

Caso arbitral seguido entre:

CONSORCIO MAGTEL

(Demandante o Contratista)

y

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES – MTC

(Demandada o Entidad)

LAUDO

Árbitro Único

Patrick Hurtado Tueros

Secretario Arbitral

Giancarlo Peralta Miranda

Tipo de Arbitraje

Nacional | Derecho | Ad Hoc

Lima, 3 de agosto de 2018



Resolución N° 21

I. INTRODUCCIÓN:

1. Por encargo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC (en adelante, el MTC, la Entidad o el Demandado, indistintamente), en el marco del Concurso Público N° 003-2014-MTC/10, el respectivo Comité Especial del proceso de selección otorgó la buena pro a Consortio Magtel (en adelante, Magtel, el Consorcio, el Supervisor o el Demandante, indistintamente) para la contratación del “Servicio de Supervisión para la fase de despliegue del proyecto Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro”.
2. Producto del proceso de selección antes referido, el 14 de mayo de 2014, el MTC y Magtel suscribieron el Contrato N° 046-2014-MTC/10 para el “Servicio de Supervisión para la fase de despliegue del proyecto Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro” (en adelante, el Contrato o el Servicio, indistintamente), por el monto de USD 7'430,609.98 (Siete millones cuatrocientos treinta mil seiscientos nueve con 98/100 Dólares de los Estados Unidos de América).
3. Durante la ejecución del Contrato surgieron controversias, las cuales constituyen el origen del presente arbitraje.

II. EL CONVENIO ARBITRAL

4. El convenio arbitral sobre la base del cual se cimienta el presente arbitraje se encuentra previsto en la “Cláusula Décimo Séptima: Solución de Controversias” del Contrato, la cual establece que cualquier controversia que surja en la etapa de ejecución contractual deberá solucionarse mediante Arbitraje.

III. ACTUACIONES ARBITRALES

III.1. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Inicio del arbitraje, designación e Instalación del Tribunal Arbitral

5. Efectuada la designación del Árbitro Único, doctor Patrick Hurtado Tueros, a través de la Resolución N° XX-2017/OSCE-PRE, el 20 de abril de 2017, en las instalaciones de la Dirección de Arbitraje Administrativo (DAA) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, se llevó a cabo, con asistencia de ambas partes, la Audiencia de Instalación, en la cual se fijaron las reglas del presente arbitraje.
6. En tal oportunidad, el Árbitro Único declaró haber sido debidamente designado, dejando constancia de que no incurría en algún supuesto de incompatibilidad o compromiso alguno con las partes, por lo que se desenvolvería con imparcialidad e independencia.
7. Se dejó constancia de que ninguna de las partes impugnó o reclamó el contenido del Acta de Instalación de Árbitro Único, dando su conformidad a cumplir con las disposiciones contenidas en esta.

III.2. LA DEMANDA

8. El 5 de mayo de 2017, Magtel presentó su demanda, formulando las siguientes pretensiones:

Pretensiones:

Primera Pretensión Principal

Que “EL MINISTERIO deje sin efecto las penalidades aplicadas a EL CONSORCIO; y devuelva el importe de las penalidades deducidas de los pagos parciales correspondientes al tercer, sétimo y octavo entregable (Numeral 5.4 del CONTRATO N° 046 -2014-MTC/10, CONTRATO PARA EL SERVICIO DE SUPERVISIÓN PARA LA FASE DE DESPLIEGUE DEL PROYECTO: RED DORSAL NACIONAL DE FIBRA ÓPTICA COBERTURA UNIVERSAL NORTE, COBERTURA UNIVERSAL SUR Y COBERTURA UNIVERSAL CENTRO-RDNFO), con el pago de los intereses que correspondan”.

Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal

Que “en el caso negado e hipotético que se deniegue total o parcialmente lo solicitado en la Primera Pretensión, se recalcule el importe de las penalidades aplicadas teniendo en cuenta que el Contrato de Supervisión es un Contrato de ‘ejecución continuada’ y no de ‘ejecución periódica’; y en consecuencia para el cálculo de una eventual penalidad se considere el monto y plazo total del Contrato de Supervisión, independientemente de la forma de pago pactada y demás prestaciones accesorias consideradas en dicho contrato”.

Pretensión Accesorio a la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal

Que “EL MINISTERIO, luego de recalcular el importe de las penalidades, devuelva los importes en exceso que penalizó indebidamente; así como el pago de los intereses que correspondan”.

Segunda Pretensión Principal

Que “EL MINISTERIO, luego de recalcular el importe de las penalidades, devuelva los importes en exceso que penalizó indebidamente; así como el pago de los intereses que correspondan”.

