

Arbitraje seguido entre

LUIS ENRIQUE PHILCO OCHOA
(en adelante el Demandante o Sr. Philco)

y

PLAN COPESCO NACIONAL
(en adelante el Demandado, la Entidad o Plan Copesco)

LAUDO
Expediente N°S-53-2011

Árbitro Único
Dra. Katty Mendoza Murgado

Representante del demandante Representante del demandado

Sr. Luis E. Philco Ochoa

Dra. Antonia Julia Arnillas D´Arrigo

Resolución N° 6

En Lima, a los 15 días del mes de octubre de 2012, el Tribunal Unipersonal, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos sometidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el laudo siguiente:

I. CLÁUSULA ARBITRAL

1. La Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Consultoría (en adelante, el Contrato), de fecha 3 de enero de 2011, estableció que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del Contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo a su Reglamento.
2. Al respecto, en el convenio arbitral contenido en la cláusula décimo sexta del Contrato se dispone que:

“CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: ARBITRAJE

Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo a su Reglamento.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 215° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.



El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa". (énfasis agregado)

II. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL UNIPERSONAL

3. Siendo que las partes no arribaron a un acuerdo respecto de la designación del Árbitro Único encargado de resolver la presente controversia, mediante Resolución N° 353-2010-OSCE/PRE de fecha 9 de julio de 2010, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado designó como Árbitro Único encargado de resolver la presente controversia a la doctora Katty Mendoza Murgado.
4. A través de la carta s/n de fecha 11 de enero de 2012, la doctora Katty Mendoza Murgado aceptó el cargo de Árbitro Único, manifestando no tener impedimento alguno para ello.

III. DE LA DEMANDA ARBITRAL DEL SR. LUIS E. PHILCO OCHOA

3.1. DE LAS PRETENSIONES

5. Con fecha 11 de abril de 2011, el señor Philco interpuso ante la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de Contrataciones – OSCE su demanda arbitral cuyo petitorio contenía las siguientes pretensiones:
 - a. **Pretensión Principal:** La nulidad e ineficacia de la Resolución Directoral N° 66-2011-MINCETUR/COPESCO-DE del 25 de marzo de 2011 mediante la cual se resolvió el contrato de prestación de servicios para la elaboración del estudio de preinversión a nivel de perfil de proyecto "Mejoramiento y Acondicionamiento Turístico de la Laguna Huacachina".
 - b. **Pretensión accesoria principal:** Se notifique nuevamente las observaciones realizadas por la Entidad al Informe N° 2 presentado por la demandante.

c. Pretensión accesoria alternativa: Se fije como monto indemnizatorio el monto de S/. 62,800.00

3.2. DE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO DE LA DEMANDA

6. Con fecha 3 de enero de 2011 suscribió el Contrato de Consultoría con la demandada con la finalidad de prestarle servicios de consultoría para la elaboración del estudio a nivel perfil del proyecto “Mejoramiento y Acondicionamiento Turístico de la Laguna Huacachina”.
7. De acuerdo a los Términos de Referencia o TdR se estableció que: “El Consultor deberá hacer entrega de Tres (3) Informes durante el desarrollo de la consultoría”, por lo que con fecha 5 de enero de 2011 cumplió con presentar el primer informe consistente en el Plan de Trabajo para la elaboración del estudio de preinversión.
8. Con fecha 11 de enero de 2011 la Entidad, mediante Informe N° 15-2011-MINCETUR-COPESCO/FAT, formuló observaciones al Primer Informe otorgándonos el plazo de tres días para su absolución. Ante ello, mediante carta de fecha 13 de enero de 2011 cumplimos con levantar las observaciones formuladas, sin embargo, mediante Informe N° 34-2011-MINCETUR-COPESCO/FAT de fecha 25 de enero de 2011, la Entidad vuelve a formular observaciones al Primer Informe y al levantamiento de observaciones remitido mediante carta de fecha 13 de enero de 2011.
9. Con fecha 27 de enero de 2011 cumplimos con levantar las observaciones formuladas, por lo que mediante Informe N° 52-2011-MINCETUR-COPESCO/FAT de fecha 31 de enero de 2011 la Entidad otorgó la conformidad a las observaciones formuladas al Primer Informe, siendo que mediante Carta N° 35-2011-MINCETUR-COPESCO/UE otorgó la conformidad al Primer Informe.

10. Mediante carta de fecha 2 de febrero de 2011 presentamos el primer avance del perfil denominado "Mejoramiento y Acondicionamiento Turístico de Huacachina". Ante ello mediante Carta N° 42-2011-MINCETUR-COPESCO/UE de fecha 9 de febrero de 2011, la Entidad mediante los Informes N° 059 y 061-MINCETUR-COPESCO/FAT formuló observaciones al Segundo Informe otorgándonos el plazo de cinco (5) días para levantar dichas observaciones.
11. Mediante Carta N° 048-2011-MINCETUR-COPESCO/UE, la Entidad señala que han transcurrido once (11) días calendario sin que cumplamos con levantar las observaciones formuladas.
12. Con fecha 23 de febrero de 2011 cumplimos con levantar las observaciones, sin embargo, con fecha 8 de marzo de 2011 el mismo fue nuevamente observado por la Entidad mediante Informe N° 047-2011-MINCETUR-COPESCO/UE, otorgándonos un plazo de cinco (5) días a efectos de cumplir con la absolución.
13. Mediante Carta N° 003-2011-MINCETUR/COPESCO-DE la Entidad nos comunica el incumplimiento de nuestras obligaciones al subsistir las observaciones no levantadas, ante ello nos requiere que en el plazo de cinco días cumplamos con levantar las observaciones al Segundo Informe bajo apercibimiento de resolver el contrato y sin perjuicio de aplicar las penalidades.
14. Con fecha 16 de marzo de 2011, cumplimos con levantar íntegramente las observaciones al segundo informe, sin embargo, mediante Resolución Directoral N° 66-2011-MINCETUR/COPESCO de fecha 25 de marzo de 2011, la Entidad decide resolver el contrato de prestación de consultoría por supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales.



Del levantamiento de observaciones al Segundo Informe

15. Mediante Informe N° 059-2011-MINCETUR/COPESCO-FAT la Entidad expresa que el Segundo Informe no es conforme y señalan que se debe “establecer la metodología de análisis de la infraestructura existente que fundamente un programa arquitectónico que se convierta en la base para desarrollar las alternativas de solución a nivel de proyecto”, donde no otorgan plazo alguno, mientras que el Informe N° 061-2011-MINCETUR/COPESCO-FAT, la Entidad sostiene que el Segundo Informe debe ser reformulado otorgándoles el plazo de cinco (5) días para tal efecto.
16. A pesar de que mediante carta de fecha 13 de febrero, afirman cumplieron con levantar las observaciones formuladas mediante Informe N° 047-2011-MINCETUR/COPESCO-UE, la Entidad sostuvo que las observaciones aún persistían por lo que mediante Carta N° 003-2011-MINCETUR-COPESCO/DE les otorgaba un plazo de cinco días a fin de que cumplan con levantar las observaciones, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
17. Ante ello, mediante carta de fecha 16 de marzo de 2011, señalan absolvieron las aclaraciones y precisiones solicitadas por la Entidad. Asimismo, afirman que las observaciones realizadas al Segundo Informe eran ajenas a lo exigido en los Términos de Referencia, pues dichas observaciones correspondían al tercer informe, ello, pues para el Segundo Informe los Términos de Referencia exigían: **“1. ASPECTOS GENERALES:** (Participación de entidades involucradas y beneficiarios, ubicación geográfica) y **2. IDENTIFICACIÓN** (Diagnóstico de situación actual, árbol de causas, árbol de medios y fines, alternativas de solución y diseño preliminar del proyecto arquitectónico de las alternativas propuestas), lo cual señalan ha sido cumplido.
18. Mediante Resolución Directoral N° 66-2011-MINCETUR-COPESCO/DE de fecha 25 de marzo de 2011 la Entidad resuelve el contrato de prestación de servicios por incumplimiento de obligaciones contractuales al no haber levantado las observaciones formuladas al Segundo Informe.

