta que la carga de la prueba corresponde a quien alega determinado hecho. Asimismo, la prueba tiene por objeto que la parte interesada acredite ante el juzgador los hechos que invoca en la sustentación de su posición para crear certeza respecto de ellos. A este respecto, la doctrina señala que:

“La noción vulgar o corriente de probar la recoge y tecnifica la ley para que las partes interesadas en un litigio sepan a qué atenerse en cuanto al modo de hacerlo (...) probar es averiguar la verdad de una cosa, justificarla, hacerla presente (...).

Es obvio que haya diferencia entre la prueba social y la prueba jurídica, dadas las sanciones o consecuencias que el derecho establece si se da o no se da la prueba del hecho o del acto jurídico, verbigracia, la cosa juzgada, que socialmente no existe. En sentido legal la prueba no es una demostración cualquiera, sino a través de ciertos medios y procedimientos que la ley del proceso prescribe, permite o prohíbe, con mayor o menor severidad según los varios pueblos (...).

Todo medio que pueda alcanzar el doble fin de hacer conocido del juez un hecho, es decir, darle conocimiento claro y preciso de él, y juntamente darle la certeza de la existencia del hecho, es un medio de prueba.

Como el juez ignora los hechos, pero las partes interesadas si lo conocen, pues lo han creado y los han vivido; deben hacérselos conocer de tal manera que el conocimiento le produzca certeza en su criterio.”²

² ROCHA ALVIRA, Antonio. “De la prueba en el Derecho”. Medellín. Biblioteca Jurídica DIKE. 1990; págs. 19 y 21.

- 8.20. De la revisión de la demanda, las pruebas aportadas y las posteriores actuaciones en el marco del presente proceso arbitral, el Árbitro Único tiene la siguiente posición respecto al presente caso arbitral:

9. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Tal como ha sido dispuesto en la Decisión N° 5, el Árbitro Único señaló que los puntos controvertidos indicados tienen un valor estrictamente referencial y podrán ser ajustados o reformulados por el Tribunal Unipersonal si ello resultara a su juicio, más conveniente para resolver las pretensiones planteadas por las partes, sin que dicho orden empleado, ajuste u omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo. De ese modo, el Árbitro Único es de la opinión que resolverá, en primer lugar, el cuarto punto controvertido referente a las penalidades impuestas al Consorcio Moyobamba.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, declarar la invalidez y/o ineficacia de las penalidades imputadas y/o aplicadas al Consorcio, así como determinar si corresponde o no que se ordene la devolución de los montos dinerarios retenidos.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE

1. El Demandante señala que en la cláusula duodécima del Contrato se estableció el procedimiento de aplicación de penalidad por mora y otras penalidades, entonces, estando a ello y lo regulado en el artículo 132, 133 y 134 del Reglamento de la LCE, se tiene que el procedimiento a fin de aplicar penalidad por mora exige que el retraso se deba a un incumplimiento justificado³, y sobre las otras penalidades la norma señala que las mismas serán válidas si: a) al aplicarse de acuerdo al procedimiento regulado en los documentos contractuales, esto es, con la emisión de un informe por parte del coordinador de obra, de acuerdo a lo señalado en la Cláusula Duodécima del contrato de supervisión, b) deben ser objetivas, razonables, congruentes

³ El Árbitro Único entiende que el demandante refiere un incumplimiento **injustificado**, pues de lo contrario no sería procedente la imposición de la penalidad.

y proporcionales con el objeto de la contratación, c) deben ser distintas al de retraso por mora; y, d) deben encontrarse dentro de los supuestos contemplados para “otras penalidades”.

2. Al respecto, en el presente caso la Entidad mediante Carta N° 1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO remitió el Informe Técnico N° 188-2019-OVC/PCN elaborado por el Gerente de Proyectos, a través del cual de manera adicional a la liquidación de obra, se comunicó por primera vez la aplicación de penalidad por la ausencia del supervisor de obra los días 20, 21 y 22 de febrero; 20, 21 y 22 de marzo; y, 08, 09 y 10 de abril del 2019; por lo que procede aplicar la penalidad N° 5 contemplada en “otras penalidades” que sanciona la ausencia del supervisor de obra en el plantel técnico.
3. Para el Demandante, la imposición de esta penalidad no es razonable ni objetiva pues el sustento de esta no se condice con lo efectivamente acaecido, debido a que, conforme se ha señalado en el asiento 376 del cuaderno de obra, el supervisor anotó la culminación de los trabajos de obra, en el mismo día en el que el plazo de ejecución vencía, cumpliendo de esa manera con sus obligaciones al verificar la ejecución total de las partidas contractuales, es así que, solicitó la recepción de la obra.
4. El Demandante señala que, durante el periodo en el que se estaba en proceso de determinar la fecha de visita del Comité de Recepción, el contratista ejecutor comunicó el acaecimiento de los daños, hechos que fueron constatados por el supervisor de obra mediante Acta de Observaciones, a través de la cual se estableció los trabajos a fin de subsanar dicho imprevisto, por lo que, el plazo empleado para subsanar los daños producidos fue ejecutado dentro del plazo de recepción de obra mas no respecto al de ejecución de obra.
5. El Demandante manifiesta que, la Entidad señala que durante las visitas inopinadas efectuadas en 6 fechas se constató la ausencia del supervisor de obra, y ante ello el Demandante sostiene que la obligación de permanecer de manera permanente en obra solo corresponde al periodo de ejecución contractual, puesto que al haberse culminado la obra, carece de lógica que la

supervisión se encuentra en obra de manera permanente, lo cual es concordante con el artículo 160 de Reglamento de la LCE, en el cual se establece que las funciones de la supervisión serán por todo el plazo de la obra, y la obra culminó el 26 de diciembre de 2018.

6. Asimismo, el demandante advierte que si bien las funciones del supervisor se extienden hasta la liquidación de obra puesto que tiene el deber de revisar y remitir la liquidación de obra alcanzada por el contratista ejecutor, esta función fue cumplida y el hecho de encontrarse permanentemente en la obra solo corresponde al periodo de ejecución contractual y que si bien la supervisión no se encontraba de manera permanente, esta se apersonaba de manera recurrente y mantenía una constante supervisión a fin de verificar los daños acaecidos en obra, así como los trabajos a ejecutar por el contratista ejecutor a fin de subsanar los mismo.
7. En tal sentido, el Demandante señala que, al no cumplirse con el procedimiento regular para la aplicación de penalidad contemplada en el Contrato y el requisito de validez de acuerdo a lo establecido en el artículo 134 del Reglamento de la LCE, esta es invalida por lo que no produce efectos sobre el Consorcio.
8. Luego, mediante Carta N° 070-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM, notificada el 31 de enero de 2020, la ENTIDAD remitió el informe técnico N° 034-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG del Ingeniero William Tasayco García (Coordinador de Obras) del Plan COPESCO a través del cual comunicó la aplicación de las siguientes penalidades:

- a. Omisión de opinión respecto a las penalidades que correspondan al contratista.
 - b. Falta de presentación de informes mensuales y reporte de fichas quincenales.
 - c. Omisión de pronunciamiento respecto al descuento de los montos sobrevalorados valorizados.
9. Dichos incumplimientos se aplicaron en virtud a los ítems N° 8, 4 y 3 respectivamente del cuadro de otras penalidades del Contrato; sin embargo, el Demandante sostiene que la aplicación de las mismas tergiversa los hechos que realmente acontecieron por lo siguiente:
10. Sobre la penalidad a), no corresponde su aplicación en tanto el Consorcio comunico a la Entidad mediante Carta N° 005-2020-CMB que debido a que la obra culmino el 26 de diciembre de 2018 no existe fundamento por el cual el supervisor debía recomendar la aplicación de penalidades y por tanto, la penalidad a) resulta ser inválida, aunado a que se puede advertir la mala fe de la Entidad al efectuar la cuantificación de dicha penalidad bajo el monto de UIT del año 2020 y no del año 2019, año en que aconteció el supuesto a penalizar y más aún, el Demandante señala que las penalidades no se comunicaron de manera previa y oportuna sino al momento de resolver el contrato; sobre la penalidad b), el Consorcio señala que los Informes Mensuales y reportes de fichas quincenales son documentos que se presentan en el periodo de ejecución contractual y estando en un periodo de entrega de obra no correspondía la remisión de dichos documentos por lo que la penalidad b) carece de validez, aunado a que nuevamente, se efectúo la cuantificación de la penalidad bajo el monto de UIT del año 2020 y no del año 2019 y que tampoco se comunicó la penalidad en un momento oportuno sino cuando se procedió a resolver el contrato; sobre la penalidad c), el Consorcio sostiene que al haber culminado la obra el 26 de diciembre de 2018 y correspondiendo los trabajos posteriores a la subsanación de observaciones, no existe fundamento por el cual efectuar el descuento de la última valorización presentada por el contratista ejecutor, aun cuando los trabajos de subsanación fueron asumidos por el mismo, sin irrogar gastos a la Entidad,

aunado a que también se realizó la cuantificación de esta penalidad bajo el monto de UIT del año 2020 y no del año 2019 lo cual resulta contradictorio a lo establecido en el Contrato, el principio de buena fe y la naturaleza jurídica de la penalidad.

11. Por lo anterior, el Demandante sostiene que corresponde declarar la invalidez de las penalidades al no ser razonables ni objetivas, así como por su cuantificación errónea y su fundamentación bajo hechos e interpretaciones equivocadas.

POSICIÓN DEL DEMANDADO

12. El Demandado sostiene que el Consorcio incumplió las siguientes obligaciones contractuales:
 - a. Omisión de opinión respecto a las penalidades que correspondan al contratista.
 - b. Falta de presentación de informes mensuales y reporte de fichas quincenales.
 - c. Omisión de pronunciamiento respecto al descuento de los montos sobrevalorados valorizados.
13. En ese sentido, el Demandado sostiene que el Consorcio incurrió en los supuestos de los ítems 3,4 y 8 del cuadro de otras penalidades:
 - Respecto al ítem 3, el Demandado señala que el 26 de diciembre de 2018, el Consorcio dio conformidad a la valorización del mes de diciembre de 2018, la cual corresponde al monto acumulado de la totalidad de la obra, entonces, teniendo en cuenta que la contratista Fénix Contratista Generales S.A.C. culminó realmente el 24 de mayo de 2019, la Supervisión no realizó el descuento del 100% del monto

sobrevalorado en la valorización del mes de diciembre de 2018 siendo que hasta la fecha tampoco ha emitido pronunciamiento al respecto.

- Respecto al Ítem 4, el Demandado señala que la supervisión del Consorcio no ha cumplido con la presentación de Informes Mensuales desde el 26 de diciembre de 2018 hasta el 24 de mayo de 2019, asimismo, tampoco ha informado sobre el avance de los trabajos pendientes observados por el Comité de Recepción de Obra mediante el Acta de Verificación de Obra No Concluida emitida el 30 de enero de 2019.
 - Respecto al Ítem 8, el Demandado señala que, dado que se ha evidenciado que se incumplió con culminar la obra el 26 de diciembre de 2018, no hubo pronunciamiento respecto a la aplicación de penalidades por parte del Consorcio respecto al retraso injustificado de la ejecución de obra, representando un riesgo para la Entidad, tomando en cuenta que la penalidad a aplicar a la contratista Fénix Contratista Generales S.A.C. superó el límite máximo de penalidad por mora.
14. Entonces, el Demandado se remite el artículo 160 del Reglamento de la LCE, en el cual se hace énfasis sobre el alcance de las funciones del Supervisor y señala que estas no contemplan solamente la ejecución técnica, económica y administrativa de la obra, sino que dicho artículo también hace mención al cumplimiento del Contrato, concepto que está relacionado con su duración, esto es, el tiempo que demore el contratista ejecutor en culminar la obra. Siendo ello así, para el Demandado, el Consorcio debió cumplir con sus obligaciones contractuales aún en el periodo comprendido entre el 26 de diciembre de 2018 y el 24 de mayo de 2019.
15. Adicionalmente, el Demandado advierte que el Consorcio, a través de su representante, en audiencia única realizó un reconocimiento relacionado con su pedido de exhibición de valorización de obra durante el periodo comprendido entre enero a julio de 2019, periodo durante el cual se han

determinado las “otras penalidades” que dieron origen a la resolución del Contrato.

16. Sobre ello, el Demandado manifiesta que esta es una estrategia para confundir al Árbitro Único con pedidos de exhibición de documentos que ya han adelantado saber que no existen, así como confundir la demora en los trabajos de ejecución de partidas contractuales por parte del contratista ejecutor como “la extensión en el tiempo por la recepción de la obra”. Para el Demandado, la verificación de ocurrencias de lluvias, o el robo de una banca (cuya denuncia policial no han presentado, ni evidenciado con algún asiento del cuaderno de obra) no sería motivo suficiente para extender la recepción de obra por cinco meses adicionales, más aún, si señalan que las anotaciones en el Cuaderno de Obra por demora de seis meses no habrían sido cuestionadas por la Entidad, desconociendo la cantidad de cartas remitidas, por las cuales se les exige el cumplimiento de sus obligaciones contractuales de supervisión. Para el demandado, estos argumentos presentados por el Consorcio no resisten el menor análisis, si se toma en cuenta que la ejecución de trabajos de infraestructura se rigió bajo el sistema de suma alzada, así como al hecho documentado de que durante ese periodo la Supervisión no estaba en obra.
17. En ese sentido, señala que cabe traer a colación el artículo 161 del Reglamento de la LCE que señal que, “en caso de atrasos en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista, con respecto a la fecha consignada en el calendario de avance de obra vigente, y considerando que dicho atraso puede producir una extensión de los servicios de inspección o supervisión, lo que genera un mayor costo, el contratista ejecutor de la obra asume el pago del monto”.
18. Adicionalmente, el Demandando manifiesta que ni el Contrato, ni la normatividad aplicable, contemplan la posibilidad de que la Supervisión realice alguna suerte de "descargo" respecto de la comunicación de la Entidad, por la cual se le avisa la futura aplicación de penalidades, siendo que éstas recién se materializan con la deducción de los pagos a cuenta o del pago final que efectúa la Entidad, previa conformidad por parte del Área Usuaria de la contratación. En ese sentido, señala también que el numeral 149.2 del artículo

149 del Reglamento establece que "las controversias en relación a los pagos a cuenta o pago final pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje", por lo que se cierra toda posibilidad de que la Supervisión haya podido tener alguna opción de oponerse o "efectuar descargos" al análisis del Informe N° 034-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG comunicado a través de la Carta N° 070- 2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM.

19. En todo caso, Plan Copesco sostiene que, considerando el comportamiento contractual del Consorcio durante el periodo comprendido entre el 27 de diciembre de 2018 hasta el 24 de mayo de 2019, durante el cual no efectuó trabajos de supervisión en campo, así como el hecho de que superó el monto máximo para "otras penalidades" es que se tomó la decisión de resolver el contrato, dando cumplimiento a la normativa legal aplicable.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

20. La presente pretensión es de suma importancia para los demás puntos controvertidos de la Demandante, pues determinar la validez o eficacia de las

penalidades imputadas es un tema que va de la mano con los incumplimientos alegados por la Entidad para determinar la resolución del Contrato.