Fundamentos de hecho y de Derecho de la Demanda:

9. Magtel sostuvo que el 14 de mayo de 2014 suscribió con el MTC el Contrato de Supervisión, cuyo objeto fue la contratación del Servicio de Supervisión para la Fase de Despliegue del Proyecto: Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro (en adelante, Fase de Despliegue del Proyecto. El objetivo era implementar una red de transporte de alta capacidad (fibra óptica) a nivel nacional, la cual habría sido diseñada, construida e implementada por la empresa Azteca Comunicaciones Perú SAC (en adelante, el Concesionario), de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión del Proyecto “Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro” (en adelante, el Contrato de Concesión) y el Anexo N° 12 – “Especificaciones Técnicas del

¹ Consignada, erróneamente, en la demanda como “Cuarta Pretensión Principal”.

Contrato de Concesión” (en adelante, el Anexo 12 o las Especificaciones Técnicas), suscrito entre EL MINISTERIO y el Concesionario.

10. Además, el Consorcio manifestó que, en cumplimiento del Contrato, habría realizado actividades específicas de supervisión durante la llamada Fase de Despliegue del Proyecto, las cuales se encuentran señaladas en el numeral 3.4.2 de la Cláusula Tercera del referido acto jurídico, entre las cuales se consideró la supervisión de las pruebas de operatividad que debía realizar el Concesionario, teniendo en cuenta lo siguiente:

- Remitir opinión a **EL MINISTERIO** sobre las PRUEBAS DE OPERATIVIDAD realizadas por EL CONCESIONARIO a través de un Informe de Supervisión, en un plazo no mayor de cinco (5) días calendarios, contados desde el día siguiente de la culminación de estas pruebas. En caso la ejecución de las Pruebas de Operatividad no cumplieran con lo señalado en las ESPECIFICACIONES TECNICAS, el SUPERVISOR adjuntará a su informe de supervisión, la(s) acta(s) suscritas el día de la realización de dichas pruebas y que detalla(n) los aspectos incumplidos o defectuosos observados, conforme a lo estipulado en el numeral 12.2 de la Cláusula 12 del CONTRATO. Estos aspectos serán clasificados como Observaciones Mayores u Observaciones Menores, según el caso, de acuerdo a los numerales 2.52 y 2.53 del CONTRATO. El SUPERVISOR deberá estar presente durante la realización de cada una de las PRUEBAS DE OPERATIVIDAD, y contar con equipamiento propio para realizar algunas de dichas pruebas, tales como atenuaciones en los enlaces, latencia, jitter, pérdidas de paquetes, dispersión por modo de polarización, entre otros.

11. Para el Demandante, en el numeral antes referido se habrían indicado las condiciones que Magtel debía tener en cuenta para supervisar las pruebas de operatividad, así como para elaborar los informes de supervisión correspondientes. En ese contexto, el Consorcio debía realizar un total de seis (6) Informes de Pruebas de Operatividad, como parte del Contrato de Supervisión, el cual comprendía otras actividades relacionadas con la Supervisión de la construcción e implementación de la red objeto del Contrato de Concesión, efectuada por el Concesionario.

12. Magtel expresó haber cumplido con presentar los informes de supervisión de pruebas de operatividad de acuerdo con la información antes indicada. Sin embargo, al momento de realizar las entregas de los referidos informes, el MTC le habría exigido que estos tengan un contenido que no se encontraba establecido en el Contrato, formulando observaciones, cuyo levantamiento habría sido solicitado otorgando plazos demasiado cortos, lo que habría generado la aplicación de –según el Consorcio– indebidas y mal calculadas penalidades a Magtel, deduciéndose de los pagos parciales correspondientes al tercer, séptimo y octavo entregables.

13. Fue en torno de las mencionadas penalidades, arbitrariamente impuestas, según Magtel, que solicitó el presente arbitraje, con la finalidad de que sean dejadas sin efecto y se ordene la devolución al Consorcio de las sumas imputadas, al –supuestamente– constituir importes indebidamente retenidos.

14. Respecto de la penalidad aplicada al pago parcial del Tercer Entregable, el Demandante sostuvo que mediante cartas N° 055-2015/MAGTELC y N° 056-2015/MAGTELC, del 8 de julio de 2015, Magtel habría presentado el Informe de Supervisión de las Pruebas de Operatividad de la Segunda Entrega (en adelante, el IPO2) al MTC, con la opinión sobre los resultados de las Pruebas de Operatividad de la Segunda Entrega de la red objeto del Contrato de Concesión (en adelante, las PO2), realizadas por el Concesionario, así como los aspectos incumplidos o defectuosos observados, clasificados como “Observaciones Menores”. A su turno, la Entidad, a través del Oficio N° 27861-2015-MTC/27, del 24 de julio de 2015, habría formulado observaciones al IPO2 de Magtel.

