

**ARBITRAJE BAJO LA ADMINISTRACIÓN Y REGLAS DEL SISTEMA NACIONAL
DE ARBITRAJE DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES
DEL ESTADO – SNA/OSCE
(EXPEDIENTE 045-2018 | SNA-OSCE)**

**Contrato 137-2014-MTC/20 - Para la Supervisión de la Obra Mejoramiento
de la carretera Rodríguez de Mendoza – empalme ruta PE-5N (La Calzada),
Tramo Selva Alegre, empalme ruta PE-5N (La Calzada).
Derivado del Concurso Público 0016-2014-MTC/20**

LAUDO ARBITRAL EMITIDO EN UNANIMIDAD

**ALPHA CONSULT S.A.
(CONSULTORA)**

VS

**PROGRAMA ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL
– PROVÍAS NACIONAL
(PROVÍAS)**

TRIBUNAL ARBITRAL

Karim Cecilia Zambrano Rivas (Presidenta designada por el OSCE)
Luis Enrique Ames Peralta (Árbitro designado por la CONSULTORA)
José Rodrigo Rosales Rodrigo (Árbitro designado por PROVIAS)

Rosa Lucia Guerra Cárdenas
Secretaria Arbitral OSCE

Controversias relacionadas con la liquidación del Contrato

25 de mayo de 2022

RESOLUCIÓN VEINTIDÓS

En Lima, a los 25 días de mayo de 2022, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas aplicables, revisados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones formuladas por la empresa CONSULTORA, dicta el siguiente laudo:

I. RELACIÓN CONTRACTUAL Y CONVENIO ARBITRAL

1. El 25 de noviembre de 2014 las partes suscribieron el contrato 137-2014-MTC/20 [el cual en lo sucesivo será referido como, el **CONTRATO**] para la Supervisión del Mejoramiento de la carretera Rodríguez de Mendoza – empalme ruta PE-5N (La Calzada), Tramo Selva Alegre, empalme ruta PE-5N (La Calzada).
2. En la cláusula vigésima cuarta del **CONTRATO** las partes establecieron un convenio arbitral, en los siguientes términos y alcances:

«CLAUSULA VIGÉSIMA CUARTA:

- 24.1 Las partes acuerdan que las controversias que surjan, sobre la ejecución interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del Contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el Artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la

Contraloría General de la República, Ley 27785, y sus modificatorias, así como las demás que por su naturaleza sean excluidas por Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, el enriquecimiento sin causa, así como las materias que sean de fuentes de obligaciones distintas del presente Contrato no serán materia arbitrable.

- 24.2 Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177, 179, 181, 184, 199, 201, 209, 210, 211 y 212 de EL REGLAMENTO en concordancia a lo dispuesto en el numeral 52.2 del artículo 52 de LA LEY...
- 24.5 Las reglas aplicables al proceso arbitral serán las vigentes al momento de la suscripción del presente Contrato.
- 24.6 Las partes acuerdan que el proceso arbitral será de tipo institucional, el mismo que se realizará bajo la organización, administración y Reglamento y normas complementarias del ORGANISMO SUPERIOR DE

CONTRATACIONES DEL ESTADO... Sin perjuicio de lo establecido en el presente Convenio Arbitral.

Por normas complementarias se entiende... a los Estatutos, Códigos de Ética, Reglamento de Aranceles y Pagos y demás aplicables por el Centro Institucional para el desarrollo del proceso arbitral.

- 24.7 En caso de que el monto de la cuantía de la(s) controversia(s), señalada(s) en la solicitud de arbitraje, sea(n) mayor a 50 (cincuenta) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha de la referida solicitud, la(s) controversia(s) será(n) resuelta(s) por un Tribunal Arbitral Colegiado...» [Cita parcial].
3. Conforme al convenio arbitral previamente citado, las partes pactaron resolver las controversias indeterminadas derivadas de la ejecución del CONTRATO a través de un arbitraje institucional, nacional y de derecho, bajo la administración del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – SNA/OSCE, institución que en lo sucesivo será referido como, el **CENTRO**.
4. En atención al referido convenio arbitral, y como consecuencia de las controversias surgidas entre las partes en relación con la liquidación del CONTRATO, el 19 de marzo de 2018, la CONSULTORA procedió a solicitar ante el CENTRO el inicio del presente arbitraje.

II. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL

5. En su escrito de inicio de arbitraje, la empresa CONSULTORA designó como árbitro al Dr. Luis Enrique Ames Peralta, cuya aceptación al cargo adjuntó a la misma.
6. El 18 de mayo de 2018 PROVÍAS absolvió el inicio de arbitraje y, a su vez, designó como árbitro al Dr. José Rodrigo Gonzales Rodrigo.
7. El 17 y 18 de septiembre de 2018, la Secretaría Arbitral del CENTRO comunicó a los doctores José Rodrigo Gonzales Rodrigo y Luis Enrique Ames Peralta, respectivamente, sus designaciones como árbitros efectuadas por las partes.
8. El 21 y 24 de septiembre de 2018, los doctores José Rodrigo Gonzales Rodrigo y Luis Enrique Ames Peralta, respectivamente, cursaron a la Secretaría Arbitral del CENTRO sus respectivas aceptaciones al cargo.
9. El 31 de diciembre de 2018, mediante la Resolución 267-2018-OSCE/DAR, la Dirección de Arbitraje del CENTRO designó a la Dra. Karim Cecilia Zambrano Rivas como tercer arbitro y presidente del Tribunal Arbitral.
10. El 29 de enero de 2019, la Dra. Karim Cecilia Zambrano Rivas cursó a la Secretaría Arbitral del CENTRO su aceptación al cargo, quedando válidamente constituido el Tribunal Arbitral.

III. ACTUACIONES ARBITRALES

11. El 19 de marzo de 2018, la empresa CONSULTORA presentó su escrito de demanda, en mérito del cual formuló las pretensiones que se transcriben a continuación:

- **PRIMERA PRETENSIÓN**

Que se declare consentida la liquidación elaborada por la empresa CONSULTORA, remitida a PROVÍAS mediante Carta 006-2017.AC. SSALA.OL; y, como consecuencia de ello, se pague a la empresa CONSULTORA la suma de S/ 524,065.27 (quinientos veinticuatro mil sesenta y cinco con 27/100 soles), más los intereses legales calculados hasta la fecha de pago.

- **SEGUNDA PRETENSIÓN**

Que se condene a PROVÍAS al reconocimiento y pago de los mayores costos derivados de la renovación de las garantías de fiel cumplimiento y adelanto.

- **PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN**

Que se ordene a PROVÍAS que en un plazo máximo de 10 días de notificado el laudo, realice la devolución de las cartas fianza que garantizaron el fiel cumplimiento del contrato y el adelanto otorgado.

- **TERCERA PRETENSIÓN**

Que se ordene a PROVÍAS que, en un plazo máximo de diez días de notificado con el laudo, emita a favor de la empresa CONSULTORA el certificado de conformidad por el Servicio prestado.

- **CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

Que PROVÍAS asuma los costos del presente arbitraje.

12. El 18 de mayo de 2018 PROVÍAS absolvió la demanda interpuesta por la empresa CONSULTORA, interponiendo las pretensiones que se transcriben a continuación, vía reconvencción:

- **PRIMERA PRETENSIÓN**

Que el Tribunal Arbitral declare aprobada y consentida la liquidación del CONTRATO elaborada por PROVIAS y que se encuentra contenida en la Resolución Directoral 1507-2017-MTC.

- **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

Que el Tribunal Arbitral ordene a la empresa CONSULTORA pagar a favor de PROVIAS el importe de S/1'294,369.13 (un millón doscientos noventa y cuatro mil trescientos sesenta y nueve con 13/100 Soles) como saldo a favor en virtud de la liquidación del CONTRATO, a la que se deberá sumar los intereses legales desde el día siguiente de notificada la liquidación por correo electrónico.

- **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

Que el Tribunal Arbitral determine, que la liquidación de CONTRATO presentada mediante Carta 0006-2017.AC. SSALA. OL-2014.CSC/RL por la empresa CONSULTORA a PROVÍAS adolece de defectos y errores en su elaboración que la invalidan, al contener conceptos que fueran observados por el órgano de control institucional (OCI-MTC) a través del Informe de Auditoría 054-2016-2-5204.

13. Pese a encontrarse debidamente notificada, la empresa CONSULTORA no cumplió con absolver las pretensiones interpuestas por PROVÍAS vía reconvencción dentro de los plazos aplicables, motivo por el cual la Dirección de Arbitraje del CENTRO, comunicó a las partes que se tenía por no contestada la misma.
14. El 12 de marzo de 2019, en la sede institucional del CENTRO, se celebró la «Audiencia de Instalación» del Tribunal Arbitral. En dicho acto se precisaron las direcciones de las partes y las reglas aplicables al arbitraje.
15. El 13 de marzo de 2019 la empresa CONSULTORA precisó su postura en relación con las materias puestas a conocimiento. Estos argumentos fueron absueltos por PROVÍAS el 29 de abril de 2019.
16. Estando definida la posición de las partes con la presentación de sus respectivos actos postulatorios, el 12 de septiembre de 2019, en audiencia, se tuvieron por admitidos todos los medios probatorios presentados por las partes hasta ese momento y, se determinaron las

materias controvertidas objeto de análisis a través del presente laudo, en los siguientes términos:

- **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar si corresponde declarar consentida la liquidación del CONTRATO cursa a PROVÍAS por parte de la empresa CONSULTORA mediante la Carta 006-2017.AC. SSALA.OL-2014. CSC/RL; y, de ampararse lo anterior, si corresponde ordenar a PROVÍAS pagar a la empresa CONSULTORA la suma de S/ 524 065.27 (quinientos Veinticuatro Mil Sesenta y Cinco con 27/100 Soles), más los intereses legales calculados hasta la fecha efectiva de pago.

- **SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar si corresponde ordenar a PROVÍAS que reconozca y pague a la empresa CONSULTORA los mayores costos derivados de la renovación de las cartas fianzas otorgadas para garantizar el fiel cumplimiento del CONTRATO y la amortización total de los adelantos otorgados.

- **TERCER PUNTO CONTROVERTIDO**

De ampararse el segundo punto controvertido, determinar si corresponde ordenar a PROVÍAS devolver a la empresa CONSULTORA las cartas fianzas de fiel cumplimiento y adelanto.

- **CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar si corresponde ordenar a PROVÍAS emitir a favor de la empresa CONSULTORA el certificado de conformidad del servicio.

- **QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar si corresponde declarar aprobada y consentida la liquidación del contrato elaborada por PROVÍAS y que se encuentra contenida en la Resolución Directoral 1507-2017-MTC.

- **SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar si corresponde ordenar a la empresa CONSULTORA pagar a favor de PROVÍAS la suma de S/ 1 294 369.13 (un millón doscientos noventa y cuatro mil trescientos sesenta y nueve con 13/100 Soles) más intereses legales desde el 26 de diciembre de 2017, como saldo a su favor en virtud de la liquidación del CONTRATO.

- **SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar, sobre la base del Informe de Auditoría 054-2016-2-52047, si la liquidación del CONTRATO que la empresa CONSULTORA cursó a PROVÍAS mediante la Carta 006-2017.AC.SSALA.OL-2014.CSC/RL adolece de defectos y errores que la invalidan.

- **OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar a quién y en qué proporción deben ser asumidos los costos arbitrales.

17. El 29 de octubre de 2019, en audiencia, las partes expusieron oralmente sus posturas iniciales sobre las materias controvertidas puestas a conocimiento.
18. El 14 de noviembre de 2019, PROVÍAS expuso de manera escrita mayores argumentos en relación con las materias controvertidas.
19. El 16 de septiembre de 2021, en audiencia, las partes expusieron oralmente sus posturas iniciales sobre las materias controvertidas puestas a conocimiento.
20. El 15 y 16 de diciembre de 2021, la empresa CONSULTORA y PROVÍAS respectivamente, presentaron de manera escrita sus argumentos finales sobre las materias controvertidas puestas a conocimiento.
21. El 17 de febrero de 2022, en audiencia, las partes expusieron oralmente sus argumentos finales sobre las materias controvertidas puestas a conocimiento. En dicho acto se otorgó a las partes el plazo de 10 días a efectos que presenten por escrito sus conclusiones a los temas tratados en la diligencia.
22. El 1 y 4 de marzo de 2022, PROVÍAS y la empresa CONSULTORA, respectivamente, presentaron de manera escrita sus conclusiones a los temas tratados en la Audiencia llevada a cabo el 17 de febrero de 2022.