21. En ese sentido, corresponde realizar el análisis de cada supuesto de penalidad. Tal y como han señalado ambas partes, en el Contrato se acordó la imposición de otras penalidades distintas a la mora de acuerdo al siguiente detalle:

Adicionalmente a la penalidad por mora se aplicará la siguiente penalidad:

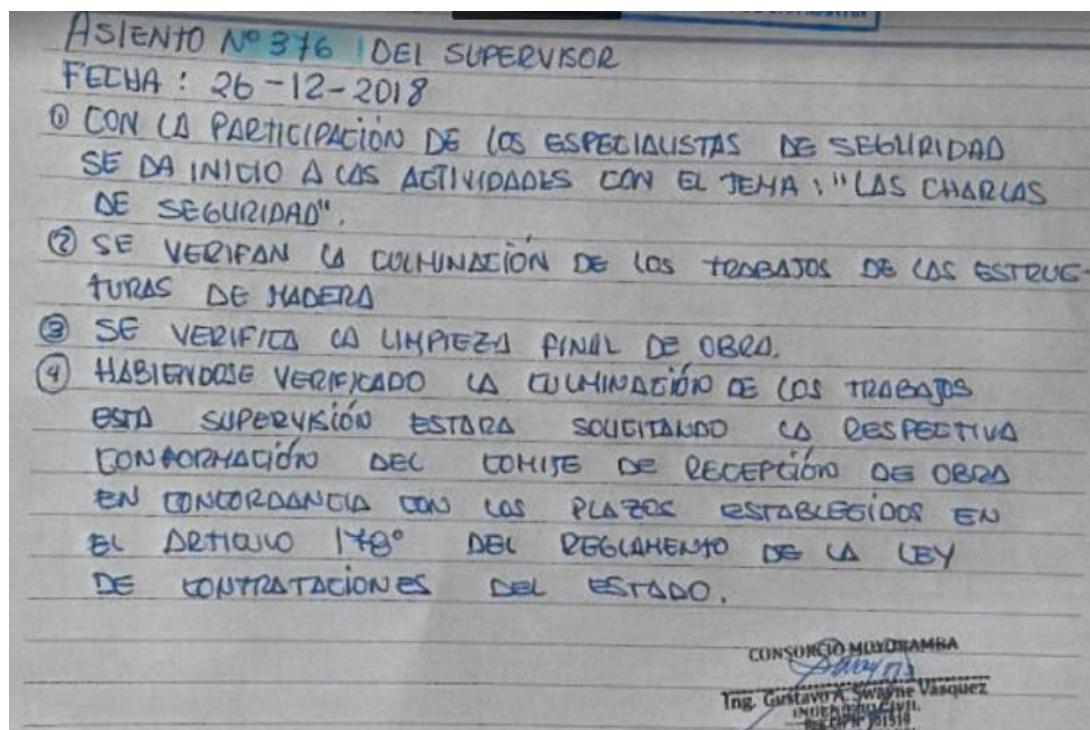
IT.	OTRAS PENALIDADES	PENALIDAD A APLICAR	FORMA O PROCEDIMIENTO DE VERIFICAR
1	POR TRAMITAR LA VALORIZACION FUERA DE LOS PLAZOS ESTABLECIDOS EN EL ART. 166 DEL REGLAMENTO O REMITIR EN FORMA DEFECTUOSA E INCOMPLETA LAS VALORIZACIONES DE LA OBRA PRINCIPAL Y/O ADICIONALES.	2 UIT Se aplica por cada día de atraso.	Informe del Coordinador de obras
2	SI PLAN COPESCO NACIONAL OBSERVARA CUALQUIER PARTIDA DE UNA VALORIZACION Y EL SUPERVISOR NO LA REGULARIZA EN LA VALORIZACIÓN SIGUIENTE.	2 UIT Se aplica por cada evento.	Informe del Coordinador de obras
3	POR NO DESCONTAR EL 100% DEL MONTO SOBREVALORADO EN EL MES SIGUIENTE DE SER DETECTADO.	2 UIT Se aplica por cada día de atraso.	Informe del Coordinador de obras
4	POR PRESENTAR FUERA DE LOS PLAZOS ESTABLECIDOS EN LA LEY, EL REGLAMENTO O EN LOS TERMINOS DE REFERENCIA Y LAS BASES, SEGÚN CORRESPONDA, O EN FORMA DEFICIENTE O INCOMPLETA LOS SIGUIENTES DOCUMENTOS: <ul style="list-style-type: none"> El Calendario de Avance de Obra Actualizado a la fecha de inicio de obra, en un plazo máximo de 07 días calendarios luego de haberlo recepcionado y encontrado conforme. El Calendario Acelerado de Obra (en caso el contratista está por debajo del 80%), en un plazo máximo de 07 días calendarios luego de haberlo recepcionado y encontrado conforme. La revisión y presentación de los expedientes de ampliaciones de plazo. Informe de opinión sobre el adicional de obra. Informe de diagnóstico y vigencia del expediente técnico. Informe mensual. Informe Final de Término de obra y/o Informe de Cierre de obra. 	1 UIT Se aplica por cada día de atraso.	Informe del Coordinador de obras

5	POR NO ENCONTRARSE PRESENTE EL SUPERVISOR EN LA OBRA CON EL PLANTEL TECNICO OFERTADO EN LA PROPUESTA TECNICA (TALES COMO JEFE DE SUPERVISIÓN Y DEMAS PROFESIONALES Y/O TÉCNICOS) SEGÚN PORCENTAJE DE PARTICIPACION EN OBRA.	1 UIT. Se aplica por cada dia de inasistencia del(os) profesional(es) propuestos. Se aplica por cada profesional en la Valorización del mes en el que se detecta la falta o en la liquidación del contrato.	Informe del Coordinador de obras
6	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. Nota: Se exime la penalidad cuando se despida un profesional por disposición de la Entidad, y cuando se cambie el profesional cuando el inicio de la obra se haya postergado por más de 60 días desde el otorgamiento de la buena Pro ⁴ .	2 UIT ⁵ Se aplica por evento.	Informe del Coordinador de obras
7	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 reemplazado.	0,75 UIT	Informe del Coordinador de obras
8	Por no informar la aplicación de penalidades al contratista en los informes mensuales cuando corresponda.	0,50 UIT Se aplica por cada evento no comunicado	Informe del coordinador
9	REPRESENTANTE LEGAL Cuando el Representante Legal no se presente a una reunión oficialmente convocada mediante notificación por la Dirección Ejecutiva	0,50 UIT	Informe del coordinador

22. De esta manera se tiene que la Entidad impuso penalidades correspondientes a los ítems 3, 4 y 8 al Consorcio Moyobamba, debido a incumplimientos de obligaciones contractuales por parte del contratista supervisor.
23. Ahora bien, antes de determinar si las penalidades fueron debidamente imputadas al Consorcio Moyobamba, corresponde analizar si el periodo comprendido entre el 26 de diciembre de 2018 al 24 de mayo de 2019 corresponde a la etapa de ejecución contractual o a la etapa de recepción, dado que este constituye un tema medular de la presente controversia y desde

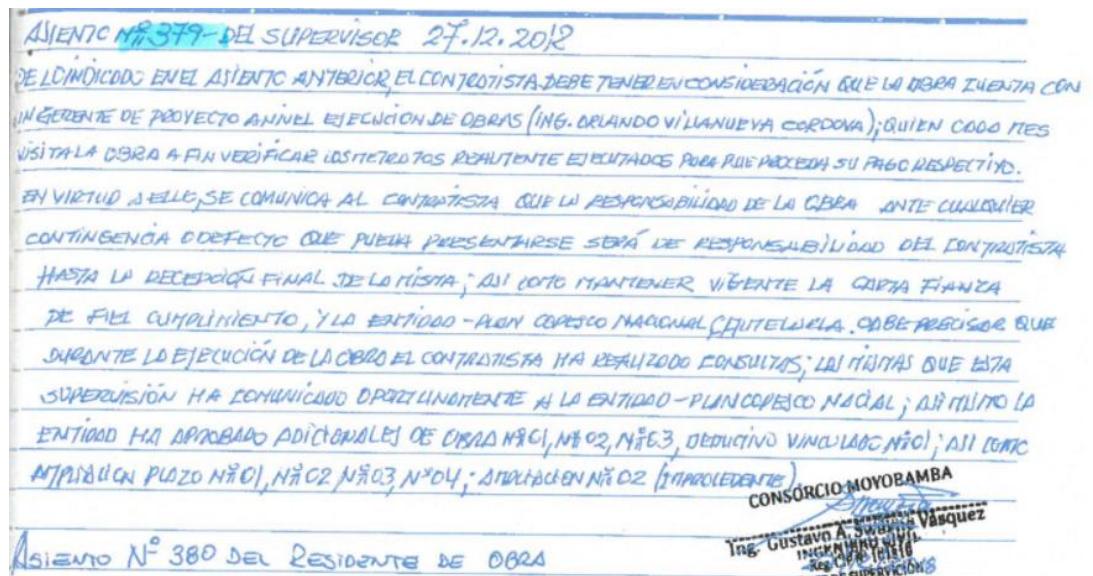
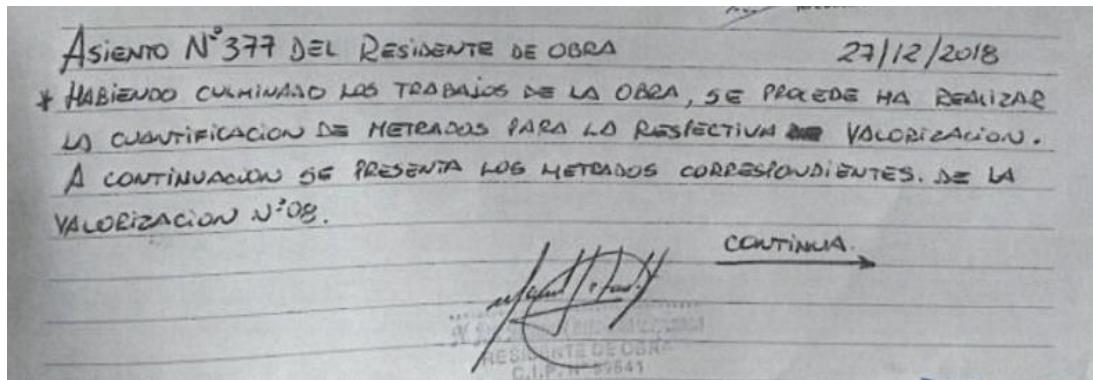
ahí surgen las alegaciones de ambas partes respecto a incumplimientos de la contraria.

24. De las pruebas contenidas en el expediente, se puede apreciar que el día 26 de diciembre de 2018, el supervisor anotó en el asiento 376 del cuaderno de obra, entre otras cosas, la culminación de trabajos:



25. Asimismo, el día 27 de diciembre, el residente de obra anotó en el asiento 377 del cuaderno de obra que los trabajos habían culminado, y el Consorcio Moyobamba anotó en el asiento 379 que la responsabilidad ante cualquier

contingencia sería de cargo del contratista constructor hasta la recepción final de la obra. Tal y como se muestra en las siguientes imágenes:



26. Ahora bien, también se puede apreciar de los actuados en el expediente que el día 08 de enero de 2019, estando a la espera del Comité de Recepción que se conformó mediante Resolución Directoral N°004-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-DE del 07 de enero de 2019, a través del

asiento 381 del cuaderno de obra, el residente de obra anotó la ocurrencia de hechos vandálicos ocasionados por terceras personas:

ASIENTO N° 381 DEL RESIDENTE DE OBRA 08/01/2019
Se indica que se está a lo esperado de la ejecución de la obra por parte del Plan Operativo Nacional y que pese al personal que mantiene nos en obra, se han presentado inconvenientes con personas ajenas a la obra, no pudiendo evitar hechos vandálicos que originan estos personajes.

27. En esa línea, el contratista supervisor y el contratista ejecutor han sostenido que los trabajos realizados en el periodo del 26 de diciembre de 2018 al 24 de mayo de 2019, corresponden únicamente a reparaciones ocasionadas por las fuertes precipitaciones, actos vandálicos y uso incorrecto de las instalaciones, por lo que, dicho periodo correspondería a la etapa de recepción y no a la etapa de ejecución contractual.
 28. Asimismo, la Entidad ha sostenido que dicho periodo realmente corresponde a la ejecución contractual y que las comunicaciones que sostendrían que efectivamente se realizaban trabajos correspondientes a las partidas contractuales son las que se señalan a continuación: 1) Oficio N°033-2019-MDC/A, 2) Oficio N° 034-2019-MDC/A de fecha 29.01.2019, 3) Acta de Verificación Física del Proyecto, 4) Oficio N°00185-2019-CG/GRSM, de fecha 30.01.2019, 5) Acta de Verificación de obra no concluida, de fecha 30.01.2019, 6) Oficio N°00202- 2019-CG/GRSM, de fecha 04.02.2019, 7) Memorándum N°695-2019- MINCETUR/SG, de fecha, 15.04.2019, 8) Informe Técnico N°057-2019- OVC/PCN.
 29. De una revisión exhaustiva del expediente arbitral se puede observar que no se han adjuntado en calidad de medios probatorios la totalidad de los documentos señalados en el párrafo anterior, salvo el Oficio N° 034-2019-MDC/A de fecha 29 de enero de 2019 que se encuentra en la Carta N°070-2020- MINCETUR/DM/COPESCO/UADM y el Informe Técnico N°057-2019- OVC/PCN que han sido adjuntados por la parte Demandante, de los

demás documentos únicamente se ha hecho referencia a extractos de las mencionadas comunicaciones, mas no se ha tenido los documentos a la vista.

30. Estando a ello, debe tenerse en cuenta que la finalidad de los medios probatorios es acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez o árbitro respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.
31. Citando a Cornelutti, referente a la prueba en general:

“Prueba no se llama simplemente al objeto que sirve para el conocimiento de un hecho, sino al conocimiento mismo suministrado por tal objeto”.

32. En ese sentido, de la revisión del Oficio N° 034-2019-MDC/A se observa como la Entidad señala incumplimiento de obligaciones de parte del Consorcio sin especificar porque el periodo de ejecución contractual se extendió hasta mayo de 2019; sin embargo, de la revisión Informe Técnico N° 057-2019- OVC/PCN notificado el 27 de marzo de 2019, se puede advertir que el Gerente de proyectos a nivel de Ejecución de obras detalla que el contratista ejecutor aún se encuentra efectuando trabajos correspondientes a las partidas contractuales, lo que efectivamente se comprueba con las fotografías contenidas en el Informe.
33. Sobre las fotografías, el Demantante ha señalado que estas no pueden ser calificadas como medios probatorios vinculados a la materia controvertida del proceso debido a que la naturaleza de su finalidad no se verifica en el presente caso.
34. Así también, el Demandante refiere que las fotografías no especifican en primer lugar que las imágenes registradas correspondan de manera indubitable a la obra objeto de supervisión y ha cuestionado las que

corresponden al Informe 132-2021-MINCETUR/DM/COPESCO-DE/UEO/LIQ-JSM, de fecha 23 de setiembre de 2021.

35. Sobre la fotografía 1 que tiene como fecha el 26 de diciembre de 2018, el Demandante señala que el enchape está en su fase final y la hora de registro (15:43) evidenciaría que dicho trabajo fue culminado en dicha fecha. Además, para el Demandante no queda claro como la fotografía debería ser asociada de manera indubitable con la obra objeto de supervisión, lo pertinente hubiera sido que se ofrezca la declaración testimonial de la persona responsable de la presencia de obreros en la zona, que no es otro que el Residente de Obra o alguna constancia notarial.
36. En las fotografías 2 y 3 del 26 de diciembre de 2018 se observa tres estructuras, dos de ellas con techo verde y una de estas sin dicha cobertura, pero con las vigas de madera ya montadas; sin embargo, el Demandante precisa que no se hace referencia a que componente de la obra pertenecen dichas estructuras y no hay una declaración que señala de manera textual o categórica que las obras corresponden a la obra en mención.
37. En la fotografía 4 del 30 de enero de 2019, se observa una explanada con vegetación, no se indica si la misma pertenece a la obra objeto de supervisión y no se verifica la presencia del personal de la Entidad o del Contratista realizando los trabajos.
38. En las fotografías 5 y 6 del 30 de enero de 2019 se aprecian dos vistas, una interior y a un descampado en una zona exterior, el Consorcio advierte que en dicha foto no se identifica que pertenezcan a la obra objeto de supervisión y no se verifica la presencia del personal de la Entidad o del contratista ejecutando trabajos. El mismo cuestionamiento se hace a las fotografías 7 y 8.
39. Sobre lo anterior, de una revisión del expediente arbitral se advierte que no se encuentra el Informe N°132-2021-MINCETUR/DM/COPESCO-DE/UEO/LIQ-JSM, de fecha 23 de setiembre de 2021; sin embargo, sí se encuentra en el expediente arbitral el Informe Técnico N° 057-2019-

OVC/PCN del 27 de marzo de 2019⁴ que contiene fotografías que muestran la obra inconclusa.

40. No pasa inadvertido para el Árbitro Único que, si bien algunos de estos trabajos se realizaban con ocasión de reparar los hechos producidos por terceros, tales como actos de vandalismo⁵, el deterioro ocasionado por el uso incorrecto del público usuario y las fuertes lluvias de la región, existen otros trabajos que, a la fecha del Informe Técnico N° 057-2019- OVC/PCN aún se encontraban en ejecución tales como la construcción de la estructura de madera de los servicios higiénicos ecológicos, los cuales no obedecen a actos vandálicos ni a un uso indebido del área pública.
41. Además, sobre la no presencia del personal y la toma de fotografías a una zona ajena a la de la obra identificándola como el lugar de la obra, a criterio del Árbitro Único, es sumamente improbable y resulta poco factible que la Entidad elabore informes con el único propósito de perjudicar al Demandante, y más aún, teniendo en cuenta los recursos que debe emplear (tiempo y trabajo) y la afectación que esto supondría a una obra que ya se encontraba retrasada.
42. El Demandante también ha señalado que en tanto la Entidad ha reconocido que no se tramitó ninguna valorización a favor del contratista ejecutor durante los meses de enero a julio de 2019, no puede entenderse que se estaba en la etapa de ejecución; sin embargo, para el Árbitro Único, ha quedado demostrado que las partidas contractuales aún no se encontraban culminadas el día 26 de diciembre de 2018 y los costos en que incurrió el contratista ejecutor o cualquier controversia relacionada a ellos se ventilan paralelamente en otro proceso arbitral, esto es, el hecho de que material y formalmente no existieron valorizaciones en ese periodo no quiere decir que sea categórico

⁴ Entendiéndose que si a la fecha del 28 de marzo de 2019, fecha en que la Carta N° 520-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO aún la obra se encontraba inconclusa, es materialmente imposible que el día 26 de diciembre de 2018 la obra se encuentre en un mejor estado de avance.

⁵ Cabe señalar que no se ha adjuntado denuncia policial por parte del Consorcio Moyobamba que deje constancia de los hechos vandálicos ocurridos en la obra.

que la etapa correspondiente a enero a julio del 2019 era la de entrega y no la de ejecución.