15. Por su parte, el Demandante expresó que mediante cartas N° 063-2015/MAGTELC y N° 065-2015/MAGTELC, del 3 y 7 de agosto de 2015, respectivamente, Magtel habría remitido la información solicitada por la Entidad y realizado las precisiones correspondientes a los puntos solicitados en el Oficio N° 27861-2015-MTC/27. Con ello, el 14 de agosto de 2015, las partes habrían suscrito el Acta de Conformidad para el Inicio de Operaciones de la Segunda Entrega de la red objeto del Contrato de Concesión, para lo cual se habría tenido en cuenta el IPO2 emitido por Magtel.

16. De otro lado, el Consorcio manifestó que mediante Oficio N° 32062-2015-MTC/27, del 26 de agosto de 2015, el MTC le habría solicitado la evaluación de las subsanaciones presentadas por el Concesionario a las “Observaciones Menores” que formuló a las Pruebas de Operatividad correspondiente a la Segunda Entrega de la red objeto del Contrato de Concesión, adjuntando la Carta N° DJ-1610/15, del 10 de agosto de 2015, del Concesionario con las subsanaciones a las referidas observaciones. A su vez, el Consorcio, a través de la Carta N° 084-2015/MAGTELC, del 31 de agosto de 2015, habría cumplido con remitir al MTC la evaluación de las subsanaciones presentadas por el Concesionario a las “Observaciones Menores”.

17. Agregó el Demandante que, no obstante lo anterior, mediante el Oficio N° 32498-2015-MTC/27, del 31 de agosto de 2015, la Entidad le habría comunicado la no conformidad de recepción del IPO2, al considerar que no se habían levantado totalmente las observaciones realizadas a dicho informe, pese a que –según señaló– sí lo habría hecho.

18. Adujo Magtel que el 9 de septiembre de 2015, el MTC y el Concesionario suscribieron el Acta de Adjudicación de los Bienes de la Segunda Entrega de

la red objeto del Contrato de Concesión, a través de cual este último habría transmitido a la Entidad (es decir, se habría hecho titular del dominio de) los Bienes de la Concesión correspondiente a dicha entrega, para lo cual se habría tenido en cuenta, nuevamente, que las “Observaciones Menores” fueron levantadas en su totalidad, tal como lo habría informado Magtel precedentemente. Por tal motivo, el Consorcio habría solicitado, a través de la Carta N° 093-2015/MAGTELC, del 18 de septiembre de 2015, en respuesta al Oficio N° 32498-2015-MTC/27, que el MTC reconsidere la no conformidad comunicada inicialmente, lo cual habría ocurrido, finalmente, mediante Oficio N° 508-2015-MTC/10.02, del 2 de octubre de 2015, comunicando a Magtel la conformidad del IPO2, sobre la base de lo indicado en el Memorando N° 1887-2015-MTC/27, del área usuaria de la Entidad.

19. No obstante lo anterior, el Demandante señaló que el MTC solo efectuó el pago de la suma ascendente a USD 961,684.27, pese a que, de conformidad con el numeral 5.4 de la Cláusula Quinta del Contrato, habría correspondido que se pague a Magtel del 14% del monto contractual, por la suma de USD 1'040,285.40; es decir, se habría dejado de abonar el monto ascendente a USD 78,601.13, hecho que fue reclamado por el Supervisor a través la Carta N° 133-2015/MAGTELC, del 1 de diciembre de 2015.

20. En respuesta a la comunicación remitida por el Demandante, la Entidad habría remitido el Oficio N° 589-2015-MTC/10.02, del 10 de diciembre de 2015, señalando que Magtel habría incurrido en la causal de atraso injustificado en la subsanación de observaciones, por lo que le correspondía la aplicación de una penalidad ascendente a la suma de USD 78,599.34, por concepto de diecisiete (17) días de retraso en el levantamiento de las observaciones realizadas al IPO2, calculado desde el 1 de septiembre de 2015

al 18 de septiembre de 2015, de conformidad con el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