23. Habiéndose desarrollado todas las actuaciones previstas en las reglas aplicables al arbitraje, mediante la Resolución 21 del 5 de abril de 2022, se dispuso el cierre de la etapa de instrucción y se dio inicio al cómputo del plazo para laudar de veinte (20) días hábiles, prorrogable automáticamente por quince (15) días hábiles adicionales.

IV. CONSIDERACIONES INICIALES

24. Previo al análisis de la materia controvertida puesta a conocimiento es pertinente dejar constancia de lo siguiente:
- (i) El Tribunal Arbitral se constituyó conforme a lo establecido en el convenio arbitral suscrito por las partes, no habiéndose objetado su composición ni formulada recusación alguna frente a cualquiera de sus integrantes.
 - (ii) Se llevaron a cabo todas las actuaciones establecidas para el desarrollo del arbitraje y las necesarias para emitir el presente pronunciamiento, dentro de las cuales las partes han tenido oportunidad suficiente para ejercer su derecho de defensa.
 - (iii) Las partes han tenido oportunidad suficiente para reconsiderar cualquier decisión emitida por el Tribunal Arbitral, distinta a la presente, que se hubiere dictado con inobservancia de una regla inmersa en el reglamento de arbitraje del CENTRO o una disposición del Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje [cuerpo normativo que en lo sucesivo será referido como, la **LEY**

DE ARBITRAJE], habiéndose producido la renuncia a objetar la validez del laudo por esos motivos.

- (iv) El Tribunal Arbitral únicamente se pronunciará sobre los puntos o materias en controversia delimitados en el transcurso del arbitraje. Constituyen materias incontrovertidas los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en el transcurso de las actuaciones arbitrales y aquellos supuestos en los cuales la Ley establece una presunción *iuris et de iure*.
- (v) El Tribunal Arbitral es de la postura que, en principio, la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear convicción respecto de tales hechos.
- (vi) Los medios probatorios aportados por las partes, en virtud del principio de adquisición o comunidad de la prueba pertenecen al arbitraje por lo que pueden usados incluso para probar hechos que vayan en contra de la parte que las ofreció.
- (vii) Constituye un criterio unánimemente aceptado que los jueces (extensible a los árbitros) no están obligados a exponer y refutar en sus sentencias o laudos cada uno de los argumentos de las partes ni a reseñar el modo en que ha ponderado cada una de las pruebas producidas. La eventual ausencia de mención en este laudo de algún argumento, pieza o fundamento indicado por las partes no implica que el Tribunal Arbitral haya dejado de

sopesar y valorar todos los elementos de juicio que le han sido aportados.

- (viii) El Contrato suscrito por las partes se rige y será interpretado de conformidad con Ley de Contrataciones de la República del Perú, aprobada mediante Decreto Legislativo 1017 y modificada por Ley 29873 [cuerpo normativo al cual en lo sucesivo nos referiremos como, la **LCE**] y, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF y modificado por los Decretos Supremos 138-2012-EF y 080-2014-EF [cuerpos normativos al cual en lo sucesivo nos referiremos como, el **RLCE**].

25. Habiéndose desarrollado todas las actuaciones arbitrales establecidas en las reglas aplicables y no existiendo vicio alguno que afecte la validez del presente arbitraje, el Tribunal Arbitral emite el presente Laudo.

V. HECHOS RELACIONADOS CON EL ORIGEN DE LA CONTROVERSIA

26. A efectos de brindar contexto a la controversia puesta a conocimiento, resulta pertinente hacer un recuento de los hechos que han sido aceptados pacíficamente por las partes y que dieron origen a la controversia:

- El 25 de noviembre de 2014 las partes celebraron el CONTRATO en virtud del cual la empresa CONSULTORA se obligó frente a PROVÍAS a Supervisar la ejecución del Mejoramiento de la carretera Rodríguez de Mendoza por 440 días calendario y, a su

vez, PROVÍAS se obligó frente a la empresa CONSULTORA a pagar como contraprestación la suma de S/ 6'258,649.71 (seis millones doscientos cincuenta y ocho mil seiscientos cuarenta y nueve con 71/100 soles).

- Debido a que la obra se vio interrumpida por causas externas al CONTRATO, las partes procedieron a iniciar el procedimiento de liquidación de esta.

- En el marco de la liquidación del CONTRATO las partes se cursaron diversas comunicaciones sin arribar a un acuerdo sobre el resultado que debe arrojar la misma, controversia que ha sido puesta a conocimiento de este Tribunal Arbitral en virtud del convenio arbitral que suscribieron.

VI. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

27. Efectuada las precisiones anteriores, corresponde analizar la materia controvertida puesta a conocimiento. A efectos de evitar repeticiones dicho análisis lo efectuaremos como sigue.

§ La liquidación del contrato

28. Teniendo en cuenta que los siguientes puntos controvertidos se encuentran relacionados fáctica y jurídicamente resulta conveniente analizarlos de manera conjunta:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde declarar consentida la liquidación del CONTRATO cursa a PROVÍAS por parte de la empresa CONSULTORA mediante la Carta 006-2017.AC.SSALA.OL-2014.CSC/RL; y, de ampararse lo anterior, si corresponde ordenar a PROVÍAS pagar a la empresa CONSULTORA la suma de S/ 524 065.27 (quinientos Veinticuatro Mil Sesenta y Cinco con 27/100 Soles), más los intereses legales calculados hasta la fecha efectiva de pago.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde declarar aprobada y consentida la liquidación del contrato elaborada por PROVÍAS y que se encuentra contenida en la Resolución Directoral 1507-2017-MTC.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar a la empresa CONSULTORA pagar a favor de PROVÍAS la suma de S/ 1 294 369.13 (un millón doscientos noventa y cuatro mil trescientos sesenta y nueve con 13/100 Soles) más intereses legales desde el 26 de diciembre de 2017, como saldo a su favor en virtud de la liquidación del CONTRATO.

SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar, sobre la base del Informe de Auditoría 054-2016-2-52047, si la liquidación del CONTRATO que la empresa CONSULTORA cursó a PROVÍAS mediante la Carta 006-2017.AC.SSALA.OL-2014.CSC/RL adolece de defectos y errores que la invalidan.

29. Esencialmente las partes argumentan lo siguiente en relación con los puntos controvertidos antes citados:

- **POSTURA DE LA EMPRESA CONSULTORA**

La empresa CONSULTORA sostiene que, el 11 de diciembre de 2017, remitió a PROVÍAS su propuesta de liquidación del CONTRATO. Ante ello sostiene que, de conformidad con la norma Reglamentaria aplicable, PROVÍAS tenía hasta el 26 de diciembre del mismo año para formular observaciones a la misma o emitir su propia liquidación.

Sostiene que PROVÍAS, el día del vencimiento y fuera del horario de oficina, les remitió vía correo electrónico la Resolución Directoral 1507-2017-MTC/20 que contiene su propuesta de liquidación. Asimismo, señala que dicha Resolución Directoral también le fue notificada de manera física en sus oficinas el 27 de diciembre de 2017.

En postura de la empresa CONSULTORA, la notificación electrónica efectuada por PROVÍAS el 26 de diciembre de 2017 no resulta válida en la medida que, si bien la Ley 27444 [en lo sucesivo, la **LPAG**] regula la notificación vía correo electrónico, exige que ésta sea realizada a los administrados en día y hora hábil; o, en todo caso, al resultar fuera de horario de oficina, resultaría válida a partir del 27 de diciembre de 2017.

Así, en postura de la empresa CONSULTORA, al no resultar válida la notificación electrónica efectuada por PROVÍAS o resultar válida a partir del 27 de diciembre de 2017, lo que sigue es tener presente la notificación efectuada físicamente el 27 de diciembre de 2017 que, al ser igual del 27 de diciembre de 2017, resultaría que PROVÍAS emitió de manera extemporánea su pronunciamiento, trayendo como consecuencia que su propuesta de liquidación quede o se entienda consentida o aprobada.

La empresa CONSULTORA destaca que la LPAG le es aplicable al CONTRATO, tan es así que es el marco jurídico señalado expresamente en las Bases Integradas del procedimiento de selección que dio lugar a la suscripción del CONTRATO. Además, destaca que las entidades del estado, como lo es PROVÍAS, sólo pueden exteriorizar su voluntad a través de actos administrativos, siendo muestra de ello la emisión de la Resolución Directoral 1507-2017-MTC/20 y, como tal, su actuación y la emisión de dichos actos administrativos se rigen por la LPAG.

La empresa CONSULTORA sostiene que, si bien PROVÍAS ha señalado que en anteriores oportunidades les ha notificado de manera electrónica fuera del horario de oficina, cada una de esas notificaciones fueron efectuadas en el marco de la relación contractual entre PROVÍAS y la empresa ejecutora de la Obra (en el marco de las solicitudes de ampliaciones de plazo de dicho

contrato), mas no en el marco del CONTRATO objeto de análisis en el presente arbitraje. De este modo, la institución de los actos propios invocada por PROVÍAS sobre la base de dichas notificaciones no resultaría aplicable.

La empresa CONSULTORA sostiene que, consentida su liquidación como postula, el resultado (jurídico y económico) es su derecho al cobro del resultado de esta; esto es, que PROVÍAS le pague la suma de S/ 524,065.27 (Quinientos Veinticuatro Mil Sesenta y Cinco con 27/100 Soles). Monto al cual debe agregarse los intereses legales hasta la fecha efectiva del pago.

En cuanto a la invalidez alegada por PROVÍAS respecto de su liquidación por presuntamente haberse detectado «defectos y/o errores» en la misma por parte del Órgano de Control Institucional (OCI), en principio, la empresa CONSULTORA señala que tales «defectos y/o errores» versan únicamente sobre los pagos efectuados a su favor en virtud de las valorizaciones 11 y 12, correspondientes a los meses de diciembre de 2015 y enero de 2016, no obstante PROVÍAS ha desconocido no sólo esas valorizaciones en la liquidación sino además las valorizaciones 13 y 14.

La empresa CONSULTORA destaca que, la observación del pago por parte del Órgano de Control Institucional (OCI) se basa en el hecho incuestionable de que la Obra se encontraba paralizada durante los referidos meses de diciembre y enero; es decir, para

el Órgano de Control Institucional (OCI) no se encontraría justificado el pago en tanto no hubo ejecución de Obra. En postura de la empresa CONSULTORA las conclusiones del Órgano de Control Institucional (OCI) y los consecuentes descuentos efectuados por PROVÍAS no son acordes al CONTRATO sustancialmente, por lo siguiente:

- ❖ En virtud del contrato únicamente se encuentran vinculados ellos y PROVÍAS. La relación entre PROVÍAS y la empresa ejecutora de la Obra es una relación jurídico contractual distinta.
- ❖ Ante la paralización del Ejecutor de Obra, ellos siguieron ejecutando las prestaciones a su cargo; así, entre otras labores, sostiene que presentaron informes quincenales y mensuales a PROVÍAS, realizaron anotaciones en el cuaderno de obra y absolvieron todas las consultas que la empresa ejecutora y PROVÍAS realizaron. Así, las valorizaciones 11, 12, 13 y 14 se encontrarían debidamente respaldadas por las prestaciones que habrían ejecutado.
- ❖ De acuerdo con los Términos de Referencia, no podían unilateralmente decidir respecto de la reducción de nuestras prestaciones y/o uso de recursos utilizados para su cumplimiento.

- ❖ Si bien en los meses marzo valorizaron un menor monto ello obedecería a la reducción de los recursos utilizados para la prestación del servicio a solicitud de PROVÍAS (Oficio 159-2016-MTC/20.5). En los meses de diciembre y enero PROVÍAS no habría solicitado tal reducción de recursos y, por tanto, ellos no podían efectuarlo de manera unilateral.

Con relación a la liquidación propuesta por PROVÍAS la empresa CONSULTORA reitera que la notificación fue efectuada de manera inválida o, cuanto menos, de manera extemporánea, por lo que no surte efectos frente a ellos.

Sin perjuicio de lo anterior, precisan que, aun en el supuesto negado de que se concluya que la Resolución Directoral que contiene la liquidación del Contrato propuesta por PROVÍAS haya sido notificado válidamente, a través de la Carta 007-2017.AC. SSALA.OL, y dentro del plazo correspondiente, habrían comunicado a PROVÍAS su oposición a la misma, con lo cual no la dejaron consentir como demanda PROVÍAS que sea declarada.

En cuanto a la aprobación de la liquidación propuesta por PROVÍAS, la empresa CONSULTORA destaca que los conceptos puntualmente en controversia son:

- ❖ La inclusión de las valorizaciones 11 a la 14, respecto de las cuales reitera sus argumentos por los cuales sostiene

que le corresponden dichos pagos y por, tanto, deben ser incorporados en la liquidación del CONTRATO.