43. Siendo ello así, queda claro para el Árbitro Único que la obra no terminó realmente el día 26 de diciembre de 2018 tal y como se anotó en el cuaderno de obra, sino que la ejecución de partidas contractuales culminó – material y formalmente - el 24 de mayo de 2019 tal como consta en los documentos y, en tanto a ello, el periodo comprendido entre diciembre de 2018 y mayo de 2019 corresponde a la etapa de ejecución contractual y no de recepción.
44. A mayor abundamiento, puede observarse que mediante Acta de Verificación de Obra No Concluida de fecha 30 de enero de 2019, el Comité de Recepción señala que aún se encuentra pendiente la ejecución de partidas contractuales, de las cuales, algunas de dichas partidas coinciden con las señaladas como pendientes en el Informe Técnico N° 057-2019- OVC/PCN, como es el caso del fraguado de piedra laja en el pórtico de ingreso.
45. Que, es evidente la coligación contractual que existe entre el Contrato de Supervisión y el Contrato de Obra, en ese sentido, se entiende que, si este amplía su plazo entonces aquél también debería ampliar el plazo de sus servicios, de hecho, esa misma coligación fue la razón de que se dieran las ampliaciones anteriores para el Consorcio Moyobamba.
46. Así también lo ha señalado el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

“Artículo 120.- Plazo de ejecución contractual

[...]

120.3. El plazo de ejecución contractual de los contratos de supervisión de obra debe estar vinculado a la duración de la obra supervisada.

47. Este razonamiento ha sido reiterado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado mediante pronunciamiento de la Dirección Técnica Normativa en Opinión N° 123-2018/DTN

“De acuerdo a ello, el artículo 192 del anterior Reglamento establecía que, ‘En caso de atrasos en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista, con respecto a la fecha consignada en el calendario de avance de obra vigente, y considerando que dicho atraso producirá una extensión de los servicios de inspección o supervisión, lo que genera un mayor costo, el contratista de la ejecución de obra asumirá el pago del monto equivalente al de los servicios indicados, lo que se hará efectivo deduciendo dicho monto de la liquidación del contrato de ejecución de obra. Durante la ejecución de la obra dicho costo será asumido por la Entidad.’” (Énfasis agregado).

48. Por otro lado, debe señalarse que tampoco pasa inadvertido para el Árbitro Único la diferencia de prestaciones de ambos contratos, esto es, la inejecución de partidas contractuales hasta meses después de pasada la fecha programada de término de obra responde a situaciones que se ventilan paralelamente en otro proceso arbitral con el contratista ejecutor tal como se señaló en Audiencia Única, lo cual es un supuesto completamente diferente a las labores de supervisión que efectuaba el Consorcio Moyobamba sobre la obra de Plan Copesco.
49. Entonces, la inejecución de partidas contractuales no es un incumplimiento propio del Consorcio Moyobamba, lo que sí resulta responsabilidad del Consorcio Demandante, es no haber advertido la falta del término de las partidas contractuales y aún con ello señalar que las obras habrían culminado en una fecha anterior a la real.
50. En esa línea, dado que la obra no culminó el día 26 de diciembre de 2018 de acuerdo a los medios probatorios aportados, si no realmente el día 24 de mayo de 2019 y, por tanto, el periodo comprendido entre ese tiempo responde a la etapa de ejecución contractual y no de entrega, corresponde ahora pronunciarse respecto a los incumplimientos sobre los cuales se han imputado penalidades al Consorcio en calidad de Supervisor.
51. En primer lugar, Consorcio Moyobamba ha señalado que mediante Carta N° 1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO la Entidad remitió el Informe Técnico N° 188-2019-OVC/PCN en el cual comunicaban por

primera vez sobre la imposición de penalidades por ausencia del supervisor de obra, lo cual está contemplado en el ítem 5 del cuadro de otras penalidades.

52. Respecto a esta penalidad, el Demandante no ha negado la ausencia del supervisor en las visitas inopinadas efectuadas los días 20, 21 y 22 de febrero; 20, 21 y 22 de marzo; y, 08, 09 y 10 de abril del 2019; en donde la Entidad registró la ausencia del supervisor y, por tanto, la configuración del supuesto de hecho del ítem 5 del cuadro de otras penalidades.
53. En línea con lo anterior, si bien el Demandante no ha negado la ausencia del supervisor, ha afirmado a que esta obedece al hecho de que no se encontraban en la etapa de ejecución contractual sino de recepción de obra y, por tanto, la presencia permanente del supervisor era obligatoria hasta el día 26 de diciembre de 2018; sin embargo, como se ha determinado anteriormente, la etapa en que se impusieron estas penalidades si están comprendidas dentro del periodo de ejecución contractual por lo que el supuesto del ítem 5 del cuadro de otras penalidades efectivamente se ha contemplado en la realidad.
54. De manera posterior, mediante Carta N° 070-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM, notificada el 31 de enero de 2020, la Entidad remitió el informe técnico N° 034-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG a través del cual comunicó la aplicación de las siguientes penalidades:
 - I) *No se presentaron informes mensuales correspondientes a los meses de enero a mayo del 2019, pese a haber sido requerido en múltiples comunicaciones.*
55. En concordancia con lo anteriormente señalado, si bien las partidas contractuales en su mayoría ya habían sido ejecutadas o se encontraban pendientes de reparación, había partidas contractuales que aún se

encontraban ejecutando, con lo cual, correspondía la entrega de Informes Mensuales según lo establecido en los Términos de Referencia:

- **INFORMES MENSUALES**, de las actividades Técnico, Económico y Administrativo de la Obras, **SEGÚN ANEXO IV**. Incluye fotografías. Será entregado conjuntamente con la valorización de obra mensual del mes correspondiente, con una ficha de información mensual y un resumen ejecutivo, debiendo contener, en una relación enumerativa mas no limitativa, los siguientes aspectos:

Área de Supervisión:

Actividades desarrolladas por el Supervisor de Obra, memoria explicativa de los avances de obra y asuntos más saltantes, justificaciones de retrasos en caso que los hubiese, proponiendo soluciones para su corrección.

- ✓ Relación de todos los ensayos realizados en la obra y controles efectuados por el Supervisor de Obra, indicando ubicación, fecha en que fueron realizados, resultados e interpretación estadística. Si corresponde, indicarán medidas correctivas y responsabilidades.
- ✓ Informe de las actividades de Supervisión ambiental realizadas durante el mes.
- ✓ Programa de sus actividades para el mes siguiente.
- ✓ Personal y equipos empleados en la Supervisión de Obra, durante el periodo comprendido en el informe.
- ✓ Estado contable del Contrato de Supervisión discriminado por partidas. Cuadro resumen de pagos a cuenta, relación de Cartas Fianza vigentes.
- ✓ Gráficos, Fotografías y cintas de video, que mostrarán el estado de avance de la Obra.
- ✓ Copias de las comunicaciones más importantes intercambiadas con el Contratista o con terceros.

- ✓ Dará cuenta del trámite que con su opinión haya dado a los reclamos a planteamientos que el Contratista hubiera formulado, pero cuya decisión excediendo a sus facultades deberá resolverse a un nivel superior.

Área del Contratista de Obra:

- ✓ Informe acerca de los avances físicos y valorizados del Contratista, breve descripción de los trabajos ejecutados, métodos de construcción propuestos y/o ejecutados, cuadros, gráficos y panel de fotos, que muestren el avance real en comparación con el programado.
- ✓ Presentar la documentación por la cual se certifique que los materiales y equipos cumplen con las especificaciones técnicas. Adjuntar cuadro con rendimiento de los equipos que trabajan en obra.
- ✓ Estado de avance económico y financiero de la obra: incluirá los avances económicos por partidas, gastos generales, utilidad, adelantos y amortizaciones, cuadro y diagrama de avance mensual y acumulado por rubros o partidas genéricas (incluido adicionales y deductivos), comparación con el avance vigente. El estado financiero de la obra incluirá un cuadro resumen de pagos a cuenta, un cuadro de adelantos concedidos al Contratista y relación de Cartas Fianza vigentes, donde corresponda.
- ✓ La relación de cartas fianzas debe ser detallado con las fechas de vencimiento y las que debe renovar el contratista indicando sus montos.
- ✓ El cuadro de adelantos concedidos al Contratista debe detallar si está en armonía con cronograma valorizado de avance de obra programado.
- ✓ Informe de cumplimiento o no del Contratista del calendario de adquisición de materiales.
- ✓ Pronosticar los "avances" para el siguiente mes, tanto físico como valorizado.
- ✓ Relación de todas las pruebas, ensayos y controles realizados por el Contratista de Obra, indicando ubicación, fecha en que fueron realizados, resultados e interpretación estadística. Si corresponde, indicarán medidas correctivas y responsabilidades.
- ✓ Informes de las sanciones y penalidades al contratista de obra, cuantificadas.
- ✓ Relación de las constancias de los tributos obligatorios que entrega o no el contratista.
- ✓ Relación de las copias de los folios del cuaderno de obra, de las ocurrencias del mes que han sido registrados.
- ✓ Lista de personal y equipo empleado por el Contratista durante el período respectivo, indicando variaciones con lo programado, si las hubiese.
- ✓ Llevar record de índices de seguridad y accidentes de obra.
- ✓ Comparará entre el avance programado y el realmente ejecutado, explicando las causas que hayan motivado atrasos, si las hubiera, y de las disposiciones tomadas para superarlos.
- ✓ Previsibles dificultades futuras y las soluciones que se propone adoptar o que ya adoptó, sugiriendo la intervención de la Entidad, si lo considera indispensable.
- ✓ Juicio crítico sobre la actuación del Contratista en su conjunto.

Esto es, correspondía la emisión de Informes en tanto la obra aún se encontrará en proceso de ejecución por parte del contratista ejecutor, según lo señalado en la lista enumerativa no taxativa detallada por la Entidad en los Términos de Referencia.

Asimismo, en el numeral 6.13 de la Demanda, el Consorcio Moyobamba ha señalado que no correspondía la emisión de Informes en tanto se encontraban en periodo de recepción y no de ejecución y el numeral 7.6 de los Términos de Referencia que regula los controles para la recepción y liquidación final no establece como obligación la entrega de Informes,

entonces, se entiende que en tanto sostiene que no correspondía la emisión, no los ha entregado.

De lo anterior, en tanto se ha determinado que la ejecución de partidas contractuales culminó efectivamente en mayo de 2019 y no en diciembre de 2018 por lo que efectivamente, se ha contemplado el supuesto de hecho del ítem 4 del cuadro de otras penalidades.

- II) No haber informado de las penalidades a aplicar al contratista por atraso en la culminación de la obra y otras penalidades, pese a haber sido requerido por escrito.-*

En concordancia con la fundamentación desarrollada hasta el momento, la obra fue recepcionada el día 24 de julio de 2019, con lo cual, se tiene que la obra se culminó 149 días calendario posteriores a la fecha programada.

En ese sentido, debe señalarse que queda claro para el Árbitro Único la diferencia en las prestaciones del contratista ejecutor y del contratista supervisor, esto es, quien se encuentra encargado de la ejecución de la obra es el contratista ejecutor y el retraso de la misma no es un supuesto de incumplimiento para el contratista supervisor, lo que en este caso sí constituye un supuesto de incumplimiento es que el Consorcio Moyobamba en calidad de Supervisor, no haya informado sobre la aplicación de penalidades al contratista ejecutor, lo cual constituye un supuesto de aplicación de penalidad según el numeral 8 del cuadro de otras penalidades contenido en el Contrato.

- III) Omisión de pronunciamiento respecto al descuento de los montos sobrevalorados valorizados*

El 26 de diciembre de 2018 el Consorcio Moyobamba dio conformidad a la valorización del mes de diciembre del 2018, la cual corresponde al monto acumulado de la totalidad de la obra; sin embargo, como se sabe en dicha fecha no se había culminado la ejecución de la totalidad de partidas contractuales, con lo cual, correspondía al Demandante realizar

el descuento del monto sobrevalorado en la valorización del mes de diciembre de 2018 y hasta la fecha no ha emitido pronunciamiento.

En este punto, el Consorcio Moyobamba ha señalado que seguido la línea de su argumentación principal que indica que las obras culminaron el 26 de diciembre de 2018 y por ello, no correspondía la emisión de algún pronunciamiento respecto a un monto sobrevalorado; sin embargo, a criterio del Árbitro Único, en tanto las obras culminaron en mayo de 2019, evidentemente existía un monto sobrevalorado que el Consorcio Moyobamba debió advertir, en tanto debió advertir también que no se había culminado con la ejecución de la totalidad de las partidas contractuales, por lo que se ha contemplado el supuesto de hecho del ítem 3 del cuadro de otras penalidades.

56. Ahora bien, queda claro para el Árbitro Único que, efectivamente, se cometieron los supuestos de hecho señalados para la aplicación de otras penalidades; sin embargo, no pasan inadvertidos para el Tribunal Unipersonal los parámetros que deben cumplirse para que la Entidad pueda ejercer la potestad de la imposición de penalidades.
57. A mayor abundamiento, las Opiniones N° 023-2017/DTN y N° 264-2017/DTN emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE) señalan lo siguiente:

“(...) la Entidad podía establecer, en las Bases del proceso de selección, penalidades distintas a penalidad por mora –entiéndase, “otras penalidades”– con la finalidad de desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y resarcir posibles perjuicios que dicho incumplimiento le fuese a causar.

Dicha potestad debía ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria.

1. *La objetividad implicaba que la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serían penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el*

- que se verificaría la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación;*
2. *Por su parte, la razonabilidad implicaba que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicarían al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento.*
 3. *La congruencia con el objeto de la convocatoria implicaba que se penalizara el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria.”*
58. Sobre el parámetro objetividad, esta implica que la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serían penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o el procedimiento a través del cual se verifica la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación
59. Por lo tanto, es importante que los documentos del procedimiento de selección contemplen de manera objetiva, clara y precisa los parámetros que debe seguir la supervisión (o el área encargada por la Entidad) para que sustente adecuadamente su informe de aplicación de “*otras penalidades*”.
60. En el presente caso, el Consorcio Moyobamba ha señalado que las penalidades no les fueron notificadas sino hasta el momento en que la Entidad resolvió el Contrato y cuestiona el hecho de que estas no se hayan notificado antes.
61. En esa línea, del Contrato se puede advertir que el procedimiento para la aplicación de las otras penalidades tenía como requisito previo el hecho de que la Entidad cuente con el Informe del Coordinador de Obra, tal como se puede observar a continuación:

IT.	OTRAS PENALIDADES	PENALIDAD A APLICAR	FORMA O PROCEDIMIENTO DE VERIFICAR
1	POR TRAMITAR LA VALORIZACION FUERA DE LOS PLAZOS ESTABLECIDOS EN EL ART. 166 DEL REGLAMENTO O REMITIR EN FORMA DEFECTUOSA E INCOMPLETA LAS VALORIZACIONES DE LA OBRA PRINCIPAL Y/O ADICIONALES.	2 UIT Se aplica por cada día de atraso.	Informe del Coordinador de obras
2	SI PLAN COPESCO NACIONAL OBSERVARA CUALQUIER PARTIDA DE UNA VALORIZACION Y EL SUPERVISOR NO LA REGULARIZA EN LA VALORIZACIÓN SIGUIENTE.	2 UIT Se aplica por cada evento.	Informe del Coordinador de obras
3	POR NO DESCONTAR EL 100% DEL MONTO SOBREVALORADO EN EL MES SIGUIENTE DE SER DETECTADO.	2 UIT Se aplica por cada día de atraso.	Informe del Coordinador de obras
4	POR PRESENTAR FUERA DE LOS PLAZOS ESTABLECIDOS EN LA LEY, EL REGLAMENTO O EN LOS TERMINOS DE REFERENCIA Y LAS BASES, SEGÚN CORRESPONDA, O EN FORMA DEFICIENTE O INCOMPLETA LOS SIGUIENTES DOCUMENTOS: <ul style="list-style-type: none"> • El Calendario de Avance de Obra Actualizado a la fecha de inicio de obra, en un plazo máximo de 07 días calendarios luego de haberlo recepcionado y encontrado conforme. • El Calendario Acelerado de Obra (en caso el contratista está por debajo del 80%), en un plazo máximo de 07 días calendarios luego de haberlo recepcionado y encontrado conforme. • La revisión y presentación de los expedientes de ampliaciones de plazo. • Informe de opinión sobre el adicional de obra. • Informe de diagnóstico y vigencia del expediente técnico. • Informe mensual. • Informe Final de Término de obra y/o Informe de Cierre de obra. 	1 UIT Se aplica por cada día de atraso.	Informe del Coordinador de obras