Respecto a los daños generados por la resolución contractual

19. Los daños ocasionados por la resolución unilateral de la Entidad, pues al no haberles dado conformidad al segundo informe no se les ha permitido recibir el monto restante del Contrato. Asimismo, por los gastos propios del presente proceso arbitral y los daños morales generados en contra de su imagen.

Nulidad de notificaciones de las observaciones

20. Las notificaciones efectuadas por la Entidad devienen en nulas toda vez que no fueron efectuadas mediante correo electrónico tal y como lo dispone la cláusula décimo séptima del Contrato.

21. En esta situación sustentan la demora de dos días en el levantar las observaciones, además del hecho de que las observaciones formuladas correspondían al tercer informe.

22. Asimismo, alega que la Entidad no ha cumplido con lo establecido en el segundo párrafo de la séptima cláusula del Contrato, pues no se le ha otorgado el tiempo prudencial necesario para levantar las observaciones que requerían la documentación de terceros, como documentación municipal y registral.

23. Por ello, señala que el atraso de dos (2) días es uno justificado y con ausencia de culpa, pues no se les notificó legalmente y se les impuso el plazo breve para levantar las observaciones sin respetar que el Contrato establecía un plazo mayor cuando se tratase de observaciones más complejas.

IV. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA DE LA ENTIDAD

4.1. RESPECTO A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

24. Alega que la Entidad que cumplió con el procedimiento y las formalidades requeridas para efectuar la resolución del Contrato.



25. Asimismo, señala que es el propio demandante quien, en la página 11 de su demanda, ha aceptado una demora en el levantamiento de las observaciones, tal y como lo demuestra con el presente cuadro:

Tiempos de entrega del segundo informe por parte del Consultor		
Productos	Programado	Efectuado
2do Informe	02.02.11	02.02.11
1ra. Subsanción al 2do. Informe	14.02.11	23.02.11
2da. Subsanción al 2do. Informe	14.03.11	16.03.11

26. Señala que las observaciones nunca fueron levantadas en su integridad, pues incluso el 16 de marzo que hizo entrega del levantamiento de observaciones no adjunto la documentación requerida lo cual fue dejado constancia de manera manuscrita, ello pues faltaba:

- a. Anexar las entrevistas, encuestas y anexo que sustentaran el desarrollo de los puntos: i) la no existencia de actividades potenciales; ii) la situación físico legal; iii) preguntas de las encuestas referidas a: qué le gustaría mejorar de la visita a Huacachina, qué infraestructura adicional le gustaría contar, si el turista regresaría a Huacachina, disponibilidad de pagar del turista de mejorarse las condiciones en Huacachina, si recomendaría visitar Huacachina; iv) la promoción y circuitos turísticos y v) la gestión turística.
- b. Se mantenían las observaciones referidas al árbol de problemas donde las causas directas presentadas no expresaban debidamente causalidad con el problema suscrito.
- c. Reformular el planteamiento de alternativas considerando i) lo desarrollado en el diagnóstico y ii) que no sean alternativas técnicas.
- d. No se había desarrollado los aspectos de limpieza pública, manejo de residuos sólidos, comunicación y servicios básico (agua, alcantarillado, energía eléctrica, planta de tratamiento de agua y relleno sanitario)
- e. La observación número 5 no había sido considerada en el levantamiento de observaciones dado que el Consultor cambió por el desarrollo de aspectos socioeconómicos de la provincia de Ica.

- f. En el diagnóstico de la infraestructura turística se requiere colocar planos de ubicación y fotos que demuestren el estado actual de la misma.
- g. Las observaciones referidas al anteproyecto arquitectónico preliminar de Huacachina se mantienen dado que no se determina la idea rectora fundamentada en el diagnóstico de la situación actual que contemple la problemática integral.

Respecto a la supuesta nulidad de las observaciones efectuadas por el Consultor

27. Al respecto, señala que el demandante no actúa de buena fe al afirmar que no fue válidamente notificado, pues si bien no se enviaron a su correo electrónico las observaciones, lo que se pretende es desconocer las notificaciones que se dieron en el primer informe que le fueron notificadas a su domicilio legal, inclusive dándole conformidad a sus servicios, lo cual sirvió para el pago de S/. 5,200.00, lo cual no fue objetado.

28. Asimismo, teniendo en consideración lo dispuesto por el artículo 142 del Reglamento señala que en el anexo 01 "Declaración Jurada de Datos del Postor" de la Propuesta Técnica, el demandante consignó como domicilio legal Calle Morro Solar N° 172, Urbanización Chacarilla, Surco, Lima, domicilio a donde se le ha hecho llegar todas las notificaciones y prueba que en dichos casos ha sido válidamente notificado es que el demandante ha podido responder todas las comunicaciones, tal y como lo demuestran sus cartas de fecha 13 y 25 de enero, 2 y 23 de febrero y 16 de marzo de 2011.

Respecto a las observaciones efectuadas por la Entidad y el cumplimiento de éstas

29. Señala que para el desarrollo del segundo informe, el demandante debía ceñirse a los requerimientos mínimos establecidos en el Anexo SNIP 5A: Contenidos mínimos de perfil para declarar la viabilidad de un PIP comprendiendo los capítulos 2 y 3, correspondientes a Aspectos Generales e identificación, asimismo, debía ceñirse a lo establecido en los Términos de

Referencia referidos a los puntos 7- Actividades a realizar (literales c, d, e, g, h, i, j, k, l, n, o, q) 8 – Productos de la Consultoría – Segundo Informe y 12: Forma de presentación de los documentos.

30. Para tal efecto, la Entidad demandada detalla cada una de las observaciones realizadas, las que afirma corresponden a los criterios técnicos exigidos para el segundo informe y no para el tercer informe como alega la demandante.

Respecto a la demora en la entrega del levantamiento de observaciones

31. Al respecto, señala que el único documento requerido y que dependía de terceros fue la ficha registral del terreno donde se desarrollaba el proyecto y fue requerido puesto que en su segundo informe señaló que en el punto situación actual “el terreno se encuentra saneado” sin desarrollar absolutamente nada más ni adjuntar documentación alguna, por lo que se le solicitó sustente lo afirmado, sin perjuicio de que el Consultor nunca inició trámite alguno ante dichas entidades para obtener dichos documentos pues nunca presentó documento alguno que acredite que solicitó dichos documentos y que por motivos ajenos a él, le fueron denegados.

32. Asimismo, sustenta que en el anexo 3 de la demanda arbitral ha presentado recién unas fichas registrales que claramente evidencian fueron obtenidas de la Municipalidad Provincial de Ica y no de la Oficina Registral pues aparece en ella un sello de la fedataria de dicha Municipalidad con fecha pasada del 8 de mayo de 2007

Respecto a la supuesta ilegalidad, nulidad e ineficacia de la Resolución Directoral N° 66-2011-MINCETUR/COPESCO-DE

33. Afirma que la Resolución Directoral N° 66-2011-MINCETUR/COPESCO-DE fue debidamente notificada y fue emitida y firmada por funcionario competente, de conformidad con el artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444.

Respecto a los daños generados por la resolución del contrato

34. El demandante no ha probado el supuesto daño ocasionado, pues la Entidad ha actuado en ejercicio legal de su derecho procediendo a resolver el Contrato por el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales por parte del demandante.

V. DE LA AUDIENCIA DE INSTALACIÓN, DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

35. Con fecha 26 de abril de 2012 se realizó la Audiencia de Instalación, Determinación de Puntos Controvertidos y Actuación de Medios Probatorios con la participación de ambas partes, diligencia en la cual además de realizar el saneamiento procesal y probatorio, se determinaron los siguientes puntos controvertidos:

- i. Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia de la Resolución Directoral N° 66-2011-MINCETUR/COPESCO-DE, de fecha 25 de marzo de 2011, mediante la cual se resuelve el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes, sobre el estudio de pre – inversión a nivel de perfil del proyecto: “Mejoramiento y Acondicionamiento Turístico de la Laguna de Huacachina”.
- ii. Determinar si corresponde notificar las observaciones realizadas por la entidad al Informe N° 02 presentado por el demandante.
- iii. Determinar si corresponde alternativamente a la solicitud principal, fijar como monto indemnizatorio total de S/. 60 800.00.