- ❖ Reajustes y deducciones. La diferencia sostiene que radica en la aplicación del Índice de Precios al Consumidor en la fórmula de reajuste. Destacan que ellos abrían aplicado el índice base de 2011 mientras que PROVÍAS de 2009.

La empresa CONSULTORA destaca que el índice base aplicable es el del año 2011 y no de 2009, teniendo en cuenta que el Contrato es del año 2014.

- ❖ Contraprestación por la elaboración del expediente del saldo de Obra requerido por PROVÍAS a través del Oficio 1648-2016-MTC/20.5 y aprobado mediante Resolución Directoral 383-2017-MTC/20; y, contraprestación correspondiente al servicio prestado durante la etapa de liquidación del contrato de Obra requerida por PROVÍAS mediante Oficio 1146-2016-MTC/20.5.

Destaca que estos servicios fueron prestados debidamente y no fueron objetados por PROVÍAS en la etapa de liquidación ni en el transcurso del arbitraje.

- ❖ Pago de intereses. Que es consecuencia del reconocimiento de los pagos anteriores.

Sobre la base de lo anterior, la empresa CONSULTORA postula que la liquidación de PROVÍAS no debe ser aprobada, antes bien, es su propuesta de liquidación la que, al estar acorde al CONTRATO, debe estar aprobada o consentida.

- **POSTURA DE PROVÍAS**

PROVÍAS sostiene que la controversia en relación con el consentimiento de la liquidación del CONTRATO propuesto por la empresa CONSULTORA descansa básicamente en la validez de la notificación electrónica que efectuó el 26 de diciembre de 2017 con su propuesta de liquidación contenida en la Resolución Directoral 1507-2017-MTC/20.

A su entender la controversia radica puntualmente en determinar si únicamente se podían efectuar notificaciones electrónicas de 8 de la mañana a 6 de la tarde, conforme lo postula la empresa CONSULTORA.

Para PROVÍAS en la cláusula vigésima octava del CONTRATO, no se ha hecho referencia o incorporado una limitación de horarios determinados para cursar notificaciones, por lo que resultaría errada la interpretación propuesta por la empresa CONSULTORA.

PROVÍAS destaca que la interpretación de la incorporación de un horario para las notificaciones es invocada por la empresa

CONSULTORA sobre la base de la presunta aplicación al CONTRATO de la LPAG, la cual sostiene que no sería aplicable.

Aunado a lo anterior, PROVÍAS sostiene que la invocación de un horario determinado para las notificaciones sería contraria a la conducta desplegada por la empresa CONSULTORA en el transcurso de la ejecución del CONTRATO en donde en reiteradas oportunidades se habrían efectuado notificaciones pasada las 18:00 horas sin objeción alguna, no resultando acorde a la buena fe que dicha exigencia se haga para un acto tan importante como lo es la liquidación del CONTRATO.

De este modo, PROVÍAS sostiene que este aspecto debe ser analizado teniendo en cuenta lo previsto en el CONTRATO, a cuyas estipulaciones libre y voluntariamente se sometieron con la empresa CONSULTORA y los actos propios desplegados por ambas en la ejecución del CONTRATO.

Sobre la base de lo anterior, PROVÍAS afirma que es válida la notificación que efectuaron electrónicamente a las 20:44 horas del 26 de diciembre de 2017, con su propuesta de liquidación contenida en la Resolución Directoral 1507-2017-MTC/20 y, por tanto, no se habría producido el consentimiento invocado por la empresa CONSULTORA respecto de su propuesta de liquidación del CONTRATO, ni procedente el pago demandado como consecuencia de ello.

Sin perjuicio de lo anterior, PROVÍAS sostiene que la propuesta de liquidación que la empresa CONSULTORA les cursó sería inválida en la medida que adolecería de 'defectos y errores' en su elaboración en tanto considera conceptos y montos que habrían sido observados por el Órgano de Control Institucional (OCI).

PROVÍAS sostiene que el Órgano de Control Institucional (OCI) encontró que ellos habían pagado valorizaciones a favor de la empresa CONSULTORA a pesar de estar paralizada la ejecución de la Obra, ocasionándoles perjuicios económicos. Las referidas valorizaciones observadas son la 11 y 12, de diciembre de 2015 y enero de 2016, respectivamente, por un total de S/ 609,225.48 (seiscientos nueve mil doscientos veinticinco con 48/100 Soles).

PROVÍAS sostiene que el Órgano de Control Institucional (OCI) determinó la observación previamente señalada sobre la base de las siguientes consideraciones, que hizo y hace suyas:

- ❖ La Ejecución de la Obra estaba paralizada desde el mes de diciembre de 2015 en tanto el contrato de obra se resolvió.
- ❖ La valorización de Supervisión 11 del mes de diciembre 2015, por la suma de S/ 366,458.86 (trescientos sesenta y seis mil cuatrocientos cincuenta y ocho con 86/100 Soles), fue sustentada por la empresa SUPERVISORA

con la consignación de personal profesional, técnico y auxiliar (33 personas) y utilización de equipos en cantidades que no guardan coherencia con la paralización de la obra.

- ❖ La valorización de Supervisión 12 del mes de enero de 2016, por la suma de S/ 242,766.62 (doscientos cuarenta y dos mil setecientos sesenta y seis con 62/100 Soles), fue sustentada por la empresa SUPERVISORA con la consignación de personal profesional, técnico y auxiliar (22 personas) para labores de supervisión cuando la obra se encontraba paralizada.
- ❖ La valorización de Supervisión 13 del mes de febrero 2016, el Supervisor sólo consideró los recursos absolutamente necesarios para monitorear el estado de la obra por la suma de S/ 90,169.56 (noventa mil ciento sesenta y nueve con 56/100 Soles).
- ❖ Mediante el Informe Técnico 002-2016/GAD del 2 de octubre de 2016, el Ingeniero civil de la comisión auditora determinó que en los periodos de diciembre 2015 y enero 2016 es incongruente que el supervisor emplee la cantidad de profesionales especialistas, personal técnico auxiliares de campo, laboratorio y equipos de medición y ensayos de campo, consignadas en dichas valorizaciones, en comparación con las

valorizaciones de octubre y noviembre de 2015, en plena ejecución de obra.

Asimismo, identifica los recursos (personal y quipos), cuya presencia está justificada en las actividades descritas en los citados informes, cuando la obra estuvo paralizada, y en consideración con los recursos reportados por el supervisor en el informe mensual 12 del mes de febrero de 2016, en el cual consideró sólo 6 personas en el mismo estado de paralización de la obra de los meses anteriores.

- ❖ Los desembolsos efectuados en las valorizaciones 11 y 12 contravienen el artículo 180 del LRCE y las cláusulas décima tercera y décima cuarta del CONTRATO.

Ahondando un poco más en las conclusiones del Órgano de Control Institucional (OCI), PROVÍAS manifiesta que se debe tener en cuenta que la función genérica del supervisor consiste en controlar los trabajos que se realizan en la obra, cautelando directa y permanentemente la correcta ejecución de esta y el cumplimiento del contrato. Así, el contrato de supervisión sería accesorio al contrato de ejecución de obra, en tanto que puede requerirse los servicios de un supervisor en la medida que se ejecute una obra, de ahí que los eventos que afectan la ejecución de la obra también afectarán las labores del supervisor.

Sobre la base de lo anterior, PROVÍAS sostiene que, si la obra se encontraba paralizada desde diciembre de 2015, no había mayor trabajo de supervisión que la empresa CONSULTORA efectúe, con excepción de monitorear el estado de la Obra. Pese a esa situación, PROVÍAS sostiene que la empresa CONSULTORA ha cobrado en las valorizaciones 10 y 11, correspondiente a diciembre de 2015 y enero de 2016, personal y equipo en cantidades que no guardan coherencia con la paralización de la Obra.

PROVÍAS sostiene que los recursos valorizados en febrero de 2016, mes en el que el supervisor en atención al estado de paralización de la obra recién racionaliza los recursos a lo absolutamente necesarios para monitorear el estado de la obra, en comparación a los meses de diciembre 2015 y enero 2016 (obra paralizada), se redujeron de manera significativa.

La reducción de la contraprestación de febrero de 2016, en postura de PROVÍAS, evidencia que la empresa CONSULTORA era consiente que, debido al estado de paralización de la obra, no era necesario el uso de todos sus recursos (personal y equipo), sin embargo, valorizó recursos en las valorizaciones 11 y 12, correspondiente a los meses de diciembre 2015 y enero 2016, como si la obra estuviera en ejecución.

PROVÍAS destaca que si bien la empresa CONSULTORA pretende justificar el pago realizado alegando que, ante la paralización del

ejecutor de obra, siguieron cumpliendo con sus actividades de supervisión (elaboraron las fichas quincenales, informes de control ambiental, se tramitaron las valorizaciones de obra, informes especiales y los informes de supervisión de dichos meses), de la revisión de los informes mensuales 10 y 11, correspondiente a los meses de diciembre 2015 y enero 2016 (Información de especialistas), se evidenciaría que las labores descritas por ciertos especialistas no estaban sustentadas fehacientemente, ya que no se acreditaba ni sustentaba la ejecución de las partidas de obra relacionadas a la supervisión de su especialidad durante ese mes.

PROVÍAS sostiene que, en los Términos de Referencia, que forman parte integrante de los documentos contractuales, se estableció que el monto de los servicios será cancelado por la valorización mensual que corresponda, sobre la base de los servicios efectivamente prestados y debidamente evidenciados en la Supervisión de la ejecución de la Obra y en conformidad con la propuesta técnica y económica con que se otorgó la buena pro.

Sobre la base de lo anterior, PROVÍAS sostiene que, en tanto las valorizaciones no estarían respaldadas en servicios prestados efectivamente a su favor, quedaría demostrado que la empresa CONSULTORA no ejecutó el contrato de acuerdo con el principio de la buena fe, entendida ésta como actuar leal a fin de que las prestaciones se cumplan de la manera que resulte más

beneficiosas para la contraparte; y, sobre todo, quedaría demostrado que dichos pagos no son acordes al CONTRATO y, por tanto, no deben ser incorporados a la liquidación.

PROVÍAS sostiene que la liquidación que ellos elaboraron es acorde con las obligaciones y derechos derivados del CONTRATO, y que, si bien la empresa CONSULTORA indica que contiene errores, tales argumentos no tendrían sustento alguno por lo siguiente:

- ❖ Los reajustes de cada una de las valorizaciones se efectuaron utilizando el factor de reajuste previsto en las cláusulas quinta y seta del CONTRATO; esto es, bajo su postura, los índices Generales de Precios al Consumidor (INEI - LIMA) y no a nivel nacional como postula la empresa CONSULTORA.
- ❖ No se consideró en la liquidación todos los recursos que la empresa CONSULTORA presentó en las valorizaciones de diciembre 2015 y de enero a marzo de 2016, debido a que en ellas se habría valorizado todos los recursos como si estuvieran en etapa de ejecución normal de la obra, y no paralizada. Destaca que estos montos si bien fueron pagados oportunamente, mediante la liquidación debe efectuarse el reajuste correspondiente.

- ❖ Se otorgaron conformidad y gestionaron el pago de las valorizaciones 11 y 12, por un total de S/ 609 225.48 (seiscientos nueve mil doscientos veinticinco con 48/100 Soles), a favor de la empresa CONSULTORA, monto que no debían cancelarse, a pesar de que la ejecución de la obra se encontraba paralizada desde diciembre de 2015; contraviniendo lo dispuesto en el artículo 180 del RLCE y las cláusulas décima tercera y décima cuarta del CONTRATO.

De este modo, PROVÍAS concluye que ha cumplido de acuerdo con lo establecido en el artículo 179 del RLCE, y no debe efectuar pago alguno a la empresa CONSULTORA monto alguno, sino que es ésta quien debe pagar el monto de la Liquidación aprobada con Resolución Directoral 1507-2017-MTC/20; esto es, la suma de S/ 1'294,369.13 (un millón doscientos noventa y cuatro mil trescientos sesenta y nueve con 13/100 Soles) incluido IGV.

30. De lo expuesto por las partes en relación con los puntos controvertidos bajo análisis se advierte con claridad que la controversia está en determinar si alguna de las propuestas de liquidaciones que las partes se han cursado mutuamente ha quedado consentida y, por consiguiente, corresponde ordenar el pago del resultado que cualquiera de éstas arrojó o, en su defecto, determinar si la liquidación propuesta por PROVÍAS debe ser aprobada y la liquidación propuesta por la empresa CONSULTORA ser declarada inválida.

31. Para analizar la controversia suscitada entre las partes, resulta conveniente traer a la vista lo prescrito en el artículo 179 del RLCE:

«Artículo 179. –

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

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

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

arbitraje, según corresponda, en la forma establecida en los artículos 214 y/o 215.