5	POR NO ENCONTRARSE PRESENTE EL SUPERVISOR EN LA OBRA CON EL PLANTEL TECNICO OFERTADO EN LA PROPUESTA TECNICA (TALES COMO JEFE DE SUPERVISIÓN Y DEMAS PROFESIONALES Y/O TÉCNICOS) SEGÚN PORCENTAJE DE PARTICIPACION EN OBRA.	1 UIT. Se aplica por cada día de inasistencia del(os) profesional(es) propuestos. Se aplica por cada profesional en la Valorización del mes en el que se detecta la falta o en la liquidación del contrato.	Informe del Coordinador de obras
6	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. Nota: Se exime la penalidad cuando se despida un profesional por disposición de la Entidad, y cuando se cambie el profesional cuando el inicio de la obra se haya postergado por más de 60 días desde el otorgamiento de la buena Pro ⁴ .	2 UIT ⁵ Se aplica por evento.	Informe del Coordinador de obras
7	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 reemplazado.	0.75 UIT	Informe del Coordinador de obras
8	Por no informar la aplicación de penalidades al contratista en los informes mensuales cuando corresponda.	0.50 UIT Se aplica por cada evento no comunicado	Informe del coordinador
9	REPRESENTANTE LEGAL Cuando el Representante Legal no se presente a una reunión oficialmente convocada mediante notificación por la Dirección Ejecutiva	0.50 UIT	Informe del coordinador

62. No es controvertido que el Consorcio no cumplió con obligaciones propias de la etapa de ejecución contractual pues el mismo Demandante ha referido que al encontrarse en la etapa de entrega no correspondía la emisión del informe del coordinador, pese a que se encuentra acreditado por los medios probatorios contenidos en el expediente que la Entidad requirió al contratista supervisor continuar con sus servicios hasta la culminación de la obra, lo cual fue aceptado por el mismo contratista supervisor conforme se desprende del numeral 2.9 de la demanda.
63. Siendo ello así, la oportunidad correspondiente para que la Entidad notifique la imposición de penalidades por los diversos supuestos que ambas partes estipularon como sancionables, era en el momento en que evaluara el Informe del Coordinador de Obras. De los actuados en el expediente arbitral se puede observar que la Entidad cumplió con ello del Informe N° 034-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG de fecha 23 de enero de 2020.
64. Sobre la oportunidad de emisión del Informe, en el mismo documento consta la fecha 23 de enero de 2019; sin embargo, en tanto se notificó con la Carta N° 070-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM recibida por el Consorcio el 31 de enero de 2020, se entiende que el contratista no tenía conocimiento de la aplicación de penalidades hasta esta fecha pues lo contrario no se desprende de los medios probatorios presentados por el Consorcio.
65. Es decir, el Consorcio fue notificado de manera posterior de la imposición de penalidades, sin embargo, ello no puede considerarse un incumplimiento por parte de la Entidad en tanto el contrato no contemplaba plazos sobre el procedimiento, esto es, no había un plazo contemplado para la emisión del Informe del Coordinador de Obra.
66. De hecho, se puede advertir que en tanto la posición de las partes es disímil sobre el momento en que debían notificarse las penalidades (por un lado el

Demandante señala que se notificaron de manera tardía y por el otro, la Entidad cree haberlas notificado en el momento correcto), a criterio del Árbitro Único, el hecho de notificar antes las penalidades tal y como lo refiere el Consorcio, hubiera tenido la misma consecuencia práctica, recurrir a un medio de resolución de controversias, en tanto las partes entendían que se encontraban en distintas etapas del Contrato.

67. Ahora bien, el Consorcio también ha señalado que no corresponde aplicar la penalidad contemplada en el ítem 5 del cuadro de otras penalidades en tanto no se cumplió con el procedimiento previsto, dado que mediante Carta N° 1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO la Entidad remitió el Informe Técnico N° 188-2019-OVC/PCN elaborado por el Gerente de Proyectos, en el cual se comunicaba sobre la imposición de otras penalidades por haber incurrido en caudal de ausencia del supervisor de obra.
68. Sin embargo, según la cláusula duodecima del Contrato, no era el Gerente de Proyectos quien debía realizar el Informe sino el Coordinador de Obras:

IT.	OTRAS PENALIDADES	PENALIDAD A APLICAR	FORMA O PROCEDIMIENTO DE VERIFICAR
1	POR TRAMITAR LA VALORIZACION FUERA DE LOS PLAZOS ESTABLECIDOS EN EL ART. 166 DEL REGLAMENTO O REMITIR EN FORMA DEFECTUOSA E INCOMPLETA LAS VALORIZACIONES DE LA OBRA PRINCIPAL Y/O ADICIONALES.	2 UIT Se aplica por cada día de atraso.	Informe del Coordinador de obras
2	SI PLAN COPESCO NACIONAL OBSERVARA CUALQUIER PARTIDA DE UNA VALORIZACION Y EL SUPERVISOR NO LA REGULARIZA EN LA VALORIZACION SIGUIENTE.	2 UIT Se aplica por cada evento.	Informe del Coordinador de obras
3	POR NO DESCONTAR EL 100% DEL MONTO SOBREVALORADO EN EL MES SIGUIENTE DE SER DETECTADO.	2 UIT Se aplica por cada día de atraso.	Informe del Coordinador de obras
4	POR PRESENTAR FUERA DE LOS PLAZOS ESTABLECIDOS EN LA LEY, EL REGLAMENTO O EN LOS TERMINOS DE REFERENCIA Y LAS BASES, SEGÚN CORRESPONDA, O EN FORMA DEFICIENTE O INCOMPLETA LOS SIGUIENTES DOCUMENTOS: <ul style="list-style-type: none"> El Calendario de Avance de Obra Actualizado a la fecha de inicio de obra, en un plazo máximo de 07 días calendarios luego de haberlo recepcionado y encontrado conforme. El Calendario Acelerado de Obra (en caso el contratista esté por debajo del 80%), en un plazo máximo de 07 días calendarios luego de haberlo recepcionado y encontrado conforme. La revisión y presentación de los expedientes de ampliaciones de plazo. Informe de opinión sobre el adicional de obra. Informe de diagnóstico y vigencia del expediente técnico. Informe mensual. Informe Final de Término de obra y/o Informe de Cierre de obra. 	1 UIT Se aplica por cada día de atraso.	Informe del Coordinador de obras

4



CP N° 02-2018-MINCETUR/DM/COPESCO-1



5	POR NO ENCONTRARSE PRESENTE EL SUPERVISOR EN LA OBRA CON EL PLANTEL TECNICO OFERTADO EN LA PROPUESTA TÉCNICA (TALES COMO JEFE DE SUPERVISIÓN Y DEMAS PROFESIONALES Y/O TÉCNICOS) SEGÚN PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN EN OBRA.	1 UIT. Se aplica por cada día de inasistencia del(s) profesional(es) propuestos. Se aplica por cada profesional en la Valorización del mes en el que se detecta la falta, o en la liquidación.	Informe del Coordinador de obras
---	---	--	----------------------------------

69. En ese sentido, se puede observar que el Informe Técnico N° 188-2019-OVC/PCN ha sido remitido por el Gerente de Proyectos, según lo que se muestra a continuación:

ING. CIVIL CIP N° 172799

Gerente de Proyecto de obra: MORRO CAL ZADA

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad"

INFORME TECNICO N°188-2019-OVC/PCN

Para : ARQ. ELMER JOSE VEGA CELEDONIO
Jefe de la Unidad Ejecución de Obras

De : ING. ORLANDO VILLANUEVA CORDOVA
Gerente de Proyectos a Nivel de Ejecución de Obras

Asunto : REQUERIMIENTO



70. Sin embargo, en la parte final se aprecia lo siguiente:

Atentamente,



Ing. ORLANDO H. VILLANUEVA CORDOVA
Coordinador de Obras
Plan COPESCO Nacional
MINCETUR

Visto el Informe Técnico N°188-2019-OVC/PCN que antecede, procedo a suscribirlo para su trámite correspondiente por encontrarlo conforme en todos sus aspectos técnicos.



Ing. RAÚL RAFAEL CÁCERES ARANGO
Coordinador General de Obras
Plan COPESCO Nacional
MINCETUR

71. Es decir, el Informe ha sido firmado por el Coordinador de Obra y en tanto a ello, se entiende que ha sido elaborado por éste, por lo que no habría un incumplimiento de la Entidad sobre el procedimiento para la imposición de penalidades. Sigo sin entender, quien cumplió o incumplió?
72. El Demandante también refiere que no se ha cumplido el procedimiento contractual para determinar la validez de las penalidades, en tanto, ni mediante Carta N° 1634-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG o Carta N° 70-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG se ha comunicado el Informe del Coordinador de Obras.

73. Al respecto, en el Informe 34-2020- MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG adjuntado a la Carta N° 70-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG, la Entidad esquematiza las penalidades en las cuales incurrió el contratista como se detalla en el 3.12 del mencionado Informe.
74. Adicionalmente, el Demandante ha señalado que las penalidades se han cuantificado bajo la UIT del año 2020, cuando correspondía su cuantificación con la UIT del 2019 en tanto los supuestos incumplimientos se realizaron en 2019.
75. Sobre ello, el Árbitro Único es de la opinión que el hecho de que la Entidad haya realizado el Informe en el año 2020, no significa que deba calcular las penalidades bajo la UIT del año 2020, sino que correspondía cuantificar bajo la UIT del año 2019 en tanto en ese año ocurrieron los incumplimientos.
76. En ese sentido, dado que, en efecto se han cometido los incumplimientos contemplados bajo penalidades en el cuadro de “otras penalidades” del Contrato, corresponde declarar INFUNDADA la presente pretensión; sin embargo, la Entidad deberá hacer el reajuste al cálculo de penalidades con la UIT del año 2019.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde, o no, declarar la invalidez y/o ineficacia de la resolución del contrato realizada por COPESCO por causa imputable al Consorcio.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE

77. El Demandante empieza haciendo referencia al artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante “LPAG”), normativa de aplicación supletoria en materia de contrataciones del Estado, la cual regula los requisitos de validez del acto administrativo: 1) competencia, 2) objeto o contenido, 3) finalidad pública, 4) motivación y 5) procedimiento regular.

Asimismo, advierte que para el presente caso el análisis versará sobre el cuarto y quinto requisito.

78. En ese sentido, sobre el procedimiento regular, la Demandante señala que la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante “LCE”) y su Reglamento prevén un procedimiento para casos de resolución contractual, el cual se encuentra establecido en el artículo 136 del Reglamento, conforme a dicho artículo, dado que la causal invocada para la resolución del presente caso por parte de la Demandada, es el incumplimiento, mediante el cual se debía apercibir al Consorcio de manera previa a la resolución del contrato, lo cual no ha ocurrido según sostiene el Consorcio.
79. Mediante Carta N° 070-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM, Plan Copesco resuelve el contrato en concordancia con la Carta N° 1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO en la que requiere al Consorcio el cumplimiento de sus obligaciones bajo apercibimiento de resolución; sin embargo, el Consorcio sostiene que no se ha cumplido con la formalidad dado que el asunto de esta última carta está referido a “La liquidación del Contrato de Supervisión de Obra”.
80. En esa línea, el Consorcio señala que incluso no solo no se apercibió el cumplimiento de obligaciones, sino que también no se otorgó plazo para subsanar observaciones del Informe Final. Por el contrario, la normativa de Contrataciones del Estado señala que para el cumplimiento de obligaciones contractuales el plazo no debe ser mayor a 5 días y en el caso de obras, mayor a 15 días.
81. El Consorcio sostiene que en la Carta N° 1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO no se hace referencia al plazo legal, así como la indicación expresa de qué obligación contractual se estaría incumpliendo, tampoco se indica que, en caso de no darse el cumplimiento,

se procederá con la resolución y, adicionalmente, la comunicación no se realizó por conducto notarial.

82. Asimismo, el Consorcio resalta que, pese a que la Entidad conocía el procedimiento, no lo realizó de manera correcta, pese a que no solo se encontraba regulado por el artículo 136 del Reglamento de la LCE sino también en la cláusula decimotercera del Contrato que suscribieron las partes.
83. De lo anterior, el Demandante sostiene que la resolución efectuada por la Entidad no ha cumplido con los requisitos de validez del acto administrativo establecidos en la LPAG, el procedimiento regular y la motivación, por lo cual, no tiene validez la resolución efectuada.
84. Asimismo, el Consorcio señala que si bien hay supuestos en que la entidad puede resolver el contrato de manera unilateral y estos son: i) cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades; o, ii) cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida; no nos encontramos ante ellos, más aún cuando no han sido indicados en las comunicaciones cursadas por la Entidad.
85. Ahora bien, sobre lo indicado en el penúltimo párrafo de la Carta N° 070-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM en donde se señala que el Consorcio habría incurrido en otras penalidades y con ello habría acumulado el monto máximo, Plan Copescp señala que en dicha Carta no se indica cuáles son esas otras penalidades cuya acumulación llega al monto máximo y habría hecho que el Contrato sea posible de ser resuelto por causa imputable al Consorcio.
86. El Contrato prevé la imposición de nueve supuestos para la aplicación de otras penalidades, en este sentido, el Consorcio señala que si la Entidad consideraba que se venía incurriendo en alguno de esos supuestos, debía comunicarlo a fin de que se pudieran realizar los descargos dado que, si la finalidad de las otras penalidades es desincentivar el incumplimiento, entonces la actuación diligente de la Entidad debió ser comunicar al

contratista cuál de las otras penalidades le estaba siendo imputada con la finalidad de desincentivarlo de permanecer en dicho supuesto de sanción.

87. En esa línea, el Consorcio señala que, si la Entidad consideró que las otras penalidades constituyan una causal para resolver el Contrato, la validación de las mismas se encuentra sujetas a un procedimiento establecido en el Contrato, el mismo criterio sigue la Opinión N° 131-2019/DTN, que señala al procedimiento como un requisito para la imposición de otras penalidades distintas a la mora.
88. En ese sentido, el Demandante señala que, según el Contrato, para determinar la validez de las penalidades se establece que la infracción que origine la comisión de “otras penalidades” debe ser comunicada a través de un Informe del Coordinador de Obras, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, pues ello no ha sido comunicado ni con la carta N° 1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO, ni con la carta N° 070-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM (que adjuntó el Informe N° 34-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG).
89. Así, el Demandante advierte que si bien Informe N° 34-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG fue suscrito por el Coordinador de Obras, este inicia su análisis para determinar los supuestos pasibles a penalizar, tomando como referencia el Informe Final de Término de Obra que fue presentado por la supervisión y que fue objeto de observaciones por parte de la Entidad.
90. Sobre lo anterior, el Demandante resalta que el Coordinador de Obra no sustentó el Informe en un análisis propio de los hechos sucedidos en obra, así como tampoco, en los períodos específicos en que se habrían generado los incumplimientos en base a los que se determina aplicar “otras penalidades” al Consorcio.
91. Entonces, el Demandante sostiene que la Entidad alega la acumulación del monto máximo de otras penalidades, pero sin una debida motivación conforme a lo establecido en el Contrato puesto que el Coordinador de Obra

se limita a hacer suyo el Informe sustentado por otro profesional de la Entidad, documento en el cual no se indica como objeto la determinación de otras penalidades atribuibles al Consorcio sino observaciones a una prestación a cargo del Consorcio.

92. Para el Demandante, Plan Copesco no cumplió con el procedimiento regular para efectuar la resolución del contrato conforme lo señalado en el artículo 136° del Reglamento de la LCE, siendo que el quinto requisito establecido en el artículo 3 de la LPAG, el procedimiento regular, no se presenta en la Carta Notarial N° 070-2020- MINCETUR/DM/COPESCO-UADM y el Informe técnico N° 034-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG bajo el cual se sustenta.
93. Ahora, sobre el cuarto requisito de validez del acto administrativo, la debida motivación, para el Consorcio no se cumple en el presente caso puesto que en el Informe Técnico N° 034-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG, la Entidad no cumple con la motivación establecida pues ésta no se origina en el desempeño de las propias actividades del Coordinador de Obra, sino en un análisis ya realizado por otro profesional.
94. Asimismo, el Consorcio detalla cuales son los pronunciamientos que emitieron y que no fueron tomados en cuenta en el Informe Técnico N° 034-

2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG, y sobre los cuales la Entidad señaló que nunca se efectuaron:

CARTA DE LA ENTIDAD	CARTA DEL CONSORCIO
Carta N° 307-2019- MINCETUR/DM/COPESCO-UO (19.02.2019)	Se respondió mediante Carta N° 013-2019-CMB ² (22.02.2019)
Carta N° 355-2019- MINCETUR/DM/COPESCO-UO (27.02.2019)	Se respondió mediante Carta N° 014-2019-CMB ³ (05.03.2019)
Carta N° 403-2019- MINCETUR/DM/COPESCO-UO (08.03.2019)	Se respondió mediante Carta N° 014-2019-CMB ⁴ (11.03.2019)
Carta N° 520-2019- MINCETUR/DM/COPESCO-UO (27.03.2019)	Se respondió mediante Carta N° 022-2019-CMB ⁵ (01.04.2019)
Carta N° 1634-2019- MINCETUR/DM/COPESCO-UO (27.11.2019)	Se respondió mediante Carta N° 047-2019-CMB ⁶ (28.11.2019)

95. Ante ello, el Consorcio advierte que es obligatorio que la Entidad se pronuncie sobre las Cartas mediante las cuales se dio respuesta a sus solicitudes en virtud al artículo 6 de la LPAG que establece el deber de efectuar una relación entre los hechos probados y la exposición de las razones jurídicas que fundamentan las decisiones, esto es, tenían el deber de fundamentar correctamente en virtud al derecho a la debida motivación regulada en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política y abordada en diversas sentencias del Tribunal Constitucional.
96. Es así que para el Demandante, la Carta Notarial N° 070-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM notificada el 31 de enero 2020 y el Informe Técnico N° 034-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG de fecha 23 de enero de 2019 adolecen de deficiencia en la motivación externa ya que hay una incongruencia entre lo afirmado y lo realmente acontecido o regulado toda vez que no es cierto que el Consorcio no se pronunció frente a los requerimientos de la Entidad, tal como esta lo ha afirmado, y de motivación insuficiente dado que no existe el mínimo de motivación exigible por no haberse tomado en cuenta todas las razones de hecho o derecho, esto

en tanto no se tomó en cuenta los pronunciamientos de hecho y derecho comunicados en las Cartas señaladas en el cuadro precedente.