36. Finalmente, se le otorgó a ambas partes el plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que cumplan con presentar sus alegatos.



VI. DE LA AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

37. Con fecha 17 de mayo de 2012 se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación de ambas partes, diligencia en la cual se les concedió el uso de la palabra tanto al demandante como a los representantes de la Entidad, a fin de que sustenten su posición respecto a las controversias planteadas.

VII. DEL PLAZO PARA LAUDAR

38. Mediante Resolución N° 4 de fecha 17 de agosto de 2012, notificada a ambas partes con fecha 21 de agosto de 2012, se fijó el plazo para laudar en 20 días hábiles computados a partir de la notificación con dicha resolución, por lo que el primer plazo para laudar vencía el 19 de setiembre de 2012. Ante ello, mediante Resolución N° 5 de fecha 13 de setiembre de 2012 se prorrogó el plazo para laudar en quince (15) días hábiles adicionales, el cual debía ser computado a partir del día siguiente de la fecha de vencimiento del plazo fijado en la Resolución N° 4, por lo que el plazo para laudar vence el 15 de octubre de 2012.

VIII. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

A. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia de la Resolución Directoral N° 66-2011-MINCETUR/COPESCO-DE, de fecha 25 de marzo de 2011, mediante la cual se resuelve el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes, sobre el estudio de pre - inversión a nivel de perfil del proyecto: "Mejoramiento y Acondicionamiento Turístico de la Laguna de Huacachina".

Posiciones de las partes

39. La demandante pretende se declare la nulidad e ineficacia de la Resolución Directoral N° 66-2011-MINCETUR/COPESCO-DE de fecha 25 de marzo de 2011 a través de la cual se resolvió el Contrato de Prestación de Servicios para el Estudio de Pre-Inversión a nivel de perfil de proyecto Mejoramiento y Acondicionamiento Turístico de la Laguna de Huacachina, por considerar que la Entidad no podía optar por la resolución del contrato pues no se cumplió con las formalidades y procedimiento de resolución de contrato.

40. Esta posición la sustenta en el hecho que los incumplimientos contractuales alegados respecto a la falta de cumplimiento de las observaciones formuladas por la Entidad no son tales, pues dicha observaciones al Segundo Informe eran ajenas a lo exigido en los Términos de Referencia, ya que correspondían al tercer informe, por lo que la decisión de resolver el contrato por el supuesto incumplimiento en el levantamiento de observaciones no se ha dado, pues no existía obligación del demandante de levantar observaciones ajenas a lo establecido entre las partes.
41. Asimismo, sustenta su posición en el hecho que de conformidad con la Cláusula Décimo Séptima del Contrato, las notificaciones debían ser efectuadas mediante correo electrónico. Finalmente, sostiene que el atraso de dos (2) días en la presentación del levantamiento de las observaciones no es uno injustificado, pues no se les notificó legalmente y se les impuso el plazo breve para levantar las observaciones sin respetar que el Contrato establecía un plazo mayor cuando se tratase de observaciones más complejas.
42. Por su parte la Entidad sostiene que cumplió con el procedimiento y las formalidades requeridas para efectuar la resolución del Contrato y se sustenta en el hecho que durante la ejecución del contrato, existió una demora en el levantamiento de las observaciones, que se ciñeron a los requerimientos mínimos exigidos para el Segundo Informe, y que inclusive las observaciones nunca fueron levantadas en su integridad, pues incluso el 16 de marzo que hizo entrega del levantamiento de observaciones no adjunto la documentación requerida lo cual fue dejado constancia de manera manuscrita en su cargo de presentación. Respecto a la nulidad de las notificaciones, sostiene que el demandante no actúa de buena fe al afirmar que no fue válidamente notificado, pues si bien no se enviaron a su correo electrónico las observaciones. Respecto a este punto señala que de conformidad con el artículo 142 del Reglamento en el anexo 01 "Declaración Jurada de Datos del Postor" de la Propuesta Técnica, el demandante consignó como domicilio legal



Calle Morro Solar N° 172, Urbanización Chacarilla, Surco, Lima, domicilio a donde se le ha hecho llegar todas las notificaciones.

43. Respecto a la demora en la entrega del levantamiento niega que el mismo se pueda sustentar en que se trataban de documentos que dependían de terceros, pues el mismo se requería debido a la posición asumida por la demandante y fue obtenida de la Municipalidad Provincial de Ica y no de la Oficina Registral pues aparece en ella un sello de la fedataria de dicha Municipalidad con fecha pasada del 8 de mayo de 2007.
44. Finalmente, respecto a la Resolución Directoral N° 66-2011-MINCETUR/COPESCO-DE sostiene que fue debidamente notificada y fue emitida y firmada por funcionario competente, de conformidad con el artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444.

Razonamiento del Tribunal Unipersonal

45. Conforme a lo alegado y probado por ambas partes, el Árbitro Único puede advertir que la decisión de la Entidad para resolver el Contrato suscrito con el demandante se basa fundamentalmente en el hecho de que éste último no habría cumplido, al entender de la demandada, con entregar el levantamiento de la totalidad de las observaciones realizadas al Segundo Informe.
46. Ello se desprende del tenor de la Carta N° 003-2011-MINCETUR/COPESCO-DE remitida por la Entidad al demandante, en la que señala textualmente:
- “Al respecto se le comunica que luego de la revisión realizada a éste último documento, **aún persisten una serie de observaciones cuyo detalle se encuentran en el Informe N° 047-2011-MINCETUR/COPESCO-UE (...).***
- Por lo antes mencionado, **sirva la presente para notificarle el incumplimiento injustificada de sus obligaciones contractuales y a su vez requerirlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Supremo N° 184-2009-EF, **a fin de que cumpla con entregar el*****

levantamiento de la totalidad de las observaciones realizadas al Segundo Informe, a conformidad del Plan COPESCO Nacional, en un plazo máximo de 05 días calendario de recepcionada la presente, bajo apercibimiento de resolver el contrato y sin perjuicio de aplicar las penalidades correspondientes, señaladas en el artículo 165° del citado Reglamento". (énfasis nuestro)

47. En ese sentido, se tiene en consideración que de conformidad a lo acordado en la Cláusula Décimo Segunda del Contrato "cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con el artículo 44° de la Ley y los artículos 167° y 168° de su Reglamento; de darse el caso, **"LA ENTIDAD"** procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado".

48. A fin de determinar el contenido de la Cláusula Décimo Segunda del Contrato, el Árbitro Único toma en cuenta lo establecido en la Ley¹ para el caso de resolución de contratos suscrito en el marco de las adquisiciones de bienes y servicios por parte del Estado. En la misma línea, el Árbitro Único aplica -en tanto sea congruente con las normas de rango legal- el Reglamento que es particularmente relevante en cuando a la resolución del contrato² que

1. Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

"Artículo 44.- Resolución de los contratos

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados." (énfasis agregado)

² Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

"Artículo 167.- Resolución de Contrato

*Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato **por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.***

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto." (énfasis agregado)

constituyen el marco de Derecho Público aplicable a la solución de la presente controversia, las causales para proceder a ello³ y al procedimiento previsto para que dicha resolución tenga lugar⁴.

49. Para ello, se tiene que dejar establecido que la resolución del contrato (*del latín resolutio*⁵) es la institución por la cual se deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración, lo cual impide que cumpla su finalidad económica, tal y como lo dispone el artículo 1371° del Código

³ **“Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento**

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que el contratista:

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

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169°.

4 “Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

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, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento”.