2. Cuando el contratista no presente la liquidación en el plazo indicado, la Entidad deberá efectuarla y notificarla dentro de los quince (15) días siguientes, a costo del contratista; si éste no se pronuncia dentro de los cinco (5) días de notificado, dicha liquidación quedará consentida.

Si el contratista observa la liquidación practicada por la Entidad, ésta deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento dentro de los cinco (5) días siguientes; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por el contratista.

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

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

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

Una vez que la liquidación haya quedado consentida, no procede ninguna impugnación, salvo las referidas a defectos o vicios ocultos, las que serán resueltas mediante conciliación y arbitraje, de acuerdo con el plazo señalado en el artículo 177 del Reglamento.»

32. De la norma antes citada y, siguiendo al desarrollo normativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, se puede señalar que la liquidación del contrato consiste en un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales. Así, el artículo mencionado establece una serie de plazos con la finalidad de dar por concluida la etapa de ejecución contractual y la consecuente extinción de las obligaciones.

33. Aun cuando la norma no lo señale expresamente, en la medida que la liquidación contiene el balance económico del CONTRATO, ésta requiere ser aprobada por las partes para que sea vinculante y las obligue. Caso contrario, se estaría ante un supuesto de modificación unilateral del CONTRATO; como no cabe modificación unilateral del CONTRATO, sigue que la falta de acuerdo en la liquidación deberá ser resuelta por este Tribunal Arbitral, en virtud del convenio arbitral suscrito por las partes.
34. En caso la liquidación del CONTRATO hubiera sido acordada entre las partes configura un acto jurídico, según ésta es definido en el artículo 140 del Código Civil como la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.
35. En ese sentido, la liquidación del contrato para que sea vinculante y exigible a las partes requiere el consentimiento de ambas. El consentimiento es un concepto jurídico que hace referencia a la exteriorización de la voluntad entre dos o varias personas para aceptar derechos y obligaciones. Su principal marco de actuación es el Derecho Civil y, en especial, el derecho de las obligaciones y de contratos, en los cuales el consentimiento desempeña un papel fundamental en el marco de la autonomía de la voluntad.
36. En la legislación peruana, a la que se han sometido las partes, la institución bajo comentario se encuentra previsto en los artículos 1352 y 1373 del CÓDIGO CIVIL:

«Artículo 1352. -

Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad...

Artículo 1373. -

El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.»

37. Así, el consentimiento se define como el concurso entre la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el negocio jurídico; por lo cual se considera un requisito esencial para la formalización de los contratos y para cualquier otra asunción de derechos y obligaciones que requiera voluntariedad, como es la aceptación de herencias, contraer matrimonios o, como el presente caso, contraer derechos y obligaciones derivados de la liquidación del CONTRATO.

38. Con el ánimo de dotar de celeridad a la obtención de un consenso entre las partes respecto de la liquidación del CONTRATO, **la normativa de contratación estatal citado *supra* ha previsto presupuestos específicos en los que, dentro de un procedimiento con plazos delimitados, ante el silencio o la inacción, dota de efectos vinculantes para las partes del resultado de la liquidación del CONTRATO propuesta por cualquiera de ellas, considerándola consentida o aprobada.**

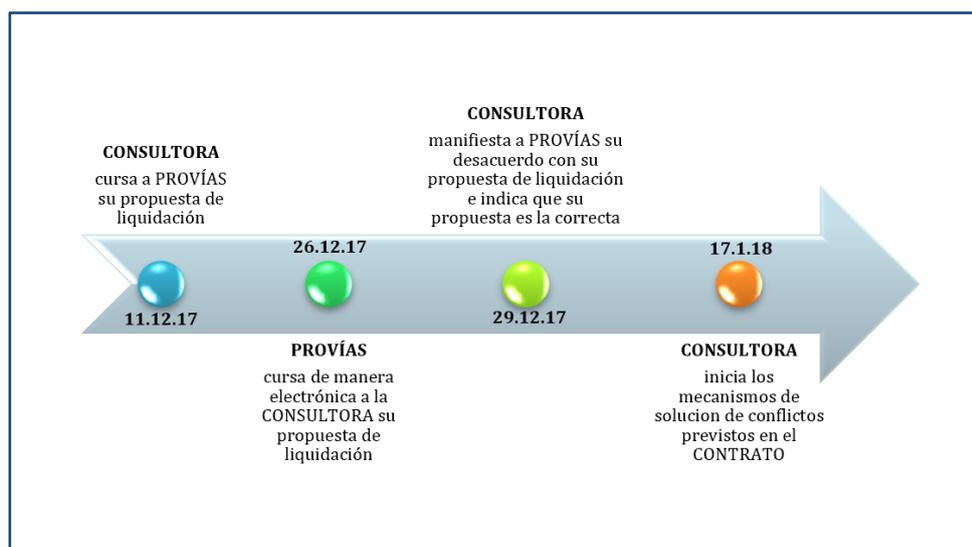
39. La disposición encuentra justificación en lo prescrito en el artículo 142 Código Civil vigente, el cual prescribe lo siguiente:

«Artículo 142. -

El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o bien el acuerdo le atribuyen ese significado.»

40. De este modo, en los contratos suscritos en el ámbito de la normativa de contratación estatal, como el que es materia de análisis, es la norma reglamentaria, la que ha previsto una forma de dotar al silencio o la inacción de cualquiera de las partes frente a una liquidación de contrato el significado de consentimiento [aceptación o aprobación] haciéndola vinculante y de obligatorio cumplimiento.
41. Es del todo errado asumir que la manifestación unilateral de la voluntad de cualquiera de las partes obligue a la contraria. Lo que hace que la liquidación tenga efectos vinculantes y, por tanto, sea de obligatorio cumplimiento, es la aceptación o acuerdo de ésta. A falta de acuerdo, en virtud del convenio arbitral suscrito, tendrá que ser este Tribunal Arbitral quien dirima esa controversia, teniendo en cuenta el planteamiento de las partes.
42. En el caso bajo análisis ambas partes manifiestan que, en aplicación de los plazos previstos en el artículo 179 del RLCE citado *supra*, las propuestas de liquidaciones han quedado consentidas o aprobadas. Para

analizar este aspecto es pertinente traer a colación los actos desplegados por las partes en el marco de la liquidación del CONTRATO:



43. De la línea de tiempo traída a la vista en relación con el procedimiento de liquidación seguido por las partes queda en claro que la empresa CONSULTORA luego de recibida la propuesta de liquidación por parte de PROVÍAS comunicó a ésta, 3 días después, su desacuerdo con los resultados, con lo cual, el consentimiento demandado por PROVÍAS no se ha producido.
44. Conforme se ha señalado en los considerandos precedentes, para que la liquidación quede -o se entienda- consentida no se quiere el silencio o la inacción. Es el silencio o la inacción finalmente el que se traduce en manifestación de voluntad «positiva» o de aceptación de la liquidación presentada por su contraparte.

45. Dado que en el presente caso no se ha dado el silencio requerido normativamente para que opere el consentimiento en relación con la propuesta de liquidación cursada por PROVÍAS, corresponde desestimar el extremo de la primera pretensión de la reconvencción.
46. Para el caso del consentimiento de la liquidación propuesta por la empresa CONSULTORA se ha suscitado el mismo caso; esto es, PROVÍAS se ha pronunciado dentro del plazo establecido normativamente, con lo cual, en principio, tampoco se ha dado el consentimiento cuya declaración se demanda.
47. Señalamos en principio por que la empresa CONSULTORA ha señalado que la notificación del pronunciamiento por parte de PROVÍAS en el marco de la liquidación del CONTRATO no sería válida, en la medida que habría sido efectuada electrónicamente fuera del horario de oficina. Postula la empresa consultora como sustento normativo las disposiciones de la LPAG.
48. Ciertamente en el presente caso nos encontramos ante los denominados «Contratos Administrativos», pero ello no implica que PROVÍAS ejerza frente a la empresa CONSULTORA sus potestades administrativas y que emita actos administrativos en el marco del CONTRATO, para que la LPAG resulte aplicable.
49. El contrato administrativo, al igual que el contrato privado, se encuentra inmerso dentro de la doctrina general del contrato, no constituyendo un ámbito paralelo ni diferente. La esencia de la concepción misma del

contrato no varía cuando se está frente a contratos vinculados con la actividad del órgano administrativo contratante. Si bien los elementos jurídicos-administrativos pueden ser más intensos en los contratos administrativos, aquello sólo constituye una especie dentro del género de los contratos.

50. En efecto, las disposiciones de la LCE y el RLCE tienen por objeto regular las relaciones contractuales que se instauran entre las entidades y los proveedores o contratistas, desde los requisitos y procedimiento para el perfeccionamiento de los contratos, hasta la culminación de estos.

51. En contraposición a los fines de la LCE y el RLCE, la LPAG regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común, como se desprende del artículo II de su Título Preliminar:

«Artículo II. – Contenido

1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.

2. Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos

favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley.

3. Las autoridades administrativas, al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley» [énfasis agregado].
52. De este modo, resulta discutible que la LPAG sea una norma compatible con la normativa de contratación estatal –la LCE y el RLCE– y, por tanto, aplicables supletoriamente al CONTRATO suscrito por las partes. No obstante, aun teniendo en cuenta esta duda, no se debe perder de vista que **la nota característica del acto administrativo es que éste sea emitido en el marco de una relación de derecho público**. Específicamente el artículo 1 de la LPAG define al acto administrativo como sigue:

«Artículo 1. – Concepto de acto administrativo

- 1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.
- 1.2 No son actos administrativos:

1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.

1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades» [Énfasis agregado].

53. Tanto MORÓN URBINA¹, HUAPAYA² como MELGAREJO³ consideran que el requisito de la relación de derecho público se cumple cuando una entidad hace ejercicio de una potestad pública o, lo que es lo mismo, ejerciendo función administrativa. De este modo, para que un acto de la Administración Pública califique como un acto administrativo, deberá de cumplir con los requisitos señalados en el Artículo 1 de LPAG, dentro de los cuales se encuentra el del ejercicio de una función administrativa por

¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. [2001]. Los Actos Administrativos en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Derecho & Sociedad, [17], p. 245. Recuperado

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php>.

² HUAPAYA TAPIA, Ramón Alberto. Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General. Revista del Círculo de Derecho Administrativo [9]. p. 126. Recuperado

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16889>.

³ MELGAREJO DÁVILA, Rafael. Los sujetos del procedimiento administrativo. En: Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. MARAVÍ SUMAR, Milagros [compiladora]. Fondo Editorial de la UPC. p. 247.

parte de las entidades, la cual podrá manifestarse como una actividad de mando, sanción, ejecución o resolución de controversias.

54. De la revisión de la Resolución Directoral 1507-2017-MTC/20 cursado por PROVÍAS a la empresa CONSULTORA se advierte que fue emitida en calidad de contraparte contractual, mas no en ejercicio de sus atribuciones como administración pública, motivo por el cual resulta inadecuado reconocerle la calidad de acto administrativo. Notemos que la Resolución Directoral 1507-2017-MTC/20 emitida por PROVÍAS no contiene orden, sanción, ejecución de precepto legal o resolución de controversia alguna.
55. La fuente de las potestades que la administración está obligada a ejercer en el marco de su función administrativa es la Ley o, por derivación de esta, la norma reglamentaria. Es así como se brinda sentido a los privilegios relacionados con los actos administrativos. Sobre el particular, HUAPAYA⁴ señala que:

⁴ El «carácter regulador» del acto administrativo es definido por el autor de la siguiente manera: «... el acto administrativo tiene un aspecto mucho más importante que el de constituir un parámetro necesario para el control de la actuación administrativa ... enfatizamos en señalar, siguiendo claro está a BOCANEGRA, que la función primordial del acto administrativo es su carácter regulador, creador de relaciones jurídicas entre administración y administrados sometidas al Derecho administrativo.

Esta noción se explica en la medida que el acto administrativo es un instrumento para el ejercicio de las potestades administrativas, siempre de ejercicio unilateral, en la medida que la concreción de los poderes abstractos que la norma confiere a la Administración, se logra a través de la emisión de declaraciones de voluntad unilaterales destinadas a regular situaciones jurídicas de los particulares, en el marco de normas de derecho administrativo, y para un caso individualizado perfectamente. De tal suerte que, como consecuencia de esta función primordial, concreta y estricta del acto administrativo, esto es, su carácter regulador, opera además, una función estabilizadora, la que se expresa en otorgar seguridad y estabilidad a las relaciones jurídicas que son objeto de una regulación concreta, en la medida que se trata de declaraciones no realizadas en virtud a un libre albedrío o voluntad de las entidades, sino que se trata de actos estrictos de aplicación del

«Los actos administrativos deben dictarse en el ejercicio de una potestad de Derecho Público: Este último dato señala el carácter atributivo de la potestad para dictar actos administrativos.