97. Por lo anterior, el Consorcio sostiene que la resolución de contrato efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 070-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM y el Informe técnico N° 034-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG bajo el cual se sustenta carecen de requisitos de motivación y procedimiento regular contemplados en el artículo 3 de la LPAG y por tanto es nula y/o invalida y/o ineficaz por omitir los requisitos de validez referidos a la motivación y el procedimiento regular.
98. En ese sentido, el Consorcio señala que lo anteriormente señalado aborda esencialmente cuestiones de forma, pero que la invalidez de la resolución reside también en cuestiones de fondo. Para ello, el Consorcio ha contestado las razones por las cuales la Entidad decidió resolver el contrato en los siguientes términos:
 - *Omisión de opinión por parte de la supervisión sobre las penalidades que habría correspondido aplicar al contratista ejecutor de obra por atraso en la culminación de la obra.*

Sobre este punto, el Consorcio refiere que la culminación de la obra se efectuó el 26 de diciembre de 2018 conforme consta de la anotación efectuada por el supervisor en el asiento del cuaderno de obra 376 y en virtud a ello se solicitó la recepción de la obra; sin embargo, durante el tiempo en que se conformó el Comité de Recepción y se gestionó la programación de su visita a obra, se produjeron hechos que dañaron la obra tales como actos de vandalismo, fuertes precipitaciones y daños realizados por los asistentes al centro turístico. Es por los daños descritos que el Comité observa la obra, por lo que requiere al contratista subsanar las observaciones. En esa línea, el Demandante sostiene que estos trabajos se realizaron en la etapa de recepción y no de ejecución y

por ello, no es un supuesto posible de aplicación de penalidades dado que el tiempo previsto para la entrega de la obra si se había cumplido.

Adicionalmente, y ante la negativa de la Entidad respecto a que la culminación de la obra se realizó el 26 de diciembre de 2018, el Consorcio sostiene que no se puede enervar el efecto jurídico con fotografías que no podrían ser calificadas como medio probatorio, debido a que la naturaleza de su finalidad no se verifica en el presente proceso⁶.

- *Falta de presentación de informes mensuales y reporte de fichas quincenales correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo del 2019.*

Sobre este punto, el Demandante señala que no correspondía la presentación de Informes Mensuales y Fichas Quincenales pues ya no se encontraban en la etapa de ejecución sino de recepción de la obra, y conforme al numeral 9.0 de los Términos de Referencia, estos documentos solo son presentados durante la ejecución contractual.

Adicionalmente, el Consorcio sostiene que, pese a que no se venían realizando trabajos de ejecución de obra, la Supervisión permaneció en ejercicio de sus funciones hasta que se cumplió con recepcionar la obra, conforme queda demostrado con los asientos registrados y cartas cursadas a la Entidad, dando cuenta en todo momento que los trabajos que se venían realizando se limitaban a reparaciones de las afectaciones en obra y que las mismas, no significan el pago de ningún monto

⁶ El Árbitro Único considera pertinente señalar que se han tomado en cuenta los cuestionamientos realizados a las fotografías; sin embargo, dado que este cuestionamiento no es lo que medularmente se controvierte en las pretensiones, no se mencionara el desarrollo de manera expresa en los vistos del presente laudo.

dinerario de parte de la Entidad y, para el Demandante, esto es evidencia de su actuar de buena fe.

- *Omisión de pronunciamiento respecto al descuento de los montos sobrevalorados valorizados.*

Sobre este punto la Entidad ha señalado que la supervisión no efectuó el descuento al contratista ejecutor al no culminar la obra dentro del plazo, y el Demandante manifiesta que la obra sí se entregó dentro del plazo por lo que no correspondía efectuar descuentos.

- *Falta de subsanación a las observaciones efectuadas por la Entidad al informe final de obra presentado por la supervisión.*

El Consorcio señala haber cumplido con pronunciarse respecto a las observaciones efectuadas al Informe Final de obra presentado mediante Carta N° 047-2019-CMB notificada el 28 de noviembre de 2019.

- *El Informe Final de obra no se habría presentado dentro del plazo establecido en los Términos de Referencia.*

Sobre este punto el Demandante señala que el informe final de la obra fue presentado dentro del plazo de cincuenta (50) días posteriores al acto de recepción de obra que fue el 24 de julio de 2019 de acuerdo a lo

regulado en el numeral 1.8 de las Bases Integradas y la Cláusula Quinta del Contrato.

- *Falta de respuesta por parte del CONSORCIO al requerimiento de obligaciones contractuales.*

EL Consorcio, respecto a este punto, señala que no es cierto que hubo falta de pronunciamiento en tanto cumplió con dar respuestas con las comunicaciones que se detallan en el cuadro anterior.

- *La supervisión habría acumulado el monto máximo de penalidades.*

Para el Demandante, no se ha configurado ningún incumplimiento de obligaciones contractuales que den lugar a la aplicación de penalidades, por lo tanto, el Consorcio no acumuló el monto máximo de penalidades.

99. Por lo anterior, el Demandante sostiene que la Carta Notarial N° 070-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM y el Informe Técnico N° 034-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG bajo el cual se sustenta, son nulos y, por tanto, la resolución contractual carece de validez.
100. Asimismo, el Demandante advierte que la Entidad no plantea como pretensión propia que se ratifique la validez de su resolución y, por el contrario, se ha limitado a contradecir lo peticionado. Agregado a ello, para el Demandante carece totalmente de fundamento lo señalado por la Entidad respecto a que supuestamente se ejecutaron trabajos de obra, desde el periodo de enero a julio de 2019 en tanto sus representantes aceptaron de manera expresa que no se transmitió ninguna valorización a favor del contratista ejecutor.
101. Adicionalmente, el Demandante señala que sería concordante con el marco legal del Contrato, si la Entidad hubiera acreditado que efectivamente se cancelaron valorizaciones al contratista ejecutor luego del 26 de diciembre de 2018; sin embargo, la falta de pago del trámite de valorizaciones de obra genera que haya estado conforme con el avance presentado hasta diciembre

de 2018, fecha hasta la cual se realizaron desembolsos económicos a favor del Contratista Ejecutor y Supervisor.

102. Entonces, el Consorcio manifiesta que luego de más de cinco meses de recepcionada la obra y, estando ya en posesión y uso de la Entidad, habiendo el supervisor revisado la liquidación del contratista ejecutor, e incluso presentado su Informe Final por la prestación ejecutada, la Entidad decide resolver el Contrato el 31 de enero de 2020.
103. De lo expuesto, el Demandante señala que puede observarse una conducta de buena fe de su parte en tanto ha mantenido su predisposición de mantenerse en la ejecución de prestaciones a su cargo, y ha priorizado que la obra esté debidamente reparada luego de las afectaciones sufridas por hechos fortuitos y ajenos a su responsabilidad, resalta además que dicha conducta ha permitido la debida culminación de la obra y el uso actual de la misma por parte de la Entidad. Además, de manera previa a este proceso, el Consorcio señala haber tenido la voluntad de conciliar conforme se acredita de las actas de conciliación; sin embargo, su buena fe no ha tenido valoración por parte de la Entidad quien le ha imputado el incumplimiento sin cumplir formalidades necesarias y al pretender demostrar que la obra no ha sido culminada en base a fotografías que no están debidamente acreditadas.

POSICIÓN DEL DEMANDADO

104. El Demandado señala que las afirmaciones del Consorcio carecen de todo asidero fáctico y normativo, pues la resolución efectuada por la Entidad tiene plena validez y eficacia ya que la Carta N° 070-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM fue emitida y notificada según las normas de contratación pública, en aplicación del principio de especialidad, resultando inaplicables los criterios de validez del acto administrativo contenidos en la LPAG para cuestionar la validez y/o eficacia de la referida Carta.
105. En ese sentido, Plan Copesco sostiene que la Carta N° 070-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM evidencia que se vio en la necesidad

de resolver el contrato debido a la comprobación de dos causales contenidas en el artículo 135 del Reglamento de la LCE: i) Incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a cargo del supervisor, pese a haber sido requerido para ello y ii) El supervisor llegó a cumplir el monto máximo de otras penalidades.

106. En cuanto a los incumplimientos pasibles de penalidad bajo el rubro de “otras penalidades” estas han sido identificadas en los siguientes términos:

- *No se presentaron Informes Mensuales correspondientes a los meses de enero a mayo de 2019, pese a haber sido requerido en múltiples comunicaciones.*

La Entidad sostiene que el Consorcio, en el periodo que comprende desde el 26 de diciembre de 2018 hasta el 24 de mayo de 2019 no cumplió con la presentación de Informes Mensuales, incumpliendo con ello lo establecido en el artículo 160 del Reglamento de LCE. Por tanto, para la Entidad resulta un contrasentido que el Demandante alegue que los trabajos realizados entre las fechas antes señaladas corresponden a la etapa de recepción y no de ejecución y que por ello no estaban en la

obligación de presentar Informes Mensuales cuando es un hecho demostrado que la obra se recepcionó el 24 de julio de 2019.

- *No haber informado de las penalidades a aplicar al contratista por atraso en la culminación de la obra y otras penalidades, pese a haber sido requerido por escrito.*

Sobre este punto, la Entidad señala que, con fecha de diciembre de 2018, en el asiento 375 y 376 del cuaderno de obra, el Ingeniero Residente anotó respectivamente:

"...Teniendo en cuenta que a la fecha se han culminado todos los trabajos de acuerdo al expediente técnico y teniendo en cuenta el artículo 178° Recepción de la Obra y Plazos, es que, en mi calidad de residente de obra, hago conocimiento la culminación de la obra y solicito se realicen los trámites correspondientes para la recepción de la Obra". [subrayado agregado].

"(...) habiéndose verificado la culminación de los trabajos esta supervisión estará solicitando la respectiva conformación del comité de recepción de obra en concordancia con los plazos establecidos en el artículo 178° del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado" [subrayado agregado].

Entonces, de acuerdo al procedimiento seguido por el Contratista y la Supervisión en su segunda solicitud de conformar el comité de recepción es que se demuestra que la primera solicitud que hizo de conformar el Comité de Recepción fue anticipada pues no se había culminado la obra en ese momento.

En ese sentido, la Entidad señala que con los documentos: 1) Oficio N°033-2019-MDC/A, 2) Oficio N° 034-2019-MDC/A de fecha 29 de enero de 2019, 3) Acta de Verificación Física del Proyecto, 4) Oficio N°00185-2019-CG/GRSM, de fecha 30 de enero de 2019, 5) Acta de Verificación de obra no concluida, de fecha 30 de enero de 2019, 6) Oficio N°00202-2019-CG/GRSM, de fecha 04 de febrero de 2019, 7) Memorándum N°695-2019-MINCETUR/SG, de fecha, 15 de abril de 2019, 8) Informe Técnico N°057-2019-OVC/PCN, emitidos tanto por la Entidad, la Municipalidad de Calzada, la Municipalidad Distrital de Moyobamba, la Contraloría General de la República, el Órgano de

Control Institucional del MINCETUR, se demuestran claramente que durante el período comprendido entre el 26 de diciembre de 2018 y el 24 de mayo de 2019 el contratista se encontraba realizando trabajos correspondiente a la ejecución contractual.

Con ello, la Entidad advierte que se puede demostrar fehacientemente que la obra fue culminada 159 días calendarios posteriores a la fecha de culminación contractual, periodo en el cual la supervisión no informó sobre la aplicación de penalidades al contratista.

- *No ha cumplido con realizar el levantamiento de observaciones del Informe Final del término de obra pese a haber sido requerido por escrito, habiendo vencido el plazo de respuesta el 2 de diciembre de 2019.*

En concordancia con lo anterior, la entidad señala a que fue el 24 de julio de 2019 la fecha de Recepción de la Obra, cuando el contratista presenta el Informe Final de Término de Obra mediante Carta N°039-CMB de fecha 13 de agosto de 2019.

Posteriormente, mediante Carta N°1634-2019-MINCETUR /DM/COPESCO-UO que adjunta el Informe Técnico N°188-2019-OVC/PCV, de fecha 27 de noviembre de 2019, la Entidad notifica al contratista las observaciones realizadas al Informe Final de Término de Obra, otorgando un plazo de 05 días calendario para la subsanación correspondiente.

El contratista mediante Carta N° 047-2019-CMB recepcionada por la Entidad el 02 de diciembre de 2019 no realiza el levantamiento de

observaciones pues mediante la Carta N° 1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO manifiesta:

9. En tal sentido, concluimos nuestra comunicación con lo siguiente:

- Que Consorcio Moyobamba ha cumplido con presentar el Informe de término de obra y Liquidación de Obra de acuerdo a lo previsto en la Cláusula quinta del Contrato N° 25-2018-MINCETUR/DM/COPESCO/UADM, documentos que han quedado consentidos, al no existir observaciones ni pronunciamiento de PLAN COPESCO.

Por lo que se evidencia que el contratista no cumplió con levantar las observaciones, ya que recién mediante la Carta N° 003-2020-CMB de fecha 28 de enero de 2020, la Supervisión hace mención a las observaciones formuladas al Informe Final del Término de Obra presentando un retraso de 57 días, por lo cual, corresponde la aplicación de penalidad.

- *Haber acumulado el monto máximo de aplicación de otras penalidades.*

La Entidad señala que las causales de resolución del Contrato fueron las siguientes: i) No descontar el 100% del monto sobrevalorado en el mes siguiente de ser detectado, ii) Presentar fuera de los plazos establecidos en la ley, el reglamento o en los términos de referencia y las bases, según corresponda, o en forma deficiente o incompleta.

En ese sentido, para el Demandado si se cumplió con el procedimiento dispuesto en la Ley y el Reglamento de la LCE, tal como consta en la Carta N°1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO, a través de la cual se requirió notarialmente el cumplimiento de obligaciones, no obstante, de acuerdo con lo regulado en el artículo 136 del Reglamento de LCE, al haber acumulado el monto máximo de penalidad no es necesario realizar el apercibimiento de contrato.

Respecto a la Carta N°1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO, la Entidad señala que fue remitida notarialmente y recepcionada por el

contratista el día 27 de noviembre de 2019, demostrándose que no es veraz lo que menciona el contratista:

Aunado a ello, el Demandando señala que no debe perderse de vista que la normativa exige requerimiento notarial bajo apercibimiento como paso previo, lo cual ha sido cumplido conforme consta de la Carta N° 4070- 2020-MINCETUR/ DM/COPESCO/UADM. Entonces, ante la falta de levantamiento de las observaciones, la Entidad resolvió el Contrato N° 25-2018 MINCETUR/DM/COPESCO/UADM, por las causales reguladas en el numeral 1) y 2) del artículo 135° del Reglamento.

107. Por tanto, el Demandado sostiene que la resolución se realizó válidamente y la pretensión debe declararse infundada.

108. Adicionalmente, el Demandado señala que en aplicación del artículo 224 del Código Civil, el Árbitro Único se encuentra habilitado para efectuar un

análisis de legalidad respecto de la otra causal de resolución de Contrato contenida en la Carta N° 070-2020-MINCETUR/DM/COPESCOUADM.

109. En tal sentido, el Demandado invoca al principio de conservación del acto administrativo por el cual, la nulidad de una o más disposiciones del acto jurídico no perjudican a las otras, siempre que sean separables.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

110. El presente punto controvertido gira en torno a la resolución del Contrato con fecha 31 de enero del 2020, realizada por la entidad por causas imputables al Demandante.

111. Las causales de resolución contractual indicadas por la entidad se resumen en:

- No se presentaron informes mensuales correspondientes a los meses de enero a mayo del 2019, pese a haber sido requerido en múltiples comunicaciones.
- No haber informado de las penalidades a aplicar al contratista por atraso en la culminación de la obra y otras penalidades, pese a haber sido requerido por escrito.
- No ha cumplido con realizar el levantamiento de observaciones del informe final de término de obra pese a haber sido requerido por escrito, habiendo vencido el plazo de respuesta el 2/12/2019.
- Haber acumulado el monto máximo de aplicación de otras penalidades (S/.82,713.56) por haber incurrido en hechos pasibles en los ítem 3,4,8 del cuadro de otras penalidades de la Cláusula Duodécima del Contrato.

112. Para que el Árbitro Único proceda a pronunciarse sobre la validez o no de la resolución contractual, se debe empezar por analizar si efectivamente la Entidad puso en conocimiento al Contratista sobre sus diversos

incumplimientos y si es que efectivamente el Contratista no cumplió con subsanar dichos incumplimientos.