⁵ Significa deshacer, destruir, desatar, disolver, extinguir un contrato.

Civil⁶. **La causal sobreviniente** puede deberse a un hecho ajeno a la voluntad de las partes y por tanto no imputable a ninguna de ellas (caso fortuito o fuerza mayor), o a un hecho dependiente de la voluntad de una de ellas y en tal medida le es imputable.

50. La resolución no supone un acto arbitrario ni caprichoso, antes bien, debe estar establecida con toda claridad y precisión en el contrato o puede deberse al incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales.

51. Siendo así, el Árbitro Único debe verificar si, en el presente caso, estamos frente a un contrato válido o inválido y si la causal que ha originado que la Entidad declare la resolución del Contrato ha sido una causal sobreviniente a su celebración o, por el contrario, se encontraba presente en el momento de su celebración.

52. De las pruebas aportadas tenemos para el presente caso que, el Contrato materia de controversia fue suscrito es un contrato válido, en la medida que ha sido suscrito de conformidad con la normativa aplicable y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 140° del Código Civil.

53. En ese sentido, tenemos que la Entidad suscribió el Contrato de Consultoría el 3 de enero de 2011, es decir, la causal aducida en relación a la falta de entrega de la totalidad del levantamiento de observaciones aducidas por la Entidad se produjo con fecha posterior, pues se dio durante la ejecución del contrato en sí.

54. Así las cosas, queda verificar si la causal aducida por la Entidad para resolver el contrato materia de controversia es una causal con asidero contractual y

⁶ **“Artículo 1371°.- Resolución contractual**

La resolución *deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración*”. (énfasis agregado)

legal, es decir, si las observaciones que señala la Entidad no fueron levantadas en su totalidad por la demandante, se trataban de obligaciones contractuales a las que se encontraba sujeta la demandante y si cumplió o no, de tratarse de obligaciones contractuales, con levantar en su totalidad dichas observaciones el consultor.

55. Para ello, este Árbitro Único advierte que de conformidad con los Términos de Referencia, la entrega del Segundo Informe obligaba al señor Philco a entregar lo siguiente:

a. **ASPECTOS GENERALES**

- i. Participación de las entidades involucradas y beneficiarios.
- ii. Ubicación Geográfica.

b. **IDENTIFICACIÓN**

- i. Diagnóstico de la situación actual
- ii. Árbol de causas
- iii. Árbol de medios y fines
- iv. Alternativas de solución
- v. **Diseño preliminar del anteproyecto arquitectónico de las alternativas propuestas.**

56. Asimismo, siendo que la demandante considera que las observaciones realizadas por la Entidad se refieren al Tercer Informe, este Árbitro Único considera pertinente tener en cuenta en qué consistía este Tercer Informe, que según los Términos de Referencia, implicaba presentar lo siguiente:

a. **FORMULACIÓN Y EVALUACIÓN**

- i. Demanda actual y proyectada
- ii. Oferta actual optimizada y proyectada
- iii. Balance oferta demanda
- iv. **Planteamiento técnico de las alternativas (conteniendo el diseño preliminar de los anteproyectos arquitectónicos de cada alternativa)**
- v. Planteamiento Técnico de las Alternativas

- vi. **Anteproyecto Arquitectónico de la alternativa seleccionada**
 - vii. Costos de la Alternativas presentadas
 - viii. Beneficios Sociales por cada alternativa
 - ix. Evaluación Social
 - x. Cronograma de ejecución física y financiera
 - xi. Análisis de Sostenibilidad
 - xii. Impacto Ambiental
- b. **FORMATO SNIP N°03**

Entrega completa del Proyecto de Inversión Pública a nivel de Perfil con todos sus contenidos

Entregar el Formato SNIP 03 adjuntando los anexos respectivos (Aspectos Generales, identificación, Formulación, Evaluación y documentos sustentatorios) de cada ítem desarrollado en dos ejemplares (un original y una copia) con su respectivo CD antes de ser evaluado por OPI.

Luego de que el proyecto haya sido aprobado por la OPI: Entregar un Ejemplar (original).

57. Finalmente, a efectos de verificar la procedencia de las observaciones formuladas y el levantamiento de las mismas realizadas por el demandante, este Árbitro Único tendrá en consideración lo dispuesto en el numeral 7 de los Términos de Referencia, según corresponda y tenga relación con el Segundo Informe.

58. Ahora corresponde verificar cuáles fueron las observaciones formuladas por la Entidad, para ello realizaremos el análisis de su procedencia, como causal de resolución, en el orden en el que las ha planteado la Entidad en su escrito de contestación de demanda, para lo cual podemos verificar lo siguiente:

RESPECTO A LAS OBSERVACIONES AL ESTUDIO DE PREINVERSIÓN:

- a. **OBSERVACIÓN N° 1:** *El Estudio debe considerar en la matriz de involucrados a las Entidades como: PROMPERU o I-Perú, SERNANP,*

Policía de Turismo, Dirección de Medio Ambiente e Infraestructura del Gobierno Regional de Ica, entidades involucradas en el Proyecto, asimismo, se debe definir sus compromisos, intereses y grado de importancia en el proyecto, a fin de conocer los actores que se encuentran en contra del proyecto y de esta manera plantear estrategias a fin de minimizar riesgos.

Respecto a la Observación N° 1

Al respecto se advierte que según el numeral 8 – Productos de Consultoría de los Términos de Referencia se exigía que en el Segundo Informe se establezca la participación de las entidades involucradas y beneficiarios. Asimismo, el ítem d del numeral 7 de los TdR exigía *“identificar las instituciones a cuya potestad están los bienes a intervenir, de forma tal, que se obtenga de los mismos los acuerdos respectivos para la ejecución del proyecto, gestionando comunicaciones y/o documentación que evidencien la aceptación de las intervenciones propuestas.*

Siendo así la observación planteada era una obligación a la cual se contrajo el demandante según los TdR, por lo cual el no levantamiento por parte del demandante de la misma sí generaría un incumplimiento contractual. Asimismo, se verifica que esta observación se encontraba contenida en el apartado Conclusiones y Recomendaciones del Informe N° 61-2011-MINCETUR/COPESCO-FAT a través del cual la Entidad realizó observaciones al Segundo Informe.

Sin embargo, este Árbitro Único advierte que lo exigido por la Entidad sí fue cumplido por el demandante pues de las páginas 4 a la 8 de su informe de subsanación de observaciones presentado mediante carta de fecha 16 de marzo de 2011 se verifica el levantamiento de esta observación, pues además de mencionar las entidades involucradas precisa sus compromisos, intereses y grado de importancia en el proyecto. Finalmente, en el Anexo 1 adjunta una lista de asistentes al

Taller de Involucrados que permite verificar las coordinaciones sostenidas con las entidades involucradas.

- b. **OBSERVACIÓN N° 2:** *El Estudio debe desarrollar los antecedentes que motivaron la intervención en el proyecto “Mejoramiento y Acondicionamiento Turístico de la Laguna de Huacachina”, es decir, se debe desarrollar: i) cual es la situación actual de los proyectos mencionados; ii) qué componentes abordaron; iii) el por qué no se llevó a cabo la ejecución de los mismos, iv) cómo ello deriva en la solución de priorizar el presente proyecto; vii) cuáles fueron las reuniones de coordinación que se llevaron a cabo en ese entonces entre las autoridades del Gobierno Regional de Ica, Municipalidad de Ica, entes gestores, operadores, la Dirección de Cultura, entre otros.*

Respecto a la Observación N° 2

Al respecto este Árbitro Único, revisado el ítem h del numeral 7 de los TdR verifica que sí era obligación del demandante levantar la observación antes citada, sin embargo también advierte de las páginas 9 y 10 del informe de subsanación de observaciones presentado por éste mediante carta de fecha 16 de marzo de 2011 que sí cumplió con levantamiento correspondiente de la observación, pues cumplió con presentar un resumen de los principales antecedentes del proyecto, concluyendo que “no existe duplicidad con el proyecto “Mejoramiento y Acondicionamiento Turístico de la Laguna Huacachina”.

c. **OBSERVACIONES 3, 4, 10, 11 Y 12**

3. *El Estudio no ha mencionado si existe la posibilidad de desarrollar actividades potenciales (entiéndase como actividades adicionales a las existentes como por ejemplo muestras de danzas, bailes típicos) dichas actividades deben estar sustentadas en las encuestas o entrevistas aplicadas y trabajo de campo.*

4. *El Estudio presentado por el Consultor no ha señalado los resultados de las siguientes variables, las cuales se obtienen de la encuesta*

aplicada al turista: i) temporada de viaje, ii) a través de qué medio de comunicación se enteró del destino, iii) cuántas veces ha visitado Ica; iv) modalidad para acceder a la Huacachina; v) movilidad que se utilizó para llegar a la Huacachina, vi) gasto efectuado; vii) qué atractivo ha visitado y, viii) qué atractivo esta por visitar. Asimismo, no se ha mencionado el perfil de turista que visita Ica según PROMPERÚ.