Esta potestad o poder debe provenir de una ley, por ejercicio de un sistema de vinculación positiva a la legalidad, en la medida que se busca modificar la realidad en función a la emisión de un acto de contenido decisorio sobre la esfera del particular...».

56. Así, los actos administrativos son una concreción de un mandato legal o reglamentario que tiene como finalidad generar cambios en la esfera jurídica de un particular con fines «regulatorios», afirmándose por medio de ellos la autoridad administrativa. Sin embargo, la fuente de la emisión de la Resolución Directoral 1507-2017-MTC/20 en controversia emana del CONTRATO.
57. En línea con lo antes señalado, respecto de la transición entre la actuación de la Administración por medio de actos administrativos hacia contratos, GASPAR ARIÑO⁵ ha señalado lo siguiente:

«En principio, es muy cierto que el modo de expresión ordinario de la Administración Pública es el acto administrativo. Puede hacerlo también a través de normas o de actuaciones materiales, pero el centro lo ocupa el acto, que es ejecución de la norma y

derecho al caso concreto, en este caso, al universo de relaciones jurídicas entabladas entre la administración y los administrados». p. 121.

⁵ «El enigma del contrato administrativo». Revista de Administración Pública 172. p. 87-88.

título legitimador de la actuación material. Es lógico, por tanto, que en todo lo que podemos llamar la «génesis» del contrato o contrato in fieri la Administración manifieste su voluntad mediante actos sucesivos que están sometidos, como todos los actos, a la normativa dictada al efecto...

Ahora bien, una vez formalizado el contrato, cualesquiera que sean los términos de este, éste se convierte en la norma primera a aplicar a esa relación. El acuerdo de voluntades, tal como quedó plasmado en el contrato, es el que determina el contenido obligacional, porque en eso consiste esencialmente la esencia de todo contrato: en la fuerza del contractus-lex...» [cita parcial y énfasis agregado].

58. De lo citado anteriormente resulta evidente que la naturaleza de derecho público de la relación entre la empresa CONSULTORA [postor] y PROVÍAS [administración] en el marco de un proceso de licitación o contratación, se desplaza hacia una relación entre contratantes regida por el CONTRATO y en el marco de una relación de derecho privado.
59. En esta línea de análisis, el CONTRATO suscrito por las partes no es –ni tiene porqué ser– una excepción a lo anterior; siendo así, como lo hemos señalado, los actos desarrollados por las partes en virtud del CONTRATO, entre ellos las notificaciones que PROVÍAS efectuó a la empresa CONSULTORA, no están sujetos a las disposiciones contenidas en la LPAG, antes bien, en tanto se está frente a una relación contractual, las decisiones tomadas por las partes se deberán regir por las obligaciones

y derechos asumidos con la suscripción del CONTRATO y las disposiciones inmersas en la normativa de contratación estatal a las cuales éstas han decidido voluntariamente someterse⁶.

60. En relación con las notificaciones, en el CONTRATO las partes han pactado lo siguiente:

«CLAUSULA VIGESIMA OCTAVA: NOTIFICACIONES

28.1 Para los fines del presente Contrato, constituyen formas válidas de comunicación las que se efectúen través de los medios electrónicos, como son: fax y/o correo electrónico, para lo cual se utilizarán los números telefónicos y direcciones electrónicas indicados por EL SUPERVISOR en la introducción del presente Contrato y/o en la declaración jurada de datos contenida en su Propuesta Técnica.

28.2 Para este fin la Cédula de Notificación como Anexo 7, con sus antecedentes, transmitida por cualesquiera de los medios electrónicos señalados precedentemente deberá consignar obligatoriamente la fecha cierta en que ésta es notificada, oportunidad a partir de la cual surtirá efectos legales» [énfasis agregado].

⁶ Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, ello se encuentra garantizada por las sanciones para los casos de inejecución de contrato. Dicha fuerza obligatoria es complementada la inmutabilidad del contrato.

61. De la literalidad de la cláusula vigésima octava del CONTRATO no se advierte que se haya establecido un límite de horarios para llevar a cabo válidamente las notificaciones electrónicas. A fin de poder postular válidamente de que se debía respetar un límite horario se debió incluir una previsión expresa en el CONTRATO o cualquiera de sus partes integrantes. Interpretar que PROVÍAS estaba obligada a notificar en horarios determinados no encuentra asidero en la letra del pacto inmerso en la cláusula vigésima octava del CONTRATO⁷.
62. De este modo, en la medida que no resulta exigible el cumplimiento de un horario para las notificaciones, sigue que la notificación de la Resolución Directoral 1507-2017-MTC/20 es válida, con lo cual, el consentimiento de la liquidación del CONTRATO propuesto por la empresa CONSULTORA tampoco se ha producido, deviniendo en infundada la primera pretensión principal de la demanda.
63. No habiendo operado el consentimiento de las liquidaciones que las partes se han cursado mutuamente como propuesta, lo que corresponde, en virtud de lo demandado por PROVÍAS, es analizar si su propuesta de liquidación debe ser aprobada. Para tales efectos corresponde analizar si los conceptos y montos consignados en dicha propuesta de liquidación responde a las obligaciones y derechos asumidos por las partes con la suscripción del CONTRATO y las normas que la regulan (la LCE y el RLCE).

⁷ De conformidad con los artículos 168 y 1361 del CÓDIGO CIVIL, La interpretación literal tiene prevalencia respecto de los demás métodos de interpretación.

64. La empresa CONSULTORA sostiene que la liquidación propuesta por PROVÍAS no debe ser aprobada en la medida que no sería acorde al CONTRATO. Sustancialmente sostiene lo siguiente: (i) no se habría incorporado las valorizaciones 11 a la 14 y sus respectivos reajustes y deductivos; (ii) los montos incorporados por reajustes y deductivos de los pagos parciales efectuados no corresponderían a lo pactado en el CONTRATO; (iii) no se habría incorporado la contraprestación por la elaboración del expediente del saldo de Obra y la elaboración de la liquidación de la Obra; y, (iv) no se habría incorporado el pago de intereses legales correspondientes:

----- **Continúa en la siguiente página** -----

**CUADRO DE DISCREPANCIA ENTRE LAS LIQUIDACIONES
 PROPUESTAS POR LAS PARTES**

Valorización	ENTIDAD		SUPERVISOR		SUPERVISOR		TOTAL		
	REAJUSTES	LIQUIDACIONES	REAJUSTES	LIQUIDACIONES	REAJUSTES	LIQUIDACIONES			
1	270,022.50	4,562.56	384.17	-81,000.75	1,602.21	81,000.75	196,601.04	35,338.19	231,939.23
2	106,637.56	2,790.37	397.51	-31,981.27	632.76	31,981.27	77,647.63	13,976.57	91,624.20
3	354,723.73	10,703.48	1,743.04	-106,417.32	2,368.07	106,417.32	258,616.84	48,605.50	305,222.34
4	408,735.95	14,637.44	2,694.54	-122,020.79	2,716.30	122,020.79	296,850.91	53,438.56	350,289.47
5	302,031.48	15,468.20	3,006.40	-117,609.44	3,639.63	117,609.44	208,507.63	61,440.36	269,947.99
6	415,636.25	18,345.32	3,750.30	-124,750.68	3,849.91	124,750.68	306,679.20	58,034.26	364,713.46
7	391,536.64	18,815.44	3,894.15	-117,460.89	3,893.85	117,460.89	288,633.33	51,990.50	340,623.83
8	409,356.64	19,789.94	4,213.00	-122,608.99	4,505.90	122,608.99	309,111.69	54,568.21	357,742.62
9	416,877.39	20,768.13	4,473.08	-125,008.22	5,102.80	125,008.22	309,111.69	55,766.10	365,777.79
10	427,813.99	22,873.39	5,051.10	-128,374.20	5,202.86	128,374.20	312,506.90	66,224.96	378,427.27
11	417,691.62	25,003.37	5,932.86	-128,327.49	5,932.86	128,327.49	312,506.90	66,224.96	378,427.27
12	276,697.56	18,859.07	4,438.34	-92,870.27	4,438.34	92,870.27	207,220.01	37,317.60	244,637.61
13	102,182.62	7,012.07	1,650.04	-30,654.79	1,650.04	30,654.79	76,889.26	13,440.07	90,729.33
14	287,851.20	28,440.01	8,779.36	-37,717.44	2,075.84	37,717.44	296,393.21	53,350.78	349,743.99
Explicativo Saldo de Obra Ingresos (Por Marzo y Exp Saldo)	230,924.57				6,293.33		294,141.11	47,336.81	341,477.92

Valorizaciones N° 01 - 10

Valorizaciones N° 13 (feb-16)

Elaboración del Exp. De Saldo de Obra

Reajuste y Deducción a las Valorizaciones

Valorizaciones N° 14 (mar-16)

Liquidación de Supervisión

Valorizaciones N° 11 y 12

Intereses Legales

65. Sobre la base de las observaciones formuladas por la empresa CONSULTORA y la absolución de PROVÍAS, analizaremos si la liquidación propuesta por ésta última debe ser aprobada, conforme lo demanda.

Las valorizaciones 11 a la 14

66. Las valorizaciones 11 a la 13, correspondiente a los meses de diciembre de 2015 y enero y febrero de 2016, son valorizaciones pagadas oportunamente por PROVÍAS a la empresa CONSULTORA. Para que este pago se dé, como bien lo señala el Informe de Auditoría 054-2016-2-5204 emitido por el Órgano de Control Interno, PROVÍAS, a través de su área respectiva (que para efectos prácticos es lo mismo), ha emitido la conformidad de los servicios prestados⁸ por la empresa CONSULTORA. Para el caso de la valorización 14, correspondiente al mes de marzo de 2016, el escenario es distinto, aunque los une una común observación por parte de PROVÍAS, la efectiva prestación del SERVICIO durante dichos meses.
67. En efecto, pese haber otorgado la conformidad, PROVÍAS sostiene que los pagos efectuados a razón de las valorizaciones 11 a la 13 no responden a los servicios efectivamente prestados, sino más bien que provendrían de un actuar de mala fe de la empresa CONSULTORA. Para concluir ello sostiene que resulta incongruente que la empresa CONSULTORA emplee en la etapa de paralización de la Obra los mismos recursos (cantidad de personal y equipos) que cuando la obra se encuentra en ejecución, y cobre una contraprestación similar; asimismo, sostiene que, en buena fe, la empresa CONSULTORA, enterada de la resolución del contrato de obra

⁸ De conformidad con la cláusula quinta del CONTRATO los pagos serían efectuados de acuerdo con lo establecido en los términos de referencia, esto es, sobre la base de los servicios efectivamente prestados; y, de conformidad con lo establecido en los artículos 180 y 181 del RLCE, esto es, luego de emitida la conformidad del Servicio.

inmediatamente debió de reducir los recursos asignados a la Supervisión de ésta a efectos de proteger razonablemente sus intereses.

68. La buena fe puede ser concebida como un principio general del derecho privado, que remite a un conjunto de directivas que no han sido expresadas en el acuerdo contractual, relativas a la lealtad, honestidad y consideración recíproca que las partes contratantes pueden esperar razonablemente en su comportamiento mutuo, en atención a la especial relación que se ha formado entre ellas en virtud del contrato. Ese estándar de conducta es el estándar del contratante leal y honesto, el que esencialmente implica honrar la confianza que supone la especial relación de intercambio y cooperación que subyace al contrato, de modo de no comportarse abusivamente y no defraudar las legítimas expectativas de comportamiento de la parte contraria, en atención a la finalidad económica o el propósito práctico que subyace a la convención.
69. Si bien en virtud de la buena fe deudor y acreedor tienen el deber de colaboración para alcanzar la finalidad buscada de la manera que convenga mejor a los recíprocos intereses de ambos, ésta no puede alterar lo estipulado en el CONTRATO. Ello es así en la medida que el cumplimiento de la obligación contractual constituye la más básica expectativa de comportamiento de las partes contratantes, de ahí que la sola infracción del contrato constituya la más pura y elemental inobservancia a la buena fe contractual.
70. Así, como señala LEYSSER LEÓN, cuando el principio de la buena fe contractual es usado como un criterio interpretativo de los alcances de

las obligaciones de las partes, es utilizado de manera supletoria a lo establecido en el CONTRATO; esto es, cuando la voluntad negocial de éstas no es clara⁹.

71. En el caso bajo análisis, con relación a la prestación del Servicio, las partes han pactado, entre otros, lo siguiente:

TÉRMINOS DE REFERENCIA

«20.5 En caso el Supervisor no cuente con los recursos (personal y equipo) ofertados para el control de la obra se le aplicará una Penalidad equivalente al 10 % de la Valorización del mes en el que se detecta la falta...» [Cita parcial].