113. Adicionalmente la Entidad agrega que mediante carta N° 1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO, se otorgó un plazo de 5 días para efectuar las subsanaciones de las observaciones al Informe Final de Término de Obra, las cuales no fueron subsanadas.
114. En resumen, la Entidad refiere al artículo 36 de la Ley de Contrataciones con el Estado y al artículo 135 del Reglamento para justificar la resolución contractual como consecuencia de i) incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales a su cargo a pesar de haber sido requerido para ello y por ii) haber llegado al máximo de penalidades por mora o monto máximo para otras penalidades en la ejecución de la prestación a su cargo.
115. Correspondrá analizar si efectivamente el Contratista superó el monto máximo de penalidades y con ello, se determinará si efectivamente corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia de la resolución contractual.
116. Conforme lo establece la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, previo a una resolución debe existir un requerimiento, a efectos de otorgar un plazo prudente a la parte incumpliente de subsanar la falta. En ese sentido, Plan Copesco comunica mediante Carta Notarial 1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO, de 27 de noviembre de 2019, otorgó a

Consorcio Moyobamba el plazo de 5 días para que subsane levantamiento de observaciones del informe final de término de obra:

De otro lado, en lo que respecta al Informe Final de Término de Obra presentado a Plan COPESCO Nacional, se hace de vuestro conocimiento que se han realizado observaciones a

www.plancopeconacional.gob.pe

Av. José Gálvez Barrenecheas N
San Isidro, Lima 27, Perú
Teléf. (01) 4119500

0902_20200131 CARTA N° 070 RESOLUCIÓN DE ... Alonso Ledoya 30/10/2020



PERÚ

Ministerio
de Comercio Exterior
y Turismo

Despacho
Ministerial

Plan Copesco Nacional

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad"

su contenido las cuales se detallan en el documento de la referencia c) debiendo ser
subsanadas en un plazo de cinco (05) días calendario de recepcionado el presente.

Alonso Ledoya 30/10/2020

117. Ahora bien, la resolución consiste en una acción destinada a hacer cesar los efectos de contratos afectados por vicios sobrevinientes al momento de celebración. Sin duda, la resolución del contrato es una figura que reviste extrema importancia para el Derecho, en la medida de que va a acarrear la pérdida de eficacia de la relación contractual.
118. En esa línea, el Derecho es absolutamente formalista cuando se trata de la resolución, tal como se puede apreciar del citado artículo 136 del Reglamento, razón por la cual la parte que desea resolver el contrato, deberá seguirlo al pie de la letra y, de no hacerlo, sin duda, el acto resolutorio será nulo.
119. El requerimiento a que se refiere la norma bajo análisis es una intimación que se hace por carta notarial, con la cual se invita a la contraparte a cumplir en un plazo determinado, y que debe contener, además, la advertencia de que, transcurrido inútilmente el término, el contrato se considerará resuelto sin más ni más. El efecto de esta declaración es que, de expirar el término, ante la falta de cumplimiento, el contrato se resuelve de pleno derecho.

120. Se exige carta notarial, a efectos de evitar la posibilidad de que se recurra a esta vía por carta simple o por otro medio que no ofrezca la certeza debida. Pues, resulta conveniente destacar en esta parte del análisis que el artículo 136 del Reglamento señala que la intimación debe contener necesariamente lo siguiente:

- (i) El requerimiento hecho por la parte fiel a la parte infiel para que satisfaga su prestación, precisando en qué consiste dicha prestación y conminándola para que la satisfaga.
- (ii) La fijación de un plazo que, que al ser este un Contrato de Supervisión, es de cinco (05) días.
- (iii) El apercibimiento de que, de no satisfacer la prestación en el plazo concedido, se procederá a resolver el contrato.

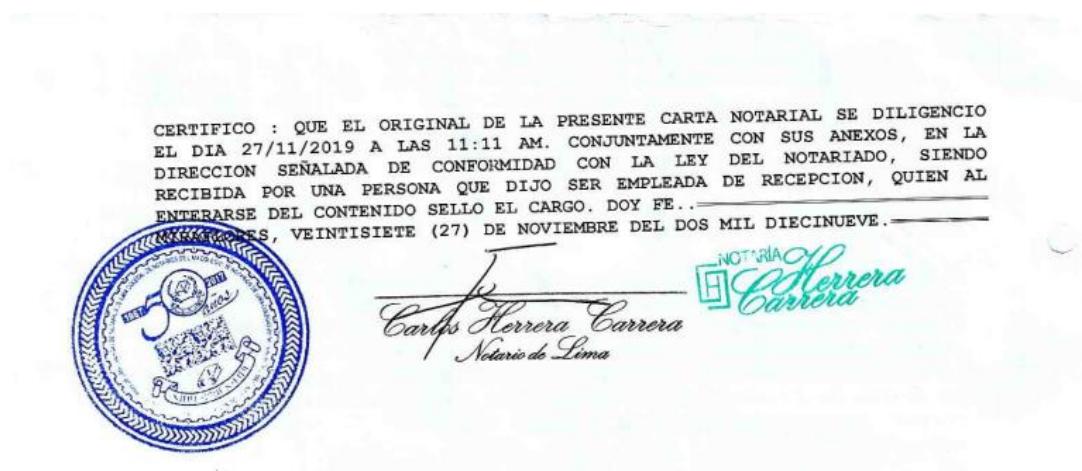
121. Así tenemos que la intimación, es un acto unilateral y receptivo, sujeto a requisitos de forma y de contenido. Adicionalmente, debemos subrayar el hecho de que el mecanismo resolutorio citado no pasa por la resolución inmediata del contrato, sino que a través de la carta notarial se debe requerir al deudor incumpliente para que ejecute su prestación y, de persistir dicho incumplimiento, se debe hacer efectivo el apercibimiento (es decir, se debe comunicar al incumpliente que se procede a resolver el contrato).

122. Dentro de este orden de ideas, mediante Carta 1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO, de fecha 27 de noviembre de 2019, la Entidad otorgó al Contratista un plazo de cinco (05) días «para satisfacer los requerimientos» indicados en la referida carta, de conformidad con lo establecido en los artículos 136 del Reglamento.

123. Es pertinente empezar éste análisis remitiéndonos primero a la formalidad del documento, esto es, si su notificación se realizó conforme lo señala la

normativa de contrataciones del Estado. Estando a ello, podemos apreciar que en el Anexo 9-B de la Contestación de Demanda, consta el cargo notarial de la Carta N° 1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO que acredita que dicha comunicación se envió por conducto notarial, entonces, uno de los requisitos de forma se encuentra cumplido.

124. Además, la misma Notaría ha señalado en el documento lo siguiente:



125. Como se puede apreciar de dicha Carta, la Entidad requiere al Demandante para que satisfaga sus obligaciones; a saber: la subsanación de las observaciones del Informe final de obra y que cumplan con los informes mensuales correspondientes a los meses de enero a mayo del 2019; sin embargo, de dicha comunicación no se puede apreciar el apercibimiento de resolver el Contrato ante el incumplimiento de obligaciones en el plazo concedido

126. No escapa al Árbitro Único que esta no fue la única comunicación de la Entidad de manera previa a la resolución del Contrato, se puede observar de los actuados en el expediente que si bien el contratista mediante Carta N°047-2019-CMB del 02 de diciembre de 2019 dio respuesta a la Carta N° 1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO, mediante Carta N° 1727-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO, la Entidad reitera que la solicitud del contratista de dar por consentida la liquidación del contrato, no cumple con

los plazos y procedimientos establecidos en la normativa de contrataciones, teniendo en consideración que la última prestación de servicio no tiene la conformidad respectiva.

127. Así, se tiene que mediante Carta N° N°1727-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO el contratista comunicó lo siguiente:

En dicha línea de acción, señalar que el documento de la referencia b) referida a la solicitud de dar por consentida la liquidación del contrato de Consultoría por el Servicio de Supervisión de Obra no cumple con los plazos y procedimiento establecido en el artículo 143.3º y 144º del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, teniendo en consideración que la última prestación del servicio no tiene la conformidad respectiva.

 Por los motivos expuestos, se reitera que vuestra solicitud presentada mediante el documento de la referencia b) es improcedente por haber incumplido con el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Finalmente, se precisa que el presente documento ha sido remitido con fecha 23.12.2019, al correo electrónico (peru@cps.es), de acuerdo a lo comunicado por vuestra representada mediante Carta N°006-2019-CMB para los fines consiguientes.

128. Entonces, como se puede observar, ni la Carta N° 1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO ni la Carta N° N°1727-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO contienen el apercibimiento de resolución o una alusión al artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
129. Siendo ello así, es pertinente citar el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala 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.” (Énfasis Agregado)

130. Como ya se ha señalado, el derecho es absolutamente formalista en cuanto a

resolución de contratos en materia de Contrataciones del Estado refiere, y por lo anterior, se ha demostrado que uno de los requisitos de forma no se ha cumplido, por lo que analizar el fondo no tendría mayor utilidad para el presente caso.

131. De acuerdo con lo anterior, en la presente pretensión el Demandante ha

solicitado la declaración de invalidez y/o ineficacia de la resolución contractual, en ese sentido, teniendo en cuenta que la resolución contractual es un acto jurídico destinado a extinguir la relación jurídica entre el Consorcio y la Entidad, se debe determinar la validez del mismo conforme a los requisitos señalados en el artículo 140 del Código Civil:

Artículo 140.- Noción de Acto Jurídico: elementos esenciales

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.

2. *Objeto física y jurídicamente posible.*
 3. *Fin lícito*
 4. *Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*
132. Según el mencionado artículo, la inobservancia de la forma prevista es un requisito de validez del acto jurídico, en este caso, al no contar con uno de los dos requisitos de forma exigidos para la validez de la resolución contractual, esta deviene en inválida, por lo que, la resolución efectuada mediante Carta Notarial N°070-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM carece de validez.
133. Ahora bien, el artículo 136 del Reglamento también señala un supuesto en el que no es necesaria la intimación, este se encuentra regulado en el cuarto párrafo que dice lo siguiente:
- “[...] *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.* [...]”
134. En ese sentido, corresponde realizar el análisis respecto a la Carta N° 070-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM y luego, si es que efectivamente se realizó la comunicación notarialmente, para luego efectuar el análisis de las penalidades en las cuales incurrió el Consorcio Moyobamba.
135. Respecto al cumplimiento de requisito de forma, conforme el Anexo 8-B presentado por la Entidad se puede observar que este efectivamente ha sido cumplido.

	PERÚ	Ministerio de Comercio Exterior y Turismo	Despacho Ministerial	Plan Copesco Nacional	RECIBIDO POR EL CONSORCIO
				"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres" "Año de la Universalización de la Salud"	
San Isidro, 31 ENE. 2020		CARTA NOTARIAL			Fecha: 31-01-2020
CARTA N° 070 -2020- MINCETUR/DM/COPESCO-UADM					Hora: 12:00
					Firma:

Señor:
LEYRE ABAIGAR PEDRAZA
 Representante Legal - CONSORCIO MOYOBAMBA
 Calle Bolognesi N° 125, Oficina N° 404
 Distrito de Miraflores - Lima.-

usabilidad sobre
documento
(1049)

Asunto : RESOLUCIÓN DE CONTRATO

Referencia : a) Contrato N° 25-2018-MINCETUR/DM/COPESCO/UADM
 b) Informe N° 034-2020-MINCETUR /DM/COPESCO-UO-WTG

NOTARIA
JORGE E. VELARDE SUÁREZ
CL. Juan del Carpio N° 249, 2do Piso - San Isidro
E-mail: serviciocliente@notariavelardeesusarez.com
Central Telefónica : 2212950
CARTA NOTARIAL N°: 075623-20
FECHA : 31 ENE 2020

136. Habiéndose determinado que el requisito de forma se cumplió, corresponde analizar el fondo de la resolución, únicamente respecto al supuesto de acumulación del monto máximo de penalidad por otras penalidades, debido a que la resolución por otras causales indicadas en la Carta N° 070-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM no ha cumplido la formalidad.
137. Como se ha podido observar en el análisis del Árbitro Único respecto del cuarto punto controvertido, se tiene que las penalidades referidas a los ítem 3, 4 y 8 de los supuestos de otras penalidades han sido debidamente aplicadas.
138. Ahora bien, respecto a si estas penalidades superaron el 10% del monto contractual, según el Informe N° 034-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG:

ITEM	OTRAS PENALIDADES	PENALIDAD A APLICAR	PERÍODO DE RETRASO	CANTIDAD DE DÍAS DE RETRASO	PENALIDAD
4	POR NO DESCONTAR EL 100% DEL MONTO SOBREVALORADO EN EL MES SIGUIENTE DE SER DETECTADO	2UIT Se aplica por cada día de atraso	06/02/2019 AL 24/05/2019	108	S/. 928,800.00

ITEM	OTRAS PENALIDADES	PENALIDAD A APLICAR	PERÍODO DE RETRASO	CANTIDAD DE DÍAS DE RETRASO	PENALIDAD
4	POR PRESENTAR FUERA DE LOS PLAZOS ESTABLECIDOS EN LA LEY, EL REGLAMENTO O EN LOS TERMINOS DE REFERENCIA Y LAS BASES, SEGÚN CORRESPONDA, QUE EN FORMA DEFICIENTE O INCOMPLETA LOS SIGUIENTES DOCUMENTOS: <ul style="list-style-type: none"> - El Calendario de Avance de Obra Actualizado a la fecha de inicio, en un plazo máximo de 07 días calendarios luego de haberlo recepcionado o encontrado conforme. - El Calendario Acelerado de Obra (en caso el contratista está por debajo del 80%), en un plazo máximo de 07 días calendarios luego de haberlo recepcionado y encontrado conforme. - La revisión y presentación de los expedientes de ampliaciones de plazo. - Informe de opinión sobre el adicional de obra. - Informe de diagnóstico y vigencia del expediente técnico. - Informe Mensual. - Informe Final de Término de Obra y/o Informe de Cierre de obra. 	1UIT Se aplica por cada día de atraso	06/02/2019 AL 24/05/2019	108	S/. 464,400.00

ITEM	OTRAS PENALIDADES	PENALIDAD A APLICAR	EVENTO NO COMUNICADO	CANTIDAD DE EVENTOS	PENALIDAD
8	Por no informar la aplicación de penalidades al contratista en los informes mensuales cuando corresponda.	0.50 UIT Se aplica por cada evento no comunicado	No comunico aplicación de penalidades en los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo del 2020.	5.00	S/. 10,750.00

139. En tanto el monto contractual ascendía a S/ 702, 508.98, se ha excedido largamente el 10% de penalidades⁷ por lo que, materialmente corresponde la resolución contractual.
140. Ahora bien, respecto a las alegaciones sobre la aplicatoriedad de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, por un lado, el Demandante ha señalado que la Carta Notarial N° 070-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM y el Informe técnico N° 034-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG bajo el cual se sustenta carece de requisitos de validez del acto administrativo contemplados en la LPAG, y por su parte, la Entidad ha señalado que no corresponde aplicarla al presente proceso en tanto son de aplicación únicamente las normas de contratación público. Para sostener su postura la Entidad ha citado el siguiente extracto de la Opinión N° 130- 2018/DTN:

⁷ Sea que se calcule con la UIT del año 2020 o del año 2019.

“Durante la etapa de ejecución contractual la relación jurídica se desarrolla entre los proveedores del Estado y la entidad pública contratante. Estos proveedores del Estado ya no son considerados como administrados, sino que existe entre ellos y la entidad contratante una relación contractual, que se rige ya no por las normas del Procedimiento Administrativo General, sino por lo dispuesto, en primer lugar, en el contrato, luego, en las bases y términos de referencia y finalmente en las normas de contrataciones del Estado. Los proveedores del Estado no tienen la calidad de administrados ante la entidad contratante, por lo que las normas sustantivas aplicables a la relación jurídica contractual que se ha generado no son las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General. (...).”

141. La conclusión de dicha Opinión era la siguiente:

Las disposiciones de la Ley N° 27444 y de su respectivo Texto Único Ordenado no son de aplicación supletoria a las disposiciones que regulan la ejecución de los contratos celebrados bajo el ámbito de la Ley y su Reglamento.

142. Al respecto, el Árbitro Único considera pertinente señalar un extracto de la Opinión N° 211-2017/DTN sobre la obligatoriedad de las Opiniones OSCE:

3.1 La anterior normativa de contrataciones del Estado -vigente hasta el 8 de enero de 2016- establecía, de forma expresa, que las opiniones emitidas por el OSCE tenían carácter vinculante mientras no fueran modificadas por otra opinión posterior -debidamente sustentada- o norma legal.

No resulta necesario que la normativa de contrataciones del Estado -vigente desde el 9 de enero de 2016- establezca de forma expresa 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. (Énfasis agregado)

143. Siendo ello así, la Opinión emitida por la Dirección Técnico Normativo del OSCE que sustenta la postura de la Entidad es emitida el 23 de agosto de 2018, mientras que la Opinión N° 065-2019/DTN del 24 de abril del 2019 señala lo siguiente:

Cabe precisar que la aplicación supletoria de normas de derecho público o de derecho privado a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado presupone realizar un análisis comparativo para determinar si estas normas resultan compatibles o no.