10. No ha desarrollado los resultados obtenidos de las encuestas aplicadas a los turistas en lo referente a i) grado de satisfacción con la infraestructura turística en Huacachina; ii) gasto efectuado por el turista en Huacachina; iii) impresión de la visita a Huacachina; iv) qué le gustaría mejorar de la visita a Huacachina; v) qué infraestructura adicional le gustaría contar; vi) si el turista regresaría a Huacachina; vii) la disponibilidad a pagar del turista de mejorarse las condiciones en Huacachina; viii) recomendaría visitar Huacachina; ix) qué otro atractivo ha visitado; x) qué atractivo esta por visitar.

11. No se ha adjuntado en el estudio documentación alguna y el resultado de las entrevistas realizadas a las autoridades que sustente lo afirmado por el Consultor "La Entidad que está a cargo recurso es la Municipalidad Provincial de Ica, la cual coordina con la Gobernación de Huacachina ... realiza el otorgamiento de licencia a operadores turísticos, sin embargo, a la fecha no ha efectuado ningún tipo de capacitación a operadores turísticos. Tampoco se cuenta con un plan de ordenamiento a nivel de balneario. De acuerdo a las entrevistas realizadas, no hay una adecuada labor de coordinación entre las autoridades y población, por lo que se debería implementar la Oficina de Administración Municipal del Balneario de la Huacachina. Dicha labor compete al gobierno local".

12. El estudio afirma que se realiza la visita al circuito turístico: Bodegas / Museo Regional Adolfo Bermúdez / Balneario de Huacachina y visitas a circuitos turísticos menores, y se afirma que la promoción es vía recomendación dado que no hay campaña publicitaria debidamente organizada.

Por lo tanto, para sustentar lo afirmado, se debió adjuntar el resultado de las encuestas aplicadas a los turistas que visitaron el lugar, así como, el procesamiento de las mismas.

Respecto a las Observaciones 3, 4, 10, 11 y 12

Conforme a los TdR no existe exigencia respecto al Segundo Informe que obligará al Consultor a levantar la observación N° 3. Sin embargo de la página 39 del informe de subsanación de observaciones presentado por éste, mediante carta de fecha 16 de marzo de 2011, se desprende que éste sí cumplió con precisar que “[d]e la encuesta tomada no se han señalado actividades potenciales diferentes a las que ya se realizan, en ese sentido los turistas manifiestan su gran interés por los paseos en tubulares (Boogies), los cuales en vista de la gran demanda deberían mejorar sus precios y su servicio”.

Conforme a los TdR no existe exigencia respecto al Segundo Informe que obligará al Consultor a levantar las observaciones 4 y 10, sin embargo sí se advierte dicha obligación respecto al Tercer Informe.

Respecto a la observación 11 se advierte que si bien no obran las encuestas a las autoridades sí obra en el Anexo 4 del informe de subsanación de observaciones las entrevistas a operadores de Huacachina, con lo que se absuelve este extremo

Respecto a la observación 12 se advierte que en el Anexo 2 del informe de subsanación de observaciones obran las entrevistas a los turistas nacionales y extranjeros.

d. OBSERVACIONES 5, 8 Y 9

5. Se requiere una descripción más completa de lo que se menciona en el estudio relacionado a infraestructura de servicios básicos (agua, alcantarillado, energía eléctrica, planta de tratamiento de agua y relleno sanitario), comunicación (telefonía fija, móvil, pública, internet, sistemas

de radiofusión sonora o televisión) seguridad (averiguar si existe un registro de incidentes de inseguridad, si existe seguridad en el entorno del recurso, si existe seguridad durante el recorrido, si existe efectivos policiales o de seguridad en el área del proyecto) accesibilidad (señalar pro cada tramo, tiempo, tipo de pavimento, estado de conservación sustentado, longitud aproximada, tipo de vía (nacional, local) limpieza pública (cuál es la problemática, empresa que se encarga de la limpieza, cada cuanto tiempo) manejo de residuos sólidos (cómo se maneja el tema) si la población de Huacachina tiene cultura de reciclaje, qué estrategias se manejan al respecto)".

8. El Consultor debe realizar un análisis descriptivo, ordenado y profundo, de la situación actual de la infraestructura.

9. No se ha desarrollado el diagnóstico situacional de la planta turística del centro soporte, se debe incluir en este capítulo los establecimientos de hospedajes categorizados y no categorizados, restaurantes categorizados y no categorizados, operadores turísticos categorizados y no categorizados, cuantos guías oficiales existen, así como oficinas de información turística existente en Ica.

Respecto a las Observaciones 5, 8 y 9

Dada la forma genérica como se realizan las observaciones 5, 8 y 9, este Árbitro Único considera que lo señalado por el demandante en las páginas 65 a la 72 del informe de levantamiento de observaciones cumplen con dicho requerimiento y dan absolución a las observaciones formuladas. Además que en el Anexo 5 obra la entrevista a al Administradora de la Huacachina, quien absuelve interrogantes referidos a los temas materia de observación.

e. OBSERVACIONES 6, 7 Y 11

6. No se ha adjuntado en el estudio documentación oficial expedida por el funcionario competente de la municipalidad correspondiente, que sustente lo afirmado por el Consultor, ya que éste se ha limitado a



indicar "... éste se encuentra saneado por lo que no creará problemas sociales ...".

7. En el estudio presentado por el Consultor, éste sólo se limita a mencionar lo siguiente "se puede apreciar incumplimiento de las pautas ambientales contra la laguna ... personas arrojan botellas y desechos a sus aguas, las cuales se encuentran contaminadas, originando muerte de la fauna de la laguna ... migración de patos ... las aguas han tomado un color turbio ... dentro de la laguna existen islotes ... las cuales sirven de refugio a patos, aves migratorias ... sin embargo ... se han estado descomponiendo sus raíces como consecuencia de la contaminación de las aguas ..."

No se ha adjuntado en el estudio documentación que sustente lo afirmado por el Consultor. Por lo tanto, se reitera observación señalada párrafos anteriores.

Respecto a las Observaciones N°s 6, 7 y 11

En el Anexo 3 del informe de levantamiento de observaciones obra la ficha registral saneamiento físico legal que sustenta lo afirmado por el demandante, con lo que se cumple con levantar la observación N° 6.

Este Árbitro Único considera que no existe sustento para realizar la observación 7.

f. OBSERVACIÓN 13

El estudio debe considerar los siguientes riesgos: i) invasión urbana hacia la Laguna por la cercanía con Ica; ii) el nivel freático de la zona; iii) las filtraciones de las aguas de la laguna; iv) contaminación de la laguna, v) calidad de las aguas de la laguna; vi) el nivel de ruido que generan los tubulares; vii) la pérdida de altura de las dunas, por el paso de los tubulares, viii) deslizamiento de arena en la vía de acceso y otros que determine el Consultor que impactan en las unidades sociales (sobre el recurso, el turista, instalaciones turísticas y la vía de acceso).