CONTRATO

«CLAUSULA VIGESIMA: OTRAS PENALIDADES

20.1 Procede igualmente la aplicación de penalidades distintas a las mencionadas en el artículo 165 de EL REGLAMENTO, las cuales deberán estar establecidas en el presente Contrato y las Bases Integradas del

⁹ LEÓN HILARIO, Leysser Luggi. «La buena fe en la negociación de los contratos: Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual». Themis 49. p. 142 (pie de página).

Concurso Público, en virtud de lo estipulado en el artículo 166 de EL REGLAMENTO...

- 20.6 En caso EL SUPERVISOR no cuente con los recursos (personal y equipo) ofertados para el control de la obra se le aplicará una Penalidad equivalente al 10 % de la Valorización del mes en el que se detecta la falta...» [Cita parcial].
72. De lo antes citado se aprecia con claridad que, durante el plazo de ejecución del servicio, y mientras las partes no modifiquen de mutuo acuerdo los términos del CONTRATO y sus partes integrantes, la empresa SUPERVISORA se encontraba obligada a contar con los recursos (personal y equipo) ofertados para el control de la Obra, siendo que, el hecho de no hacerlo se encuentra sancionado con la aplicación de una penalidad.
73. Estando a la claridad del pacto inmerso en el CONTRATO suscrito por las partes, el criterio interpretativo alegado por PROVÍAS, a la luz del principio de la buena fe, no resulta amparable; y, aun cuando queramos entenderla así, esta no sería acorde a la concepción de buena fe contractual constituido en el CÓDIGO CIVIL, sino todo lo contrario. **Interpretar que la empresa CONSULTORA debía decidir unilateralmente una reducción de recursos implica una infracción del CONTRATO y, por tanto, la más pura y elemental inobservancia a la buena fe contractual.**

74. Si bien PROVÍAS ha señalado que la conducta de la empresa CONSULTORA es contradictoria, teniendo en cuenta que ésta redujo su personal dos meses después de resuelto el contrato de Obra y no desde el inicio, tal contradicción, a la luz del Oficio 159-2016-MTC/20.5, es inexistente. El 29 de enero de 2016 (poco menos de dos meses de resuelto el Contrato de Obra) PROVÍAS requirió a la empresa CONSULTORA, mediante el referido Oficio 159-2016-MTC/20.5, la reducción de recursos, siendo evidentemente aceptada por ésta sin objeción alguna; esto es, la reducción de recursos resulta congruente con las coordinaciones efectuadas por las partes en el transcurso de la ejecución del CONTRATO¹⁰.
75. Este mismo Oficio 159-2016-MTC/20.5 nos da cuenta de que PROVÍAS se encontraba perfectamente informado que la empresa CONSULTORA continuaba prestando el Servicio con los recursos previstos en el CONTRATO, y no fue sino hasta la entrega de dicha comunicación (29 de enero de 2016) que requiere el cumplimiento del Servicio con menores recursos a los que se venían empleando.
76. PROVÍAS no decide finalizar la prestación del SERVICIO, sino que requiere a la empresa CONSULTORA la continuación de éste, pero con menos recursos. De ahí que en el presente caso no se encuentra en discusión la prestación del Servicio por parte de la empresa CONSULTORA a favor de PROVÍAS, sino si lo pagado (lo que se debe pagar

¹⁰ Al ser ello un acuerdo entre las partes configura un acto jurídico según esta es definido en el artículo 140 del Código Civil como la manifestación de voluntad destinada a crear, regular y modificar relaciones jurídicas patrimoniales o extrapatrimoniales.

para el caso de la valorización 14) resulta congruente con los recursos que se debían utilizar para la prestación del Servicio.

77. Bajo las consideraciones expuestas, es dable arribar a la conclusión de que la reducción de recursos alegada por PROVÍAS para los meses de diciembre de 2015 y enero de 2016 sobre la base del principio de la buena fe no resulta amparable. Los recursos empleados encuentran justificación en el CONTRATO, en virtud del cual la empresa CONSULTORA se encontraba obligada a prestar el servicio con los recursos (personal y equipo) ofertados para el control de la obra.
78. El siguiente argumento de PROVÍAS descansa en que los informes donde se detallan las actividades desarrolladas por la empresa CONSULTORA (Información de especialistas) evidenciarían que las labores descritas por ciertos especialistas no estaban sustentadas fehacientemente, ya que no se acreditaba ni sustentaba la ejecución de las partidas de obra relacionadas a la supervisión de su especialidad durante ese mes y, por tanto, la empresa CONSULTORA no debe cobrar por ello.
79. Para analizar lo argumentado por PROVÍAS resulta pertinente precisar que, en nuestro Código Civil se mantiene la tradicional clasificación basada en la prestación, dividiéndolas en obligaciones con prestación de dar, hacer y no hacer. Sobre dichas clases de obligaciones por razón de la prestación, ALBALADEJO¹¹ expresa lo siguiente:

¹¹ ALBALADEJO, Manuel. Derecho de Obligaciones, Edisofer S.L., Madrid, España, 2004, pág. 35.

«La obligación positiva de dar es la encaminada a transmitir la propiedad u otro derecho real, o a entregar una cosa, aun sin transmitir un derecho real sobre ella (por ejemplo, la obligación de entregar la cosa el arrendador al arrendatario, o de devolvérsela -entregarla- éste a aquel, o el comodatario al comodante, etc.) ...

La obligación positiva de hacer es toda aquella cuya prestación consiste en una actividad -trabajo manual o intelectual, servicios u obras- diversa a la de dar.

La obligación negativa es, según he dicho, aquella cuya prestación consiste en una omisión: bien, simplemente no hacer (no montar determinada clase de negocio, por ejemplo), bien tolerar al acreedor haga algo, sin oponerse (por ejemplo, el vecino saque agua de nuestro pozo) ...» [Cita parcial y énfasis agregado].

80. La relevancia o trascendencia de la distinción entre las obligaciones de dar, hacer y no hacer tiene una importancia práctica y doctrinaria, puesto que la identificación de la modalidad a la que una prestación pertenezca dará lugar a determinar y conocer el régimen jurídico al que está sujeto, así como toda la categoría de obligaciones que por el mismo serán exigibles.
81. En el presente caso, como bien lo señala PROVÍAS, la función del supervisor consiste en controlar los trabajos que se realizan en la obra,

cautelando directa y permanentemente la correcta ejecución de esta y el cumplimiento del contrato. Siendo así, se tiene como contenido de la obligación la realización de un servicio que involucra el esfuerzo del hombre. Si bien las partes han establecido como obligación la presentación de diversos informes por parte de la empresa CONSULTORA, ello solo constituye un medio de información de la prestación de los servicios, cual obligación accesorio.

82. Lo anterior resulta congruente con la forma de pago pactada por las partes, que va en relación con los recursos utilizados para la prestación efectiva del Servicio. Este Tribunal Arbitral advierte que PROVÍAS confunde servicio efectivamente prestado con la realización de un informe específico de una actividad específica cual contrato constituido con una obligación de dar y no uno de hacer en donde el contenido de la obligación involucra únicamente el esfuerzo y la participación del personal asignado por la empresa CONSULTORA para la prestación del Servicio, tal y como se establece en la cláusula 15.3 del CONTRATO en sintonía con la cláusula 20.6 relativo a la presencia obligatoria del personal ofertado.
83. PROVÍAS señala básicamente que las labores descritas por la empresa CONSULTORA en los informes mensuales no sustentan la presencia de determinados especialistas en la prestación del Servicio en los meses de paralización de la Obra. Las observaciones se encuentran resumidos en el siguiente cuadro inmerso en el escrito de PROVÍAS del 14 de noviembre de 2019 como sigue:

PERSONAL PROFESIONAL	DESCRIPCIÓN Y EVALUACIÓN DE ACTIVIDADES
	De acuerdo al reporte del especialista, no se evidencian actividades desarrolladas en el presente mes en su especialidad, por lo que no se considera justificada la presencia del Especialista en relaciones comunitarias en el referido periodo.
Especialista en arqueología	<p>Descripción de Actividades: El informe del especialista en arqueología no evidencia el desarrollo de actividades en el referido periodo de paralización, toda vez que no había partidas en ejecución para monitorear en arqueología.</p> <p>Evaluación de Actividades: Se considera que la presencia del Especialista en arqueología no ha sido justificada en el referido periodo.</p>
Especialista en geología y geotecnia	<p>Descripción de Actividades: El informe de actividades del especialista en geología y geotecnia reporta similar información a la que fue reportada en el informe mensual n.º 10 de diciembre de 2015.</p> <p>Evaluación de Actividades: Se considera que la presencia del Especialista en geología y geotecnia no fue justificada razonablemente en el referido periodo.</p>
Especialista en seguridad y salud ocupacional	<p>Descripción de Actividades: El informe del especialista indica lo siguiente</p> <ul style="list-style-type: none"> - Introducción - Objetivo - Datos generales del proyecto - Programa de salud local (No reporta actividad) - Programa de seguridad vial (No reporta actividad) - Programa de prevención de pérdidas y contingencias (No reporta actividad) - Programa de salud ocupacional (No reporta actividad). <p>Evaluación de Actividades: Lo descrito por el especialista en su reporte de actividades no evidencia el desarrollo de acciones en el presente mes ya que la obra continuaba paralizada, por lo que se considera injustificada la presencia del Especialista en seguridad y salud ocupacional en el referido periodo.</p>
Especialista en relaciones comunitarias	<p>Descripción de Actividades: El informe del especialista indica los siguientes aspectos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Introducción - Actividades constructivas e interferencias: se hace mención a las interferencias que han ocasionado la paralización de la obra, y enfrentamiento de los pobladores con el contratista por la explotación de canteras - Seguidamente, el reporte de actividades detalla los mismos puntos que fueron indicados en el informe del mes anterior <p>Evaluación de Actividades:</p>

84. Del extracto de la postura de PROVÍAS se advierte con claridad que la única objeción está en si la presencia de determinados especialistas se encuentra justificada. A la luz de las consideraciones previamente expuestas, la presencia de dichos profesionales encuentra justificación en el CONTRATO, en virtud del cual la empresa CONSULTORA se encontraba obligada a prestar el servicio con los recursos (personal y equipo) ofertados para el control de la obra, con independencia de si

actividades desarrolladas en dichos meses sean mínimas o máximas respecto de lo efectuado en meses anteriores.

85. De este modo, estando a que la empresa CONSULTORA sí prestó servicios de supervisión en los meses de diciembre de 2015 y enero y febrero de 2016 con los recursos (personal y equipo) ofertados -siendo esto lo entendido, dado que PROVIAS dio la conformidad respectiva y posterior pago-, éstos si deben formar parte de la liquidación del CONTRATO en los términos liquidados por la empresa CONSULTORA.

Reajustes y deductivos

86. Otro aspecto controvertido respecto a la aprobación de la liquidación propuesta por PROVIAS es lo relativo a los reajustes y deductivos. La controversia se centra básicamente en el índice de precios al consumidor aplicable al CONTRATO; mientras que la empresa CONSULTORA sostiene que el índice de precios al consumidor aplicable es el publicado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en el año 2011, PROVIAS sostiene que es el publicado en 2009.
87. Para analizar la controversia suscitada entre las partes debemos acudir al CONTRATO. En él, en relación con los reajustes y deductivos, las partes han pactado lo siguiente:

----- **Continúa en la siguiente página** -----

CLÁUSULA SEXTA: REAJUSTES

6.1 Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 49° de **EL REGLAMENTO**, y numeral 2.12 Reajustes de los Pagos, Capítulo II Del Proceso de Selección de la Sección Específica de las Bases Integradas del Concurso Público las valorizaciones del componente en moneda nacional que presente **LA SUPERVISIÓN DE OBRA** se reajustarán de acuerdo a la fórmula siguiente:

$$Pr = [Po \times (Ir/Io)] - [(A/C) \times Po \times (Ir - Ia)/(Ia)] - [(A/C) \times Po]$$

Dónde:

Pr = Monto de la Valorización reajustada.
Po = Monto de la Valorización correspondiente al mes de servicio, a precios del al mes del Valor Referencial (febrero 2014)
Ir = Índice General de Precios al Consumidor (INEI-LIMA) a la fecha de Valorización.
Io = Índice General de Precios al Consumidor (INEI-LIMA) al mes de la fecha del Valor Referencial (febrero 2014)
Ia = Índice General de Precios al Consumidor (INEI-LIMA) a la fecha de pago del Adelanto.
A = Adelanto en Efectivo entregado.
C = Monto del Contrato Principal

88. De lo antes citado se advierte con claridad que las partes han pactado una fórmula polinómica para reajustar la contraprestación. Esta fórmula polinómica tomó como dato el índice general de precios al consumidor de la ciudad de Lima.