[...]

Las disposiciones que regulan la ejecución contractual tanto en la Ley como en el Reglamento prevalecen sobre las otras normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. (Énfasis agregado)

144. Esto es, si bien en un principio la Opinión citada por la Entidad excluía toda posibilidad de que la LPAG sea de aplicación supletoria a las disposiciones que regulan la ejecución de contratos con el Estado, se puede advertir que, en una Opinión posterior es la misma Dirección Técnico Normativa del OSCE la que cambia el sentido de su razonamiento señalando que sí son de aplicación supletoria las normas de Derecho Público, esto es, la LPAG.
145. Por lo anterior, para el presente caso, sí se considera aplicable la LPAG, pues no hay discrepancia o incompatibilidad, en tanto – adentrándonos en los argumentos de las partes – debe tenerse presente que los actos administrativos en particular deben contar con los requisitos de validez previstos en la normativa general, lo cual no implica de ninguna manera incompatibilidad con la Ley o el Reglamento de Contrataciones del Estado.
146. Siendo ello así, corresponde analizar los requisitos que no se habrían cumplido conforme a las alegaciones de la parte Demandante:
147. La Demandante señala que no se habrían cumplido con los requisitos de debida motivación y procedimiento regular, regulados en el artículo 3 de la LPAG.
148. En tanto ha quedado demostrado que el Contrato no se resolvió por la causal de incumplimiento del Consorcio, corresponde analizar los argumentos de la Demandante sobre la invalidez de la resolución por acumulación de penalidad máxima.

149. Sobre el procedimiento regular, el Consorcio señala que el Informe no ha sido motivado por el propio conocimiento o verificación del Coordinador de Obra, dado que en la página 5 del Informe N° 34, se cita el Informe Técnico N° 188-2019, elaborado por el Gerente de Proyectos, y en base al mismo se identifican las supuestas obligaciones contractuales que no habrían sido cumplidas por el Demandante.
150. Es así que, según el Demandante, los incumplimientos señalados son determinados sobre la base de otro Informe, y no sobre una visita, análisis o acción de control del propio Coordinador, durante los períodos de ejecución de obra en los que se habrían generado tales incumplimientos; en el numeral 3.6, se determina las otras penalidades en las que habría incurrido el Consorcio, indicando la comisión de los supuestos considerados en los numerales 3, 4 y 8 de la cláusula duodécima del Contrato.
151. Al respecto, el Informe Técnico N° 188-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG si bien es enviado por el Ing. Orlando Villanueva, Gerente de Proyectos, es firmado por el Coordinador de Obras y el Coordinador General de Obras y en tanto a ello, se entiende elaborado por éstos. Si en el Informe Técnico N° 034-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG se hace referencia al primer Informe citado, entonces no habría mayor controversia pues es pertinente diferenciar la persona que envía el Informe de la persona que lo realiza, en este caso, en tanto se encuentra la firma del Coordinador de Obra, no se aprecia vulneración al debido procedimiento.
152. Sobre la motivación, el Demandante señala que no se cumple en el presente caso puesto que en el Informe Técnico N° 034-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UO-WTG, la Entidad no cumple con la motivación establecida en el sentido que el sustento del mismo no se origina en el desempeño de las propias actividades del Coordinador de Obra, sino un análisis ya realizado por otro profesional, no considerándose además los diversos pronunciamientos efectuados por el Demandante.

153. Al respecto, en tanto el Informe ha sido suscrito por el Coordinador de Obra se entiende que ha sido elaborado por éste y sobre los diversos pronunciamientos de los cuales la Entidad no se ha pronunciado, se tiene a manera de ilustración el siguiente cuadro elaborado por el Demandante:

CARTA DE LA ENTIDAD	CARTA DEL CONSORCIO
Carta N° 307-2019- MINCETUR/DM/COPESCO-UO (19.02.2019)	Se respondió mediante Carta N° 013-2019-CMB ² (22.02.2019)
Carta N° 355-2019- MINCETUR/DM/COPESCO-UO (27.02.2019)	Se respondió mediante Carta N° 014-2019-CMB ³ (05.03.2019)
Carta N° 403-2019- MINCETUR/DM/COPESCO-UO (08.03.2019)	Se respondió mediante Carta N° 014-2019-CMB ⁴ (11.03.2019)
Carta N° 520-2019- MINCETUR/DM/COPESCO-UO (27.03.2019)	Se respondió mediante Carta N° 022-2019-CMB ⁵ (01.04.2019)
Carta N° 1634-2019- MINCETUR/DM/COPESCO-UO (27.11.2019)	Se respondió mediante Carta N° 047-2019-CMB ⁶ (28.11.2019)

154. De una revisión exhaustiva de los documentos que obran en el expediente, se puede observar que, en la cadena de comunicaciones, el Demandante mantiene la postura de que las partidas contractuales culminaron el día 26 de diciembre de 2018, mientras la Entidad requiere el cumplimiento de obligaciones, de hecho, se puede notar que la Entidad realiza un apercibimiento de resolución e incluso, se otorga un plazo a solicitud del Demandante para el cumplimiento de obligaciones, en calidad de Supervisor.
155. Entonces, si bien no se hace referencia expresa a las comunicaciones señaladas en el cuadro anterior, el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado no refiere que se deba desarrollar en la Carta

Notarial de resolución las comunicaciones efectuadas por las partes, si no que establece la siguiente formalidad:

“Artículo 136.- Procedimiento de resolución de Contrato

[...]

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.”

156. En tanto la formalidad de motivación establecida por el propio Reglamento se ha cumplido, no puede hablarse de deficiencia en la misma.
157. Entonces, bajo el análisis de la Ley de Procedimiento Administrativo General, se han cumplido los requisitos de motivación y debido procedimiento de la resolución efectuada por Carta N° 070-2020-MINCETUR/DM/COPESCO-UADM en lo que refiere a resolución por acumulación máxima de penalidades.
158. Por lo anterior, corresponde declarar INFUNDADA la presente pretensión, en tanto no se ha podido determinar bajo los argumentos del Demandante que la resolución realizada por la Entidad adolezca de invalidez o ineficacia⁸.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde, o no, declarar la aprobación del informe final de supervisión presentado por el Consorcio, así como determinar si corresponde o no que se reconozca y ordene el pago respectivo de S/ 15, 000, incluido IGV, correspondiente a dicha prestación, más intereses hasta la fecha efectiva de pago.

⁸ El punto controvertido en estricto señala:

“Determinar si corresponde, o no, declarar la invalidez y/o ineficacia de la resolución del contrato realizada por COPESCO por causa imputable al Consorcio.”

Se entiende como causa imputable a la acumulación máxima de penalidades.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE

159. El Demandante señala que el 24 de julio de 2019 se realizó la recepción de obra y en virtud de ello se presentó el Informe Final de obra mediante Carta N° 039-2019-CMB; no obstante, mediante Carta N° 1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO que fue notificada después de tres meses del Informe Final, la Entidad remitió el Informe Técnico N° 188-2019-OVC/PCN, a través del cual se pronunció sobre el Informe Final de obra, efectuando una serie de observaciones, que el Demandante contesta en los siguientes términos:

- *No se habría adjuntado una serie de cartas emitidas por la ENTIDAD y la supuesta falta de pronunciamiento sobre los requerimientos de cumplimiento de obligaciones contractuales efectuadas por la ENTIDAD.*

Para el Demandante la observación es un sinsentido dado que la Entidad solicita cartas que esta misma ha emitido, además, no es un requisito presentar dicha documentación según el Anexo V de los Términos de Referencia.

Además, según los principios de eficacia y eficiencia, se debe priorizar el fin público sobre las formalidades no esenciales, como es el caso, pues la observación carece de sustento técnico y legal.

- *No se habría incluido pronunciamiento que permita identificar los responsables para aplicar las sanciones que correspondan frente a la supuesta ejecución de partidas contractuales, luego de la fecha de culminación de obra.*

El Demandante señala que conforme consta en el asiento 376 del cuaderno de obra, la culminación de esta fue el día 26 de diciembre de 2018 y se solicitó la conformación del Comité de Recepción dado que las partidas contractuales estaban debidamente ejecutadas, no obstante,

durante el periodo que la Entidad se tomó para formar al referido Comité, la obra sufrió daños producidos por terceros.

En ese sentido, la Entidad señala haber sido diligente en tanto solicitó al contratista ejecutor que mediante asiento 379 deje constancia que ante cualquier contingencia o defecto que pueda presentarse será de responsabilidad del contratista ejecutor hasta la recepción final de la misma.

Sobre los daños efectuados a la obra, el Demandante señala que los mismos fueron comunicados por el contratista ejecutor mediante asientos del cuaderno de obra N° 381, 383, 385, 386 y 388 los cuales fueron debidamente absueltos por el Consorcio mediante asientos del cuaderno de obra N° 382, 384, 387 389; siendo que mediante este último asiento, el Consorcio efectuó un procedimiento de revisión de la obra a fin de constatar lo señalado por el contratista ejecutor, para finalmente emitir el Acta de Observación remitida mediante Carta N° 001-2019-ING.G.A.S.V./JS-CM, mediante la cual se advierte que las partidas contractuales que ya habían sido culminadas se han visto afectadas; por lo que, la supervisión procedió a señalar los trabajos necesarios para reparar los mismos.

Luego, mediante asientos 391 y 393 del cuaderno de obra, el residente de obra comunicó la ejecución de trabajos señalados por la supervisión, frente a ello, mediante asiento 394 del cuaderno de obra se emitió opinión favorable a los trabajos que el contratista ejecutor venía ejecutando dado que brindaban la operatividad y el correcto servicio a los turistas y personas que visitaban el centro turístico, quienes a pesar de encontrarse la obra en etapa de recepción, seguían asistiendo, asimismo, en el referido asiento, el Demandante dejó constancia que los trabajos que se venían efectuando eran bajo el costo total del contratista ejecutor, pues este tenía la obligación de mantener la integridad de la obra hasta la recepción final, y no de la Entidad, puesto que a pesar de haberse producido por terceros y hechos fortuitos, el contratista

ejecutor tenía la obligación de mantener la integridad de la obra hasta la recepción final de la misma.

Posteriormente, mediante asiento del cuaderno de obra N° 395 y 396 se dejó constancia de la presencia del Comité de Recepción, no obstante, a la fecha de apersonamiento del mismo, el contratista ejecutor aún venia ejecutando los trabajos en virtud a las observaciones efectuadas por la supervisión frente a los daños ocasionados por terceros; sin embargo, a pesar de haberse dejado constancia de tal hecho, el comité señaló mediante Acta de obra no concluida que las partidas contractuales no se habían culminado el 26 de diciembre de 2018, lo cual no resultaría acorde a la realidad según sostiene el Demandante.

Lo señalado encontraría respaldo en un reporte de lluvias de la región San Martín emitido por INDECI y en el cuaderno de obra, asimismo, el Consorcio señala que en todo momento dejó constancia que la asunción de los referidos costos no se daba por parte de la ENTIDAD; por lo que, el periodo de subsanación no es susceptible de imponer penalidades en tanto los hechos dañosos fueron provocados por terceros. En tal sentido, parta el Consorcio, la presente observación carece de sustento factico legal.

Finalmente, el Demandante señala que los daños a la obra fueron oportunamente comunicados a la Entidad, mediante las cartas N° 013-2019-CMB, N° 014-2019-CMB, N° 014-2019-CMB, N° 022-2019-CMB y N° 047-2019-CMB.

- *El CONSORCIO no habría remitido informe respecto a la documentación mediante la cual se habría verificado el término de la obra y solicitó conformación del comité de recepción según el procedimiento y los plazos establecidos en el Reglamento de la LCE, teniendo en consideración que los miembros del comité de recepción*

verificaron que el contratista ejecutor se encontraba ejecutando partidas contractuales del expediente técnico.

Respecto a este punto, el Demandante señala que mediante Carta N° 135-2019-CMB de fecha 31 de diciembre de 2018 se remitió el Informe de Término de Obra y solicitud de conformación del Comité de Recepción dado la culminación de la obra en fecha 26 de diciembre de 2018 y la Carta N° 136-2019-CMB de fecha 02 de enero de 2019 mediante la cual se adjunta documentación complementaria referente al Informe del Término de Obra. Luego, habiéndose efectuado la recepción de obra el 24 de agosto de 2019, mediante Carta N° 039-2019-CMB se remitió el Informe Final de Término de Obra dentro del plazo cincuenta (50) días estipulado en el Contrato de Supervisión y las Bases Integradas.

Entonces, el Consorcio sostiene que si cumplió con su obligación de remitir dichos documentos y por tanto no son causal para efectuar observaciones al haberse remitido estos a la Entidad oportunamente y estar en su poder; y, no ser un requisito contemplado en el Anexo V de los TDR en el cual se establece el contenido del Informe Final.

- *No se habría informado respecto a las actividades realizadas por la supervisión de obra durante el periodo del 27 de diciembre de 2018 al 30 de mayo de 2019.*

El Demandante sostiene que estos Informes son presentados únicamente en la etapa de ejecución contractual, ya que los requisitos contemplados en los TDR para dichos efectos, son acordes y solo corresponden a la referida etapa; en el presente caso, la ejecución de la obra había culminado y por tanto los trabajos posteriores no correspondían a culminar partidas contractuales, sino que eran trabajos

señalado por la supervisión para subsanar los daños; por lo que no correspondía la presentación de informes al haberse culminado la obra.

- *No se informó respecto a la ausencia del residente de obra durante la ejecución de las partidas pendientes por concluir y la falta de cálculo de la penalidad aplicable al contratista ejecutor de obra.*

Para el Demandante no corresponde la aplicación de penalidades pues se encontraba en un periodo de recepción, además, es por dicha razón que la Entidad no recomendó la aplicación de las mismas en el informe final de término de obra. En ese sentido, el Consorcio manifiesta que lo señalado fue debidamente comunicado a la ENTIDAD mediante Carta N° 047-2019-CMB.

- *La improcedencia de la presentación de la liquidación del contrato de supervisión.*

El demandante señala que este punto lo desarrollara en una pretensión posterior.

- *Aplicación de penalidad por la supuesta ausencia de la supervisión los días 20, 21 y 22 de febrero; 20, 21 y 22 de marzo; 08, 09 y 10 de abril del año 2019.*

El demandante señala que este punto lo desarrollara en una pretensión posterior.

160. Entonces, para el Demandante, se tiene que las observaciones efectuadas por la Entidad no se encuentran dentro de los requisitos obligatorios que debe contener el Informe Final, asimismo, contravienen el principio de eficacia y eficiencia contemplado en la LCE que sirve de parámetro para las actuaciones

de las Entidades y porque, además, estas no corresponden al periodo de ejecución contractual sino al periodo de recepción de obra.

POSICIÓN DEL DEMANDADO

161. Respecto a este punto, el Demandado señala que, de acuerdo a los Términos de Referencia, el Informe final debe presentarse en un plazo de veinte días calendario, contados desde el día siguiente de haberse recepcionado la obra, hecho que ocurrió el 24 de julio de 2019. Por tanto, el plazo para su presentación venció el 13 de agosto de 2019, lo cual fue cumplido por el Consorcio mediante Carta N° 039-2019-CMB.
162. De manera posterior, a través de la Carta N° 1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO la Entidad formuló observaciones a ambos entregables y otorgó un plazo de 05 días; sin embargo, a través de la Carta N° 047-2019-CMB, el Consorcio manifestó su posición respecto a las observaciones efectuadas al Informe Final, no levantando ninguna de las observaciones antes referidas y señalando haber sido observada de manera extemporánea por lo que dicha conducta implicaría un reconocimiento tácito.
163. Ante ello, Plan Copesco advierte que la norma requiere que la Entidad se manifieste expresamente no contemplando la posibilidad de una “conformación tácita”. Así lo regula también el artículo 142 del Código Civil que señala que el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyan ese significado, lo cual no es el caso.
164. Asimismo, en el numeral 2.6 de las Bases Integradas, se establece que, para la procedencia del pago, es necesario que la Entidad cuente con el Informe del funcionario responsable de la Unidad de Ejecución de Obras emitiendo la conformidad de la prestación efectuada. Adicionalmente, la cláusula quinta del contrato establece que la última prestación del Supervisor corresponde a la presentación del Informe Final del Término de Obra, esto se condice con lo afirmado por el Supervisor que reconoce que el Informe Final es una

prestación y en consecuencia no se puede asegurar que haya operado una confirmación tacita.