Una vez identificado los peligros o desastres, se debe realizar el

análisis prospectivo de dichos peligros y la vulnerabilidad con respecto al proyecto.

Respecto a la observación 13

No existe en los TdR obligaciones para el demandante como las precisadas en la observación 13, siendo que el requerimiento establecido en ítem j del numeral 7 de los Términos de Referencia, este Árbitro Único considera, han sido absuevas de la revisión de las páginas 32 a la 36 del informe de levantamiento de observaciones.

g. OBSERVACIÓN 14

Se observa que el problema central no está bien definido y aún se aprecia que las causas directas presentadas no expresan debidamente causalidad con el problema descrito, lo cual sucede también con las causas indirectas respecto a las causas directas. Por otro lado, los componentes intangibles deben ser desarrollados en las alternativas propuestas cuya problemática debe estar desarrollada en el diagnóstico.

Respecto a la observación 14

Conforme se advierte de la página 103 del informe de levantamiento de observaciones, el consultor sí cumplió con definir el problema central, asimismo, se aprecian las causas indirectas y directas del problema, no pudiéndose desprender de la observación formulada que era lo que quería la Entidad que el demandante absuelva.

Asimismo, no existe obligación contractual que obligue al consultor a levantar la observación planteada en el último de la observación 14.

h. OBSERVACIÓN 15

La reformulación del objetivo central estará sujeto a los cambios o modificaciones efectuados en el árbol de problemas.

Respecto a la observación 15

Lo definido por el consultor en la página 105 de su informe absuelve, al menos de la manera genérica como ha sido planteada, la observación planteada por la Entidad.

i. OBSERVACIÓN 16

Las alternativas propuestas continúan siendo alternativas técnicas, por lo tanto, se reitera observación ... cabe mencionar que el planteamiento de alternativas debe estar sujeto a lo desarrollado en el diagnóstico y debe perseguir una solución integral bajo un objetivo turístico.

Respecto a la observación 16

No se desprende de lo señalado por la Entidad en esta observación de qué manera debería el Consultor cumplir con el levantamiento de la observación, pues de dicho informe sí se advierte la existencia de dos propuestas cuyos medios fundamentales han sido debidamente desarrollados.

j. OBSERVACIÓN 18

Adjuntar al estudio las encuestas y entrevistas aplicadas con un CD del procesamiento de las mismas.

Respecto a la observación 18

Obra en el informe la documentación materia de observación por parte de la Entidad.

59. Así las cosas, no ha existido, en este extremo, incumplimiento por parte del demandante que acarrea causal de resolución de contrato, pues al entender de este Árbitro sí ha cumplido con levantar las observaciones planteadas al estudio de preinversión.

RESPECTO A LAS OBSERVACIONES AL DISEÑO PRELIMINAR DEL ANTEPROYECTO ARQUITECTÓNICO

a. **OBSERVACIÓN 1**

*Las alternativas propuestas deberán conseguir los **OBJETIVOS ESPECÍFICOS E INTERVENCIONES SOLICITADAS PARA EL PROYECTO**; independientemente el consultor realizará aportes, inclusiones y mejoras como parte del servicio que enriquezcan los planteamientos y propuestas:*

- 1. Mejoramiento del boulevard*
- 2. Mejoramiento de accesos a la laguna*
- 3. Colocación de señalización turística interna y externa*
- 4. Mejoramiento del entorno urbano inmediato*
- 5. Tratamiento de las aguas de la laguna*

Está sujeta según Términos de Referencia Punto 4 – Objetivos específicos e intervenciones referenciales del proyecto.

Respecto a la observación 1

Al entender de este Árbitro Único no existe en este acápite observación alguna a la que el Consultor este obligado a absolver, pues no se define cuál habría sido la omisión o error cometido por el consultor.

b. **OBSERVACIÓN 2**

*La presente revisión se hace al **DISEÑO PRELIMINAR DEL ANTEPROYECTO ARQUITECTÓNICO DE LAS ALTERNATIVAS PROPUESTAS**, el cual debe contener o referirse a:*

- 1. Criterios Generales de localización en el contexto.*
- 2. Implantación de la idea rectora*
- 3. Primeros esquemas de distribución de las obras tanto al interior como al exterior. Incluye imágenes preliminares en 3D*

Está sujeta según Términos de Referencia Punto 7 – Actividades a realizar literal q y Punto 8: Productos de Consultoría – Segundo Informe.

Respecto a la observación 2

Al entender de este Árbitro Único no existe en este acápite observación alguna a la que el Consultor este obligado a absolver, pues no se define cuál habría sido la omisión o error cometido por el consultor.

c. OBSERVACIÓN 3

Se considera que el Anteproyecto Arquitectónico es el resultado del Diagnóstico de la Situación Actual, por tanto, éste depende del nivel de desarrollo que el diagnóstico ha alcanzado para tener conocimiento de la realidad problemática de la infraestructura turística en el sitio de intervención.

Está sujeta según Términos de Referencia Punto 7 – Actividades a realizar literal i y Punto 8: Productos de Consultoría – Segundo Informe.

Respecto a la observación 3

Al entender de este Árbitro Único no existe en este acápite observación alguna a la que el Consultor este obligado a absolver, pues no se define cuál habría sido la omisión o error cometido por el consultor.

d. OBSERVACIÓN 4

La existencia de PIP en el SNIP referidos a esta problemática o a uno de sus componentes, no deberá ser motivo para no realizar el diagnóstico que le corresponda, debido a que en esta oportunidad, la intervención se planifica y condiciona de manera integral, definida por los objetivos del proyecto.

Está sujeta según Términos de Referencia Punto 7 – Actividades a realizar literal i y Punto 8: Productos de Consultoría – Segundo Informe.

Respecto a la observación 4

Al entender de este Árbitro Único no existe en este acápite observación alguna a la que el Consultor este obligado a absolver,

pues no se define cuál habría sido la omisión o error cometido por el consultor.

e. OBSERVACIÓN 5

Del Diagnóstico de la situación actual. Se reitera las observaciones

El diagnóstico debe presentar una descripción detallada de la realidad de la infraestructura actual, referida y ordenada según los objetivos del proyecto, estableciendo los límites físicos de intervención del proyecto, permitiendo cualificar y cuantificar el déficit de la infraestructura referida a los objetivos. La no descripción detallada revierte en la no formulación de la Idea Rectora o conceptos de diseño arquitectónicos que fundamenten los anteproyectos.

Está sujeta según Términos de Referencia Punto 7 – Actividades a realizar literal i.

Respecto a la observación 5

Al entender de este Árbitro Único no existe en este acápite observación alguna a la que el Consultor este obligado a absolver, pues no se define cuál habría sido la omisión o error cometido por el consultor.

Además de ello, tiene en consideración que de conformidad con el numeral 12 de los TdR, el Diseño Preliminar solo comprendía establecer los “[c]riterios generales de localización en el contexto, implantación de idea rectora y primeros esquemas de distribución de las obras al interior como al exterior. Incluye imágenes preliminares 3D”, obligación que sí ha sido cumplida por el consultor en su informe de levantamiento de observaciones.

f. OBSERVACIÓN 6

Existen cuatro PIP registrados en el SNIP referidos a la laguna, que abordan en forma independiente algunos de los objetivos ahora en estudio y que deben ser considerados como antecedentes de estudio: ...



Está sujeta según Términos de Referencia Punto 7 – Actividades a realizar literales g y h.