89. Ahora bien, los índices al consumidos publicados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) son los siguientes:

INDICES DE PRECIOS

- ▣ Índice de Precios al Consumidor de Lima Metropolitana (Base 2009 = 100) Variación Porcentual Mensual, Acumulada y Anual
- ▣ Índice de Precios al Consumidor a Nivel Nacional (Base Diciembre 2011 = 100) Variación Porcentual Mensual, Acumulada y Anual
- ▣ Índice de Precios al por Mayor a Nivel Nacional (Base diciembre 2013 = 100), y Variación Porcentual Mensual y Acumulada
- ▣ Índice de Precios de Maquinaria y Equipo de Lima Metropolitana (Base diciembre 2013 = 100), Variación Porcentual Mensual y Acumulada
- ▣ Índice de Precios de Materiales de Construcción de Lima Metropolitana (Base diciembre 2013 = 100) Variación Porcentual Mensual y Acumulada
- ▣ Indices Unificados de Precios de la Construcción (Base Julio 1992 = 100) Variación Porcentual Mensual, Acumulada y Anual

90. De lo anterior se advierte con claridad que, de los índices al consumidor publicados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), sólo el de 2009 es de la ciudad de Lima Metropolitana, siendo ésta la que debe ser aplicada por las partes.
91. El índice de precios al consumidor cuya aplicación ha sido postulada por la empresa CONSULTORA (Base Diciembre de 2011 = 100) no es acorde al CONTRATO en tanto es aquel indicador económico elaborado y publicado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) sobre la variación conjunta de los precios a nivel nacional y no de la ciudad de Lima.
92. Bajo tales consideraciones, los reajustes y deductivos que deben ser incorporados en la liquidación del CONTRATO deben ser calculados tomando en cuenta el índice de precios al consumidor de Lima Metropolitana (Base 2009 = 100), conforme lo postula PROVÍAS.

El expediente del saldo de Obra y la liquidación de la Obra

93. Otro aspecto controvertido respecto a la aprobación de la liquidación propuesta por PROVÍAS es lo relativo al pago de la contraprestación por la elaboración del expediente del saldo de Obra y la liquidación del contrato de Obra.
94. La empresa CONSULTORA sostiene que PROVÍAS debía incorporar en la liquidación la contraprestación por la elaboración del expediente del saldo de Obra y por la elaboración de la liquidación de la Obra. PROVÍAS

sobre este punto no ha señalado argumento alguno por el cual la contraprestación a favor de la empresa CONSULTORA no deba ser pagada.

95. En cuanto a la liquidación del contrato de la obra objeto de supervisión por parte del CONSORCIO, teniendo en cuenta que su ejecución se encuentra dentro de los alcances del CONTRATO¹² y su ejecución a conformidad de PROVÍAS se encuentra probada, si debe ser incorporado en la liquidación del CONTRATO.
96. En lo que respecta al pago de la contraprestación por la elaboración del expediente del saldo de Obra, si bien igual su ejecución a favor de PROVÍAS se encuentra probada¹³, este Tribunal Arbitral no ha podido verificar que dicha prestación se encuentre dentro de los alcances del CONTRATO. Para que pueda formar parte de la liquidación del CONTRATO subyace la necesidad de que su ejecución haya sido autorizada de manera previa por el titular de PROVÍAS, de cara que, de no haberlo hecho, no forma parte de la relación jurídica contractual, siendo ello además una materia no susceptible de arbitrabilidad¹⁴ y, por

¹² El numeral 3.1.3.16 de los Términos de Referencia del CONTRATO establecen lo siguiente:

«En caso de que el Contratista no entregue la liquidación de Contrato de Obra en el plazo previsto en el Art 211 del Reglamento del Decreto Legislativo 1017 Ley de Contrataciones del Estado aprobado con el D S 138 2012 EF, es responsabilidad del Supervisor proyectar la liquidación correspondiente en idéntico plazo»

¹³ PROVÍAS aprobó el Expediente Técnico del Saldo de Obra el 1 de junio del 2017, mediante la Resolución Directoral 30-2017-MTC/20.

¹⁴ La ejecución de prestaciones adicionales bajo la normativa de la contratación estatal implica el ejercicio de una potestad o prerrogativa pública de modificación unilateral del contrato. Dicha potestad ha sido conferida a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público, para abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de las funciones que le ha conferido la Ley. Cabe resaltar

tanto, algo respecto del cual este Tribunal Arbitral pueda ejercer válidamente competencia para emitir una decisión.

97. Bajo esta línea de análisis, la contraprestación por la elaboración del expediente del saldo de Obra no debe formar parte de la liquidación del CONTRATO.

El pago de intereses

98. Finalmente, como último aspecto controvertido en relación con la liquidación del CONTRATO es aquella referida al pago de intereses. Para poder discutir acerca del pago de intereses tenemos que estar en presencia de una demora o retraso en el pago oportuno de la contraprestación.
99. La empresa CONSULTORA pretende incorporar en la liquidación el cobro de intereses por la presunta demora en el pago de la contraprestación por la elaboración del expediente del saldo de Obra y la liquidación del contrato de Obra. Conforme lo analizado en los considerandos precedentes, sólo el último de ellos resulta exigible en el marco de la liquidación del CONTRATO y, por tanto, solo si nos encontramos ante una demora en el pago de la contraprestación por la elaboración de la

que si bien el Estado ha decidido sustraerse de la de jurisdicción ordinaria para someter sus controversias al fuero arbitral –delimitando la manifestación de voluntad y estableciendo un arbitraje forzoso para aquellas controversias que surjan desde la suscripción del contrato hasta la conformidad, liquidación y pago, según corresponda– ha sido el propio Estado el que, ha decidido sustraer, mediante Ley, la arbitrabilidad de las prestaciones adicionales, siendo materias no arbitrables.

liquidación del contrato de Obra se podrá amparar el pago demandado por la empresa CONTULTORA.

100. La empresa CONSULTORA no ha probado haber requerido el pago a PROVÍAS con anterioridad a la liquidación que propuso en el marco de la liquidación del CONTRATO, con lo cual, se entiende que su cobro fue efectuado recién a partir de su presentación. Así, en la medida que la liquidación del CONTRATO recién está siendo delimitada a través del presente laudo, no corresponde pago de interés moratorio alguno.
101. Bajo estos lineamientos, no corresponde incorporar en la liquidación del CONTRATO pago de intereses por una demora en el pago de la contraprestación por la elaboración del expediente del saldo de Obra y la liquidación del contrato de Obra.

La liquidación propuesta por PROVÍAS

102. En suma, del análisis de los aspectos controvertidos por las partes en relación con la liquidación del CONTRATO se advierte que la liquidación propuesta por PROVÍAS no es acorde al CONTRATO en la medida que no incorpora las valorizaciones 11 a la 14 y la contraprestación correspondiente a la elaboración del expediente del saldo de Obra y la liquidación del contrato de Obra.
103. Estando a lo anterior, no corresponde aprobar la liquidación propuesta por PROVÍAS, deviniendo en infundada también este extremo de la primera pretensión de la reconvención.

104. En cuanto al pago demandado por PROVÍAS en relación con la liquidación del CONTRATO, en la medida que no han sido aprobadas ninguna de las liquidaciones propuestas por las partes y, careciendo de competencia este Tribunal Arbitral para determinarla (no ha sido demandado por las partes), no corresponde ordenar pago alguno, deviniendo en infundada la segunda pretensión de la reconvención.

La liquidación propuesta por la CONSULTORA

105. Por último, PROVÍAS ha demandado que se declare inválida la liquidación propuesta por la empresa CONSULTORA.
106. PROVÍAS no ha argumentado cuál es la causal de invalidez en la que se encuentra inmersa la propuesta de liquidación de la empresa CONSULTORA. La mera circunstancia de discrepar del contenido de la posición de la empresa CONSULTORA respecto de la liquidación no constituye per se una causal de nulidad o invalidez.
107. En el ordenamiento jurídico peruano, la nulidad «es aquella sanción civil que consiste en privar de efectos jurídicos al negocio inadecuadamente conformado, o para proteger de ellos a las partes intervinientes del negocio, a los terceros y a la sociedad en general cuando estos efectos constituyen atentados contra los intereses de aquellos a quienes la ley protege»¹⁵.

¹⁵ LOHMANN, Guillermo, El Negocio Jurídico. Editora Jurídica Grijley EIRL. 2da Edición. Lima, 1994. pág. 526 - 529.

108. En materia de nulidad existen ciertos principios que diferencian esta figura de otras. Uno de estos es el denominado principio de legalidad. Esta regla señala que las causales de nulidad de un negocio jurídico solamente pueden ser determinadas por ley:

«Las causales de nulidad y anulabilidad son establecidas por ley [principio de legalidad]; no hay causales de nulidad o anulabilidad establecidas por convenio; los magistrados están prohibidos de crear causales de nulidad o anulabilidad, pues ellos deben administrar justicia con arreglo a la Constitución y a las leyes [art. 138 de la Const.].»

109. Dos de estas causales de nulidad son: [i] la nulidad expresa, regulada en el artículo 219 [7] del Código Civil; y [ii] la nulidad tácita o virtual, regulada en los artículos V y 219 [8] de dicho cuerpo normativo. En el caso que nos ocupa no se verifica ninguno de estos supuestos, además de que ello no ha sido argumento y mucho menos probado por PROVIAS.

110. Este Tribunal Arbitral aprecia que la postura de las partes descansa en la premisa errada de creer que la normativa de contratación estatal permite a las entidades o contratistas decidir unilateralmente los alcances económicos de la liquidación del CONTRATO.

111. Esta premisa, los ha conllevado a entender que la propuesta de liquidación del CONTRATO que elaboraron debía ser sometida a arbitraje para dejarla sin efectos o declararla nula, en vez de valorar lo que prescribe textualmente el artículo 211 del RLCE: lo que se ventila en

arbitraje es la falta de acuerdo respecto de la liquidación, para que, en aplicación del convenio arbitral suscrito, este Tribunal Arbitral dirima dicha controversia haciendo que la liquidación del Contrato se dé y sea recién de obligatorio cumplimiento para las partes. No siendo este el caso.

112. Ambas propuestas de liquidación elaboradas por las partes se encuentran dentro del marco de la liquidación del CONTRATO prevista normativamente (RLCE) lo que no la hace vinculante y de obligatorio cumplimiento. Lo que otorga fuerza vinculante u obligatoriedad es el acuerdo de las partes respecto de la liquidación del CONTRATO y, a falta de acuerdo, este aspecto debe ser decidido a través del arbitraje, siguiendo el planteamiento de las partes.
113. De este modo, en el marco de la ejecución del presente laudo, las partes deberán obtener el resultado de la liquidación, teniendo presente que ningún concepto y monto puede ser variado o incorporado. Todos los aspectos controvertidos de la liquidación del CONTRATO, en el marco del presente arbitraje, ya han sido plenamente dirimidos.
114. Sobre la base de lo anterior no corresponde declarar la invalidez de la propuesta de liquidación que la empresa CONSULTORA cursó a PROVÍAS en el marco de la liquidación del CONTRATO, sin que ello signifique que la misma tenga fuerza vinculante u obligatoria frente a PROVÍAS, deviniendo en infundada la tercera pretensión principal de la reconvencción.

§ Las garantías del CONTRATO

115. Teniendo en cuenta que los siguientes puntos controvertidos se encuentran relacionados fáctica y jurídicamente resulta conveniente analizarlos de manera conjunta:

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar a PROVÍAS que reconozca y pague a la empresa CONSULTORA los mayores costos derivados de la renovación de las cartas fianzas otorgadas para garantizar el fiel cumplimiento del CONTRATO y la amortización total de los adelantos otorgados.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

De ampararse el segundo punto controvertido, determinar si corresponde ordenar a PROVÍAS devolver a la empresa CONSULTORA las cartas fianzas de fiel cumplimiento y adelanto.

116. Esencialmente las partes argumentan lo siguiente en relación con los puntos controvertidos antes citados:

- POSTURA DE LA EMPRESA CONSULTORA

La empresa CONSULTORA sostiene que, habiendo quedado consentida su propuesta de liquidación y no habiendo más obligaciones cuyo cumplimiento a su cargo garantizar con la

carta fianza de fiel cumplimiento y de adelantos, las mismas le deben ser devueltas por parte de PROVÍAS.

Sobre la base del consentimiento de su propuesta de liquidación del CONTRATO la empresa consultora sostiene que PROVÍAS ha retenido indebidamente las referidas cartas fianzas de fiel cumplimiento y adelantos, debiendo asumir los mayores costos de su renovación que se haya generado desde el consentimiento de la liquidación hasta la fecha efectiva de la devolución de estas.