165. Además, el Demandando señala que es una conducta procesal temeraria el hecho de cuestionar la recepción de la Carta N° 1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO, alegando no contar ellos con la certificación notarial de entrega, desconociendo además su propio sello de recepción, el mismo que no fue mostrado en las presentaciones utilizadas durante la Audiencia Única.
166. Siendo ello así, el Demandado advierte que las observaciones al Informe Final fueron notificadas válidamente al Consorcio, lo que contractualmente se entiende como una “denegación de la conformidad”, el plazo que esta tuvo para llevar cualquier controversia a conciliación vencía en 30 días hábiles conforme al numeral 2 del artículo 45 de la LCE; sin embargo, la Entidad recién fue notificada el día 20 de enero de 2019 para una audiencia de conciliación sobre la conformidad del Informe Final del Término de Obra, lo cual implica que el Consorcio no activo oportunamente el mecanismo de solución de controversias y ha operado la caducidad de la pretensión, la cual debe ser declarada por el Árbitro Único.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

167. De acuerdo con lo acreditado por los medios probatorios, se tiene que la fecha de recepción de obra se dio el día 24 de julio de 2019, estando a ello, mediante Carta N°039-2019-CMB de fecha 13 de agosto de 2019, el Demandante presenta el Informe Final de Término de Obra dentro del plazo establecido en los Términos de Referencia.
168. De manera posterior, el 27 de noviembre de 2019 la Entidad notifica la Carta N°1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO mediante la cual otorga un plazo de 5 días al Demandante para que subsane las observaciones efectuadas en el Informe Técnico N°188-2019-OVC/PCV.

169. Como se puede observar, la Entidad efectuó observaciones al Informe Final luego de 106 días de haberlo recibido, al respecto, el Contrato y el artículo 143 del Reglamento de la Ley de Contrataciones señala lo siguiente:

CLÁUSULA NOVENA: CONFORMIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

La conformidad de la prestación del servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 143 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. La conformidad será otorgada por la Unidad de Ejecución de Obras.

De existir observaciones, LA ENTIDAD debe comunicar las mismas a EL CONTRATISTA, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) días, dependiendo de la complejidad. Si pese al plazo otorgado, EL CONTRATISTA no cumpliese a cabalidad con la subsanación, LA ENTIDAD puede resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar.

Este procedimiento no resulta aplicable cuando la consultoría manifiestamente no cumpla con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso LA ENTIDAD no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas.

Artículo 143.- Recepción y conformidad

La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, la conformidad puede consignarse en dicho documento. La conformidad se emite en un plazo máximo de diez (10) días de producida la recepción, salvo en el caso de consultorías, donde la conformidad se emite en un plazo máximo de veinte (20) días. De existir observaciones, la Entidad debe comunicarlas al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días, dependiendo de la complejidad. Tratándose de consultorías el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) días. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar.

170. A pesar de la demora de la Entidad en la emisión de observaciones del Informe Final, el Reglamento no señala la aprobación automática ante la falta de pronunciamiento y, como se sabe, al silencio de una parte no puede atribuirse ningún significado, salvo que la ley o el pacto le determinen alguno, lo que no ocurre en este caso. En ese sentido, corresponde realizar un análisis de las observaciones efectuadas al Informe Final:
- a) No se habría adjuntado una serie de cartas emitidas por la ENTIDAD y la supuesta falta de pronunciamiento sobre los requerimientos de cumplimiento de obligaciones contractuales efectuadas por la Entidad.
 - b) No se habría incluido pronunciamiento que permita identificar los responsables para aplicar las sanciones que correspondan frente a la supuesta ejecución de partidas contractuales, luego de la fecha de culminación de obra
 - c) El Consorcio no habría remitido informe respecto a la documentación mediante la cual se habría verificado el término de la obra y solicitó conformación del comité de recepción según el procedimiento y los plazos establecidos en el RLCE, teniendo en consideración que los miembros del comité de recepción verificaron que el contratista ejecutor se encontraba ejecutando partidas contractuales del expediente técnico.
 - d) No se habría informado respecto a las actividades realizadas por la supervisión de obra durante el periodo del 27 de diciembre de 2018 al 30 de mayo de 2019.
 - e) No se informó respecto a la ausencia del residente de obra durante la ejecución de las partidas pendientes por concluir y la falta de cálculo de la penalidad aplicable al contratista ejecutor de obra.
 - f) La improcedencia de la presentación de la liquidación del contrato de supervisión.

- g) Aplicación de penalidad por la supuesta ausencia de la supervisión los días 20, 21 y 22 de febrero; 20, 21 y 22 de marzo; 08, 09 y 10 de abril del año 2019.
171. No hace falta realizar un análisis de fondo para determinar que, en tanto se entiende que formal y materialmente la obra culminó el día 24 de julio de 2019, muchas de las observaciones efectuadas tienen fundamento en los hechos y, en tanto las observaciones no han sido levantadas – según lo afirmado por ambas partes – corresponde declarar INFUNDADA la presente pretensión.
172. Sin perjuicio de ello, sobre la excepción de caducidad alegada por las partes, en tanto la parte Demandante ha reconocido que ha transcurrido el tiempo de caducidad y ésta ha sido alegada por el demandado, debe advertirse que no es controvertido que la pretensión ha caducado.
173. Sin embargo, la parte Demandante señala que en tanto la Entidad no planteó la excepción dentro del plazo previsto, ha operado la renuncia a su derecho a objetar y en relación a dicho extremo es pertinente mencionar que la caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte⁹, incluso, si la parte no la advierte, debe ser declarada de oficio:
- “De este modo, cuando se presenta una demanda con la finalidad de tutelar un derecho ya caduco, más precisamente una relación jurídica ya inexistente, el juez tiene el deber de declarar la caducidad de oficio, en cualquier etapa del proceso, dado que se habría constituido una relación jurídico procesal inválida, pues el derecho sustancial que se busca tutelar ya se encuentra extinto, ya no existe.”* [Énfasis agregado]
174. Es así que, sobre esta pretensión, también se advierte que el derecho ha **CADUCADO**.

⁹ Artículo 2006 del Código Civil.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde, o no, aprobar la liquidación del contrato presentada por el Consorcio, y determinar si corresponde, o no, que se reconozca y ordene el pago a su favor por la suma de S/ 94.078.25 (Noventa y cuatro mil setenta y ocho con 25/100 soles), incluido IGV, más los respectivos intereses hasta la fecha efectiva de pago.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE

175. Conforme a lo antes señalado, el Demandante sostiene que el Informe Final de obra presentado mediante Carta N° 039-2019-CMB, fue presentado dentro del plazo establecido en el Contrato de Obra y las Bases Integradas y que, dado que las observaciones carecen de validez al no tener sustento técnico y jurídico, resulta válido y por ello, la conformidad debió ser otorgada el 02 de octubre de 2019; sin embargo, es el 25 de noviembre de 2019 cuando la Entidad realiza las observaciones contestadas anteriormente.
176. Según el artículo 144 del Reglamento de la LCE, las liquidaciones por servicios de supervisión deben ser presentados en el plazo de quince días tras el otorgamiento de la conformidad el cual debió otorgarse en fecha 2 de octubre de 2019. En la misma normativa se establece un plazo de treinta días a fin de que la Entidad se pronuncie, de lo contrario la liquidación se tendrá por aprobada, en este caso, la entidad tenía hasta el 17 de noviembre de 2019 para pronunciarse y es el 25 de noviembre de 2019 recién cuando la Entidad se pronuncia con la Carta N° 1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UE, en tal sentido, según la normativa y diversas opiniones OSCE, se tiene que la liquidación quedó automáticamente aprobada.
177. En concordancia con lo anterior, el Demandante sostiene que el consentimiento de la liquidación ya sea de obra o de supervisión, genera la validez de la misma y la obligación de pago a cargo de la parte que no cumplió, en este caso, la Entidad se encuentra obligada a pagar la liquidación al no haberse pronunciado en el plazo legal establecido. El Demandante advierte

que lo contrario implicaría imputar al Consorcio las consecuencias del actuar negligente de la Entidad

POSICIÓN DEL DEMANDADO

178. En concordancia con lo anterior, el Demandado señala que, de acuerdo con los Términos de Referencia de la contratación, la liquidación del Contrato de Supervisión se presenta en un plazo máximo de cincuenta días contabilizados al día siguiente de recepcionada la obra, dicho plazo venció el 12 de setiembre de 2019; sin embargo, el Consorcio lo presentó el 19 de setiembre de 2019 a través de la Carta N° 044-2019-CMB.
179. Asimismo, el demandado menciona el artículo 144 del Reglamento de la LCE que otorga al contratista el plazo de 15 días para presentar la liquidación del contrato de consultoría de obra; sin embargo, también aclara respecto a este artículo que el Supervisor presenta a la Entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra "dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación o de haberse consentido la resolución del contrato". Para la Entidad, esta disposición nuevamente ratifica el hecho de que para la conformidad de la última prestación debe haber una manifestación expresa, puesto que no contiene ninguna fórmula legal bajo la cual se indique "que se haya consentido la última prestación".
180. En ese sentido, el Demandado sostiene que la presentación de la Liquidación del Contrato de Supervisión de Obra elaborada por el Consorcio es improcedente en tanto se presentó sin contar con la conformidad al Informe Final del Término de Obra y sin respetar los plazos establecidos en la normativa, esto es, el Consorcio presentó de manera anticipada su Liquidación de Contrato.
181. Así también, el Demandado señala que el propio Consorcio ha reconocido en la audiencia que la liquidación se presentó de forma automática basándose en un simple cálculo sobre calendario, sin contar con la conformidad previa que la Entidad tenía que otorgar al Informe Final. Sin perjuicio de ello, el Demandado sostiene que, efectivamente, al no haberse otorgado la

conformidad al mencionado Informe Final, el Consorcio no se encontraba habilitado para presentar la Liquidación Final de Contrato, lo que evidencia un incumplimiento al procedimiento señalado en el artículo 144 del Reglamento de la LCE.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

182. En primer lugar, es pertinente tener en consideración lo señalado por la Opinión N° 192-2015/DTN respecto a la liquidación en el servicio de consultoría:

*Al respecto, considerando que la liquidación de obra es un proceso de cálculo técnico, cuando la Entidad no cuente con personal idóneo para revisar la liquidación presentada por el contratista, o elaborarla si este no la presentó, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, puede prever la participación del supervisor en la liquidación de la obra **como una prestación más (atípica) del contrato de supervisión** – prestación que debería estar prevista en los términos de referencia del servicio de supervisión de obra–, siempre que dicha inclusión no genere que el monto total del contrato supere el*

límite indicado para el costo de la supervisión establecido en el primer párrafo del artículo 191 del Reglamento.

183. El Contrato suscrito entre las partes además señala sobre la liquidación:

CLÁUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN

El plazo de ejecución del servicio es de ciento ochenta (180) días calendarios, el cual corresponde al plazo de Informe de diagnóstico y vigencia del expediente técnico, trabajos de Supervisión en campo; Informe Final de Término de Obra o Cierre de Obra y Liquidación de Obra que inicia desde la Recepción de Obra.

Su última prestación corresponde a la presentación del informe final de término de obra o de cierre que incluye la liquidación de obra, el cual deberá ser presentado en un plazo máximo de 50 días después de la recepción de obra.

184. Asimismo, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado contempla lo siguiente:

“Artículo 144.- Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra

1. El contratista presenta a la Entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra, dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación o de haberse consentido la resolución del contrato. La Entidad debe pronunciarse respecto de dicha liquidación y notificar su pronunciamiento dentro de los treinta (30) días siguientes de recibida; de no hacerlo, se tiene por aprobada la liquidación presentada por el contratista.

[...]"

185. Conforme a los hechos, la ultima prestación en el tiempo¹⁰ es el Informe final de Obra o en este caso Informe final de Consultoría de Obra. Si bien el Consorcio Moyobamba entendía que se había aprobado por silencio positivo, de los considerandos de la pretensión anterior se advierte que el silencio positivo no puede operar en tanto no existe pacto o una disposición legal expresa en el Reglamento.

186. En ese sentido, no corresponde aprobar la liquidación del Contrato en tanto no se otorgó la conformidad de la última prestación. Es decir, dado que al momento de presentar la liquidación del Contrato de Obra aún no se contaba

¹⁰ Diferente a la última prestación del Contrato, pues la última prestación del Contrato incluye la liquidación de obra.

con la conformidad del Informe Final, no se cumple con lo señalado por el Reglamento por lo que corresponde declarar INFUNDADA la presente pretensión.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde, o no, condenar a la Entidad, a asumir las costas y costos que deriven el presente proceso.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE

187. El Demandante señala que, en virtud a lo desarrollado en la demanda arbitral, queda demostrado que la obra culmino efectivamente el 26 de diciembre de 2018, por lo que corresponde señalar que los trabajos posteriores se efectuaron en la etapa de recepción de obra y que fueron ocasionados por daños de terceros, por lo que, la supervisión cumplió a cabalidad sus obligaciones contractuales, entregando el Informe Final de termino de obra y la liquidación del contrato de obra dentro del plazo contractual establecido.
188. En ese sentido, conforme al inciso 1 del artículo 73 del Decreto Legislativo 1071 que regula que, a falta de acuerdo de las partes, la asunción de costos será de la parte perdedora y que la facultad de distribuir los costos es del Tribunal Arbitral, el Consorcio sostiene que conforme a lo señalado anteriormente no tendría lugar un prorrato equitativo, toda vez que el Consorcio no incurrió en penalidades ni incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

POSICIÓN DEL DEMANDADO

189. El Demandado señala que, en virtud a que ha demostrado que las pretensiones del Consorcio carecen de sustento factico y legal, la carga del pago de gastos arbitrales le debe ser impuesta en aplicación del artículo 73,

inciso 1, del Decreto Legislativo 1071 que establece, entre otros, que los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida.

190. En ese sentido, el Demandado sostiene que el Árbitro Único debe resolver en justicia imponiendo la carga del 100% de costos del proceso al Consorcio.
191. Adicionalmente, Plan Copesco propone que se tenga en consideración la conducta procesal del Consorcio quien en más de una oportunidad ha incumplido los mandatos arbitrales relacionados con manifestar disponibilidad para llevar adelante la Audiencia Única; o no absolver el traslado de la oposición a la exhibición de medios probatorios solicitados por ellos mismos, y de la cual se han desistido a última hora; o pretender se ampare una pretensión que ha caducado, sorprendiendo al Árbitro Único; o pretender maquillar cinco meses de demora del contratista ejecutor de la obra como “la extensión en el tiempo de la recepción de la obra”.
192. Asimismo, Plan Copesco solicita que se considere también que durante la Audiencia Única se ha puesto en tela de juicio la veracidad y presentación de las fotografías tomadas los días 29 y 30 de enero de 2019 por el Comité de Recepción de Obra, que obran en el expediente desde el escrito de contestación a la demanda, así como la afirmación de desconocer la recepción de la Carta N° 1634-2019-MINCETUR/DM/COPESCO-UO remitida por vía notarial.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

193. Al formular sus pretensiones, ambas partes solicitan que la contra parte asuma los costos arbitrales.
194. Siguiendo lo establecido en el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral o Árbitro Único debe tener en cuenta el acuerdo de las partes, a

efectos de imputar la asunción de los gastos arbitrales. De no existir tal acuerdo, el Tribunal o Árbitro decide.

“El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorrinar estos costos entre las partes, si estima que el prorrinar es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.”

195. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley de Arbitraje, los costos incluyen, pero no se limitan a los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y el secretario arbitral, los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral; los gastos incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje y los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
196. En esa línea el Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos en su artículo 97 indica que *“Las partes asumirán el pago de los gastos por la administración del arbitraje y los honorarios profesionales de los árbitros en proporciones iguales. El pago de ambos conceptos será realizado directamente al Centro”*.
197. Por otro lado, el convenio arbitral contenido en la cláusula décimo séptima del Contrato N° 25-2018-MINCETUR/DM/COPESCO/UADM, no ha previsto nada relacionado a los costos del arbitraje, por lo que corresponde al Árbitro Único pronunciarse sobre cuál de las partes debe pagar los costos del arbitraje o en qué proporción deben repartirse entre ellas.
198. En el presente arbitraje hay en puridad una parte vencedora; sin embargo, durante el proceso no se ha advertido mala fe o conductas dilatorias de la parte demandante, además, a criterio del Árbitro Único, el Consorcio ha actuado de acuerdo a lo que consideraba su derecho y, en tanto a ello ha reclamado lo que consideraba justo.
199. Por lo anterior, el Árbitro Único estima razonable que:

- (i) Cada parte asuma en partes iguales el monto de los honorarios del Árbitro Único y del Centro.
- (ii) Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.

10. LAUDO:

De conformidad a lo expuesto y las disposiciones pertinentes de la Ley de Arbitraje, el Árbitro Único, dentro del plazo correspondiente, en Derecho, Lauda:

- PRIMERO.-** Declarar **INFUNDADO** el cuarto punto controvertido en tanto las penalidades se encuentran debidamente impuestas por las razones antes señaladas.
- SEGUNDO.-** Declarar **INFUNDADO** el primer punto controvertido dado que no corresponde declarar invalidez o ineficacia de la resolución de Contrato realizada por Plan Copesco.
- TERCERO.-** Declarar **INFUNDADO** el segundo punto controvertido. Además, también se advierte la **CADUCIDAD** del derecho bajo el que se ampara.
- CUARTO.-** Declarar **INFUNDADO** el tercer punto controvertido en tanto no corresponde aprobar la liquidación del Contrato presentada por el Consorcio.
- QUINTO.-** **ORDENAR** que cada parte asuma los costos del Centro de Arbitraje y honorarios del Árbitro Único en partes iguales.
- Cada parte asumirá gastos de representación en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar con motivo del presente arbitraje.



Alonso Bedoya Denegri

Árbitro Único