Respecto a la observación 6

Al respecto este Árbitro Único, advierte que dicha observación es la misma a la que se refiere la observación 2 al Estudio de Preinversión, por lo que la considera absuelta en los mismos términos, antes señalados, siendo que en las páginas 9 y 10 del informe de subsanación de observaciones presentado por el Consultor cumplió con resumir los principales antecedentes del proyecto, concluyendo que “no existe duplicidad con el proyecto “Mejoramiento y Acondicionamiento Turístico de la Laguna Huacachina”.

g. OBSERVACIÓN 7

Los dos últimos y recientes PIP se refieren al tema de aguas residuales de la zona urbana y al tema del agua de la laguna. Antes de descartar el objetivo del Tratamiento de las Aguas de la Laguna, es necesario conocer cómo abordan el problema, cual es la solución que proponen y la factibilidad real de concretar estos proyectos. Se deberá considerar que en esta oportunidad, la problemática se afronta de manera integral, por lo que es necesario tomar conocimiento de las acciones que plantea la entidad municipal para tener en cuenta en qué medida influyen en los otros objetivos del proyecto o si dichas soluciones propuestas no son compatibles a lo propuesto por el consultor.

Está sujeta según Términos de Referencia Punto 7 – Actividades a realizar literales g y h.

Respecto a la observación 7

Al entender de este Árbitro Único no existe en este acápite observación alguna a la que el Consultor este obligado a absolver este tipo de observaciones en el anteproyecto arquitectónico.



h. OBSERVACIÓN 8

El Informe presenta dos alternativas, de las cuales el Anteproyecto 1 es el más desarrollado, siendo el Anteproyecto 2 una ampliación cuantitativa y cualitativa del primero.

El Anteproyecto 2 es inconsecuente a la problemática, por proponer la modificación en el diseño arquitectónico existente, propuesto que no se ajusta a la normatividad para los lugares declarados como Ambiente Urbano Monumental por el INC, como es el caso. Por tanto esta alternativa es observada en su totalidad.

Está sujeta según Términos de Referencia Punto 7 –Actividades a realizar literal q.

Respecto a la observación 8

Al entender de este Árbitro Único lo manifestado por la Entidad no se trata de una observación sino que se ha descartado la segunda alternativa planteada por el Consultor.

i. OBSERVACIÓN 9

Criterio de localización en el contexto: Se reitera observaciones

- *Tratándose en un lugar de encuentro del contexto urbano con el contexto natural y que precisamente esta característica es una de sus principales cualidades turísticas, se deberá mantener y conservar, optando por proponer otra alternativa que no encierre por completo dentro de un anillo vial a la laguna con su urbe, evitando el crecimiento, densificación y extensión urbana hacia el nuevo límite vial. Si se planifica esto, se estará restando la cualidad de oasis en medio del desierto.*
- *Tratándose de un pequeño asentamiento que es una extensión de la ciudad principal deberá planificarse de tal modo que se evite la fusión urbana entre ambas. La consideración de un entorno de amortiguamiento paisajístico puede plantearse a partir del objetivo del tratamiento de las aguas para áreas verdes ubicadas entre ambos asentamientos humanos.*

Está sujeta según Términos de Referencia Punto 12 – Diseño Preliminar.

Respecto a la observación 9

Al entender de este Árbitro Único la observación tal y como ha sido planteada no permite que el Consultor advierte qué es aquello en que se ha equivocado o ha omitido plantear, lo cual impide que el Consultor pueda levantar dicha observación.

j. OBSERVACIÓN 10

Implantación de la Idea Rectora. Se reitera las observaciones

- *El proyectista no plantea Idea Rectora fundamentada en el diagnóstico de la situación actual y formula una propuesta tentativa de zonificación, que se resumen en actividades como limpieza de laguna, tratamiento de espacios existentes con iluminación, etc. Pero no propone los lineamientos de cómo se van a realizar estas actividades, por ejemplo, tecnología constructiva, materiales, imagen urbana arquitectónica, etc.*
- *La idea de completar el malecón y encerrar por completo la laguna con muros de protección tiene efecto inmediato similar al anillo vial propuesto, desapareciendo en su totalidad la cualidad de oasis. La relación laguna – desierto de arena se perdería.*
- *La propuesta no ha cuantificado las obras a ejecutarse. Propone actividades que son similares a los objetivos del proyecto. Esto evidencia la falta de análisis y descripción de la infraestructura existente.*
- *La propuesta de nuevos espacios públicos es aceptada, pero sin embargo falta mayor análisis de donde se podrían generar estos nuevos espacios públicos. Tal como se proponen, a lo largo del circuito del anillo vial, generan sitios de concentración poblacional que generará modificación en el paisaje natural. Proponer nuevos espacios públicos dentro o hacia la zona urbana existente.*

Está sujeta según Términos de Referencia Punto 12 – Diseño Preliminar.

Respecto a la observación 10

Al entender de este Árbitro Único durante el desarrollo del informe de observaciones sí se ha cumplido con levantar las observaciones detalladas.

k. OBSERVACIÓN 11

Esquemas de distribución de las obras tanto al interior como al exterior. Imágenes preliminares en 3D. Se reitera las observaciones.

- *La escala en la cual se presenta la zonificación no permite identificar las obras de manera específica, por ejemplo, el malecón o boulevard no se aprecian y no se identifican las obras a realizarse en él. (áreas de restauración, áreas de mantenimiento, etc.)*
- *Las imágenes 3D son vistas aéreas del conjunto en su totalidad y a nivel volumétrico. Se entiende la propuesta observada de encerrar en un anillo vial al asentamiento. No se identifican obras al detalle.*
Está sujeta según Términos de Referencia Punto 12 – Diseño Preliminar.

Respecto a la observación 11

Al entender de este Árbitro Único el numeral 12 de los TdR no establece la exigencia acotada en la presente observación.

60. Así las cosas, no ha existido, en este extremo, incumplimiento por parte del demandante que acarrea causal de resolución de contrato, pues al entender de este Árbitro sí ha cumplido con levantar las observaciones planteadas al diseño preliminar del anteproyecto arquitectónico.

61. Cabe agregar, que para este Árbitro Único las observaciones realizadas por la Entidad han sido imprecisas y ambigüas pues no se desprendía, literalmente,

de las mismas que era lo que la Entidad pretendía el Consultor cumpla con absolver, sin embargo consideramos satisfactorias las absoluciones brindadas por la demandante conforme se ha analizado observación por observación.

62. En ese sentido, para este Árbitro Único no tiene sustento alguno que Plan Copesco haya resuelto el Contrato de Consultoría aduciendo lo establecido en el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado ni lo establecido por los artículos 167°, 168° y 169° del Reglamento de la citada norma, por cuanto como se ha señalado la supuesta causal invocada no se configuró, es decir, no obedece a un incumplimiento contractual, obligación de levantar las observaciones planteadas, por parte de la demandante.

63. Sin perjuicio que la causal de resolución fue el incumplimiento por parte del Consultor con levantar la totalidad de las observaciones planteadas este Árbitro Único, respecto a la demora en la entrega del levantamiento de observaciones considera pertinente señalar que de conformidad con la cláusula séptima del Contrato, en el caso de existir observaciones, la Entidad debía indicar claramente cuáles eran y otorgar al Consultor un plazo prudencial para su subsanación, no menor de 2 ni mayor de 10 días, por lo que atendiendo a la cantidad y complejidad de observaciones formuladas, este Árbitro Único considera que el plazo que se le debió otorgar al demandante fue de 10 días, siendo el plazo de 5 días muy breve, por lo que no se configuró demora en la absolución de observaciones.

64. Por las consideraciones antes expuestas, este Árbitro Único considera corresponde declarar la ineficacia de la Resolución Directoral N° 66-2011-MINCETUR/COPESCO-DE de fecha 25 de marzo de 2011 a través de la cual se resolvió el contrato de prestación de servicios, al no contar con sustento técnico ni jurídico.

B. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde notificar las observaciones realizadas por la entidad al Informe N° 02 presentado por el demandante.

Posiciones de las partes

65. La demandante pretende se le notifique con las observaciones realizadas por la Entidad al Informe N° 02 para lo cual solicita se tenga en consideración lo dispuesto en la Cláusula Décima Séptima del Contrato, según la cual:

"(...)

Asimismo las partes acuerdan que las notificaciones a "El Consultor" que deban realizarse en el transcurso de la ejecución contractual, se realizarán en el correo electrónico lphilco@hotmail.com a cuya recepción se tendrá por notificado dicho acto".