- **POSTURA DE PROVÍAS**

PROVÍAS sostiene que los adelantos otorgados no han sido amortizados por completo y existe un saldo a su favor en virtud de la liquidación del CONTRATO por lo que la devolución de las referidas cartas fianzas no procede.

PROVÍAS sostiene que es una obligación prevista normativa que las referidas garantías se encuentren vigentes hasta la amortización total de los adelantos y hasta el consentimiento de la liquidación del CONTRATO, presupuestos que no se habrían dado.

117. De lo expuesto por las partes en relación con los puntos controvertidos bajo análisis se advierte con claridad que la controversia está en determinar si la devolución de las garantías entregadas por la empresa SUPERVISORA a PROVÍAS en virtud del CONTRATO deben ser devueltas.

118. En materia civil, la garantía es un mecanismo jurídico para proteger o asegurar el compromiso de que una determinada obligación será cumplida en tiempo y forma, que a criterio de este Tribunal Arbitral alcanza las obligaciones de pago relacionadas a las obligaciones contractuales cuyo cumplimiento se ha garantizado; esto es, a todas las obligaciones inmersas en el CONTRATO para el caso de la garantía de fiel cumplimiento, y la amortización total de los adelantos para el caso de la garantía de adelantos.

119. Por lo anterior, en tanto no exista una liquidación del CONTRATO aprobada por las partes, no se activa la obligación de devolución de la garantía de fiel cumplimiento, y justamente en este arbitraje se han sometido controversias relacionadas a las discrepancias de las partes respecto de la liquidación del CONTRATO, empero si bien se han dirimidos los aspectos controvertidos, no se ha otorgado a este Tribunal Arbitral la posibilidad de determinar el resultado de ésta ni mucho menos brindado los componentes técnicos necesarios.

120. De este modo, en ejecución del laudo, una vez determinado el resultado de la liquidación sobre la base de los montos no controvertidos y los dirimidos por este Tribunal Arbitral, PROVÍAS deberá determinar si procede o no la devolución de estas, sobre la base del resultado final que obtenga, de suerte que, de resultar un saldo a favor de la empresa CONSULTORA la misma deberá ser automáticamente devuelta y de resultar un saldo a favor de PROVÍAS esta deberá seguir el procedimiento

normativamente previsto para procurarse el pago a su favor, de ser necesario con la ejecución de las mismas.

121. De este modo no corresponde por el momento ordenar a PROVÍAS devolver a la empresa CONSULTORA las cartas fianzas que otorgó para garantizar el fiel cumplimiento del CONTRATO y la amortización total de los adelantos, deviniendo en improcedente la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal.
122. Asimismo, no habiendo un incumplimiento contractual por parte de PROVÍAS en el marco de la liquidación del CONTRATO y las reglas previstas para la devolución de las garantías, no existe los presupuestos indispensables para que la pretensión resarcitoria demandada por la empresa CONSULTORA pueda prosperar¹⁶, deviniendo en infundada la segunda pretensión principal de la demanda.

¹⁶ La obligación de resarcir e indemnizar responden a categorías distintas que ciertamente tienen en común la determinación de una compensación económica. El resarcimiento está vinculado a la teoría de la responsabilidad civil (nuestro Código Civil ha establecido dos regímenes de responsabilidad civil: responsabilidad por inejecución de obligaciones u obligacional y responsabilidad extracontractual derivado de actos ilícitos) que se encuentra guiada a resarcir vía compensación o equivalente actos ilícitos o incumplimientos contractuales; por su parte, la obligación de indemnizar está vinculada a una disposición normativa que busca una compensación económica como consecuencia de un desequilibrio económico causado.

En el campo contractual, la responsabilidad civil es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada entre las partes (antijuridicidad), siempre y cuando haya generado daños (daño), esto es, no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor, es necesario además, que el incumplimiento produzca una afectación a su contraria; de ahí que, toda reclamación de daños y perjuicios, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia. Se requiere también la presencia de los demás presupuestos de la responsabilidad civil como son: el nexo de causalidad (causa directa e inmediata, no indirecta ni mediata) y el criterio de imputación (dolo, culpa leve y culpa inexcusable).

§ La conformidad del servicio

123. Ahora compete analizar el siguiente punto controvertido:

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar a PROVÍAS emitir a favor de la empresa CONSULTORA la constancia de prestación.

124. Esencialmente las partes argumentan lo siguiente en relación con los puntos controvertidos antes citados:

- **POSTURA DE LA EMPRESA CONSULTORA**

La empresa CONSULTORA sostiene que en el presente caso han brindado el servicio a favor de PROVÍAS de manera correcta por lo que, en virtud de lo previsto en el artículo 178 del LRCE PROVÍAS les debe entregar la constancia de prestación.

- **POSTURA DE PROVÍAS**

PROVÍAS no ha manifestado argumento alguno sobre este extremo de las controversias puestas a conocimiento.

125. De lo expuesto por las partes en relación con los puntos controvertidos bajo análisis se advierte con claridad que la controversia está en

determinar si la constancia de prestación requerida por la empresa CONSULTORA debe ser emitida por PROVÍAS o no.

126. En cuanto al otorgamiento de la Constancia de Prestación el artículo 178° del RLCE prescribe lo siguiente:

«Artículo 178.- Constancia de prestación

Otorgada la conformidad de la prestación, el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad es el único autorizado para otorgar al contratista, de oficio o a pedido de parte, una constancia que deberá precisar, como mínimo, la identificación del objeto del contrato, el monto correspondiente y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista.

Sólo se podrá diferir la entrega de la constancia en los casos en que hubiera penalidades, hasta que éstas sean canceladas.»

127. De la norma antes citada se aprecia con claridad que **la finalidad de la emisión de la Constancia de Prestación es registrar el comportamiento de los contratistas durante la ejecución de un contrato¹⁷, concretamente, si éste ejecutó el contrato conforme a lo pactado, o si la entidad le aplicó penalidades**, ya sea la penalidad por

¹⁷ A mayor abundamiento véase la Opinión Nro. 196-2017/DTN emitida por la Dirección Técnico Normativa del OSCE. Recuperado de: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>.

mora regulada en el artículo 165 del RLCE u otras penalidades previstas en las Bases de conformidad con el artículo 166 del mismo cuerpo legal.

128. Siendo que en presente caso el servicio ha sido culminado en su totalidad, PROVÍAS deberá emitir la Constancia de Prestación a favor de la empresa CONSULTORA, una vez quede delimitada la liquidación del CONTRATO en el marco de la ejecución del laudo, deviniendo en parcialmente fundada la tercera pretensión principal de la demanda.

§ Los costos arbitrales

129. El punto controvertido a analizar es el siguiente:

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar a quién y en qué proporción deben ser asumidos los costos arbitrales.

130. Independientemente de que este aspecto no haya sido sometido a conocimiento de este Tribunal Arbitral, de conformidad con lo prescrito en el artículo 70 de la LEY DE ARBITRAJE, éste es uno de los puntos respecto de los cuales se emitirá un pronunciamiento en a través del presente laudo.
131. Para decidir acerca de la distribución de los costos arbitrales en la LEY de ARBITRAJE se ha previsto que se tenga presente lo pactado por las partes

en el convenio arbitral, el resultado del laudo y, de ser el caso, una distribución distinta que resulte razonable.

132. En el presente caso, las partes no han pactado una forma de distribución de los costos arbitrales por lo que este aspecto debemos analizarlo teniendo presente el resultado del laudo y, de manera discrecional, las circunstancias para una distribución equitativa de tales costos.
133. Estando al resultado del laudo, resulta dable afirmar que no existe una parte vencida y otra vencedora. Estando a ello, este Tribunal Arbitral considera razonable que cada parte asuma los costos arbitrales, correspondientes a sus pretensiones, decretados en el presente arbitraje (Honorarios del Tribunal Arbitral y los costos administrativos del CENTRO), que ascienden a S/ 42,748.04 (Cuarenta y dos mil setecientos cuarenta y ocho con 04/100 soles) por concepto de Honorarios Arbitrales y S/ 13,542.53 (Trece mil quinientos cuarenta y dos con 53/100 soles); a cargo del Contratista; y, los montos de S/ 52,544.90 (Cincuenta y dos mil quinientos cuarenta y cuatro con 90/100 soles) por concepto de Honorarios Arbitrales y S/ 16,818.76 (Dieciséis mil ochocientos dieciocho con 76/100 soles); a cargo de la Entidad conforme a la Liquidación de Gastos Arbitrales (REAJUSTE) de fecha 11 de febrero de 2020, la misma que estableció los montos detallados de manera separada para ambas partes.
134. En tanto ninguna de las partes ha presentado una liquidación de los demás costos arbitrales en los que hubieren incurrido con ocasión de

este arbitraje, resulta acertado disponer que cada parte asuma en su totalidad sus propios costos.

VII. DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral, dentro de plazo correspondiente, en Derecho, **LAUDA:**

PRIMERO. – DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda, analizada en el primer punto controvertido. En consecuencia, no se declara consentida la propuesta de liquidación que la empresa CONSULTORA cursó a PROVÍAS mediante la Carta 006-2017-AC. SSALA.OL ni se ordena que pague a la empresa CONSULTORA la suma de S/ 524,065.27 (quinientos veinticuatro mil sesenta y cinco con 27/100 soles), más los intereses legales calculados hasta la fecha de pago.

SEGUNDO. – DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda, analizada en el segundo punto controvertido. En consecuencia, no se ordena a PROVÍAS a indemnizar a la empresa CONSULTORA por el mantenimiento de las garantías concedidas a razón del CONTRATO.

TERCERO. – DECLARAR IMPROCEDENTE la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda, analizada en el tercer punto controvertido, debiendo las partes proceder conforme a lo señalado en el considerando 121 del presente laudo.

CUARTO. – DECLARAR FUNDADA EN PARTE la tercera pretensión principal de la demanda, analizada en el cuarto punto controvertido. En consecuencia, se ordena a PROVÍAS emitir a la empresa CONSULTORA la constancia de prestación una vez quede delimitada la liquidación del CONTRATO.

QUINTO. – DECLARAR INFUNDADA la cuarta pretensión principal de la demanda, analizada en el octavo punto controvertido. En consecuencia, no se condena a PROVÍAS a asumir de manera íntegra los costos generados a razón del presente arbitraje.

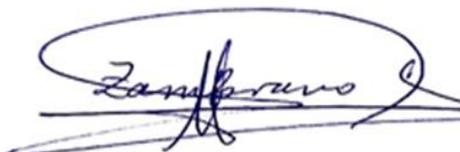
SEXTO. – DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión de la reconvención, analizada en el quinto punto controvertido. En consecuencia, no se declara consentida ni aprobada la propuesta de liquidación que PROVÍAS cursó a la empresa CONSULTORA mediante la Resolución Directoral 1507-2017-MTC.

SÉPTIMO. – DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión de la reconvención, analizada en el sexto punto controvertido. En consecuencia, no se ordena a la empresa CONSULTORA pagar a favor de PROVÍAS la suma de S/ 1'294 369.13 (un millón doscientos noventa y cuatro mil trescientos sesenta y nueve con 13/100 Soles) más intereses legales desde el 26 de diciembre de 2017, como saldo a su favor en virtud de la liquidación del CONTRATO.

OCTAVO. – DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión de la reconvención, analizada en el quinto punto controvertido. En consecuencia, no se declara inválida la propuesta de liquidación que la empresa CONSULTORA cursó a PROVÍAS mediante la Carta 006-2017-AC. SSALA.OL, lo que no significa que se le reconozca a esta fuerza vinculante frente a PROVÍAS.

NOVENO. – DISPONER que cada parte asuma los costos arbitrales, correspondientes a sus pretensiones, decretados en el presente arbitraje (Honorarios del Tribunal Arbitral y los costos administrativos del CENTRO) conforme a la Liquidación de Gastos Arbitrales (REAJUSTE) de fecha 11 de febrero de 2020 y, que cada una de las partes asuma en su totalidad sus propios costos arbitrales en los que hayan incurrido o comprometido pagar en el ejercicio de su defensa.

Notifíquese. –



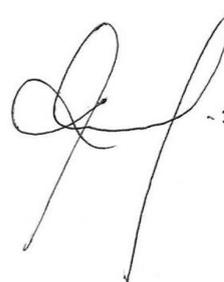
KARIM CECILIA ZAMBRANO RIVAS

Presidente del Tribunal Arbitral



LUIS ENRIQUE AMES PERALTA

Árbitro



JOSÉ RODRIGO ROSALES RODRIGO

Árbitro