66. Ante ello, señala que toda notificación a su persona debía realizarse mediante correo electrónico, sin embargo, ninguna observación ni otro documento ha sido notificado por dicho medio, incumpliendo con ello la Entidad su obligación contractual por lo cual las notificaciones realizadas a su persona devienen en nulas y sin efecto alguno.

67. Por su parte, la Entidad señala que afirmar lo señalado por la demandante implica desconocer todos los documentos cursados tanto por la Entidad hacia él, como de él a la Entidad, que se han generado durante el transcurso de la ejecución del contrato.

68. La Entidad sostiene la validez de las notificaciones realizadas en base a la teoría de los actos propios, según la cual en base a la buena fe, *"si alguien actúa de tal manera que su conducta genera la apariencia y la expectativa razonable de que no se reclamará o de que no se hará uso de un derecho, no puede luego pretender exigirse tal derecho contra quien confió en la apariencia de que no se reclamaría".*



Razonamiento del Tribunal Unipersonal

69. Al respecto, este Árbitro Único si bien tiene en consideración que de conformidad con la Cláusula Décima Séptima del Contrato las notificaciones al Consultor durante la ejecución contractual debían realizarse mediante correo electrónico, también tiene en cuenta que el Consultor no ha desconocido el haber tomado conocimiento de las decisiones adoptadas por la Entidad, es decir, el acto de notificación ha cumplido su finalidad.

70. A fin de sustentar lo antes señalado, este Árbitro Único tiene en consideración lo dispuesto en el artículo 155 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente, según el cual: *“El acto de notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales. (...)”*.

71. Así las cosas, para este Árbitro Único los actos de notificación realizados por la Entidad, durante la ejecución contractual, gozan de total validez pues el demandante ha tomado conocimiento oportuno de las decisiones, pudiendo válidamente pronunciarse respecto a ellas, situación que no se ha dado pues durante la ejecución del contrato, el demandante nunca cuestionó la modalidad de notificación, con lo que convalidó dichos actos. Caso contrario hubiera sido, si la demandante hubiera afirmado que no tomó conocimiento de los actos de notificación realizados al domicilio declarado en el Contrato.

72. Por estas razones, este Árbitro Único considera no corresponde ordenar a la Entidad notificar las observaciones realizadas por la entidad al Informe N° 02 presentado por el demandante.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde alternativamente a la solicitud principal, fijar como monto indemnizatorio total de S/. 60 800.00.

73. El Árbitro Único estima necesario analizar si válidamente se han constituido los elementos esenciales de responsabilidad civil indemnizatoria.
74. La responsabilidad por daños se basa en los siguientes elementos que han de considerarse para declarar fundada una pretensión de esta naturaleza: (i) antijuricidad o ilicitud del acto que da lugar a la reclamación; (ii) daños efectivamente causados y probados como consecuencia de dicho acto; (iii) la relación o nexo de causalidad entre el acto ilícito que provoca el daño y los daños efectivamente probados; y (iv) la imputabilidad o el factor de atribución que responsabiliza a quien los ha causado y le obliga a indemnizarlos, factor que se define por medio del dolo o la culpa con el que actúa el causante.
75. En el presente caso, el Árbitro Único ha determinado que la Entidad resolvió indebidamente el Contrato, lo que configuraría el primer elemento justificativo de la responsabilidad por daño. En efecto, el Tribunal Unipersonal ha concluido que las observaciones planteadas fueron absueltas en su totalidad.
76. Respecto a los daños efectivamente causados y probados como consecuencia de dicho ilícito debemos señalar que el daño jurídicamente indemnizable es toda lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial
77. La indemnización que pudiera corresponder al actor por los daños patrimoniales que pudiere habersele ocasionado, deberá de ser distinguido en sus dos categorías: daño emergente y lucro cesante, además de los daños extrapatrimoniales que serían originados por un supuesto daño moral.
78. En lo que al Daño se refiere, es necesario precisar que su fundamento normativo se encuentra regulado en los artículos 1960 y 1970 del Código Civil; siendo sus requisitos: i) la afectación a un interés legítimo propio, ii) certidumbre y iii) subsistencia.

79. Pues, el daño está entendido como el menoscabo, el detrimento, la afectación que sufre en un interés jurídico tutelado; un interés jurídico que puede ser patrimonial o extrapatrimonial; el daño patrimonial o material, va a configurarse cuando se afecte parte del patrimonio, siendo de dos tipos: el daño emergente y lucro cesante. El daño emergente proviene del patrimonio del dañado, como consecuencia de la conducta dañosa y el lucro cesante, es la ganancia dejada de percibir.
80. En cambio el daño extrapatrimonial o moral, es un daño que afecta intereses no valorables económicamente, entendido como el sufrimiento o aflicción síquica, y para ser considerada como tal dentro del ámbito jurídico deberá también cumplir con requisitos, esto es condiciones que debe reunir a efectos de ser indemnizados bajo hechos objetivos y debidamente acreditados por el demandante.
81. En el presente caso tenemos que en lo que concierne al daño emergente el demandante no ha acreditado, ni ha probado documentalmente de donde proviene el monto reclamado
82. Respecto a la relación de causalidad, en virtud de esta vinculación debe existir una relación de causa-efecto, es decir, de antecedente-consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existiría responsabilidad civil y no nacería la obligación legal de indemnizar, siendo que en el presente caso la conducta antijurídica la resolución del contrato efectuada por la Entidad sin asidero legal alguno generó como consecuencia un perjuicio para el Consultor por causas ajenas a éste.
83. En ese sentido, no habiéndose acreditado uno de los elementos de la responsabilidad contractual, no puede establecerse la obligación de la Entidad de asumir algún monto indemnizatorio a favor del demandante.

84. En lo que respecta a los gastos arbitrales, los artículos 70° y 73° del Decreto Legislativo N° 1071 disponen que el Tribunal Arbitral distribuirá los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Los gastos arbitrales incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros, secretaria arbitral y de los abogados de las partes. Además, la norma establece que el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. En ese sentido, este Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos, el correcto comportamiento procesal de las partes, y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, al margen del hecho de que en concepto de este Colegiado ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, por cuanto debían defender su pretensiones por esta vía. Por lo expuesto, este Tribunal considera que cada parte debe asumir directamente los gastos en los que incurrió como producto de este proceso arbitral.

85. Por las razones expuestas y conforme a lo establecido por el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, así como el Acta de Instalación, este Tribunal, en **DERECHO**,

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la demanda del Consultor en el extremo en que solicita declarar la nulidad e ineficacia de la Resolución Directoral N° 66-2011-MINCETUR/COPESCO-DE del 25 de marzo de 2011 mediante la cual se resolvió el contrato de prestación de servicios para la elaboración del estudio de preinversión a nivel de perfil de proyecto “Mejoramiento y Acondicionamiento Turístico de la Laguna Huacachina”, en consecuencia, declárese **NULA E INEFICAZ** la Resolución Directorak N° 66-2011-MINCETUR/COPESCO-DE, por los argumentos esgrimidos en los considerandos del presente laudo.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la demanda del Consultor en el extremo que solicita se le notifique las observaciones realizadas por la entidad al Informe N° 02 presentado por el demandante.

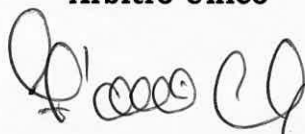
TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la demanda del Consultor en el extremo que solicita fijar como monto indemnizatorio la suma total de S/. 60 800.00.

CUARTO: ORDENAR que ambas partes asuman en forma equitativa los gastos del presente arbitraje, esto es, que cada parte asuma los gastos, costas y costos que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente arbitraje, como son los honorarios de los árbitros, secretaria arbitral, su defensa legal, entre otros.

QUINTO: ESTABLECER los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente cancelados, por concepto de anticipo de honorarios.



KATTY MENDOZA MURGADO
Árbitro Único



FABIOLA PAULET MONTEAGUDO
Directora de Arbitraje Administrativo