21. Afirmó el Consorcio que, a través del Informe N° 1326-A-2015-MTC/27, del 31 de agosto de 2015, el MTC manifestó que Magtel no habría cumplido con entregar el levantamiento de observaciones al IPO2 dentro del plazo señalado, incurriendo en el retraso injustificado antes referido. Sin embargo, agregó el Demandante, no habría existido retraso injustificado alguno que motivara la aplicación de penalidad al Consorcio, pues lo señalado en el Oficio N° 32498-2015-MTC/27 habrían sido observaciones ya absueltas por el Supervisor.
22. De otro lado, en relación con la penalidad aplicada al pago parcial del Séptimo Entregable, Magtel manifestó que, de acuerdo con el calendario de pruebas aprobado por la Entidad, las pruebas de operatividad de la sexta entrega habrían culminado el 7 de septiembre de 2016; en consecuencia, el Supervisor debía presentar su Informe de Supervisión de las Pruebas de Operatividad de la Sexta Entrega (IPO6) el 12 de septiembre de 2016, por lo que, mediante Carta N° 223-2016/MAGTELC, presentada en tal fecha, se habría cumplido con lo señalado en el Contrato.
23. A su turno, a través del Oficio N° 27738-2016-MTC/27, recibido el 20 de septiembre de 2016, el MTC habría otorgado al Supervisor un plazo de dos (2) días calendario, contados a partir del 21 de septiembre de 2016, para que realice puntualizaciones al IPO6, ante lo cual el Consorcio, en reunión del 22 de septiembre de 2016, habría expresado al MTC su requerimiento de un plazo adicional para realizar las puntualizaciones solicitadas.

24. Tras una reunión celebrada el 26 de septiembre de 2016, Magtel manifestó que esta habría tenido el objetivo de revisar las puntualizaciones requeridas al IPO6, a fin que el MTC se encuentre conforme con lo indicado en dichas puntualizaciones, presentando el Consorcio las puntualizaciones antes referidas el 26 de septiembre de 2016, a través de la Carta N° 234-2016/MAGTELC.
25. Magtel manifestó que ante el depósito de una suma inferior a la esperada, mediante la Carta N° 244-2016/MAGTELC, presentada el 3 de noviembre de 2016, solicitó a la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones de la Entidad que realice una precisión a la Oficina General de Administración de dicha institución respecto de que el requerimiento sobre el IPO6 fue una “solicitud de puntualizaciones” y no un “levantamiento de observaciones”.
26. En virtud de lo anterior, según el Demandante, el MTC habría explicado los motivos de la penalidad aplicada al pago parcial del Séptimo Entregable, a través del Oficio N° 410-2016-MTC/10.02, del 8 de noviembre de 2016, mas sin señalar cómo se había realizado el cálculo de dicha penalidad, ante lo cual Magtel habría manifestado su disconformidad, de acuerdo con lo señalado en la Carta N° 249-2016/MAGTELC, presentada el 14 de noviembre de 2016.
27. El Demandante agregó que mediante Carta N° 250-2016/MAGTELC, presentada el 16 de noviembre de 2016, solicitó al MTC que sin perjuicio del reclamo de la penalidad aplicada al pago parcial del Séptimo Entregable,

procediera a devolver el importe que, supuestamente, dicha entidad habría cobrado en exceso, ascendente a S/ 307,880.80.

28. El Consorcio sostuvo que con motivo de sus pedidos, mediante Oficio N° 39-2017-MTC/10.02, recibido el 25 de enero de 2017, la Entidad habría dado respuesta a las Cartas N° 249-2016/MAGTELC, N° 250-2016/MAGTELC y N° 001-2017/MAGTELC, explicando cómo se había realizado el cálculo de las penalidades aplicadas con anterioridad, así como los motivos de la aplicación de la penalidad al último entregable. Por su parte, el Consorcio manifestó que solicitó la reconsideración de tal aplicación, a través de la Carta N° 005-2017/MAGTELC, presentada el 1 de febrero de 2017.
29. Respecto de la penalidad aplicada al pago parcial del Octavo Entregable, el Consorcio afirmó que el MTC le habría aplicado un descuento de S/ 85,899.84 a la suma que supuestamente le correspondía recibir por tales efectos, hechos que habría sido confirmado, en calidad de penalidad, por la Oficina General de Administración de la Entidad, según comentó Magtel.
30. El Supervisor, además, refirió que con Carta N° 001-2017/MAGTELC, del 11 de enero de 2017, presentó un reclamo a la referida oficina, para cuestionar la penalidad aplicada al pago parcial del Octavo Entregable, la cual fue contestada a través del Oficio N° 39-2017-MTC/10.02, recibido el 25 de enero de 2017, explicándose cómo se habría realizado el cálculo y los motivos de la penalidad aplicada al Octavo Entregable.
31. Magtel explicó que el MTC había mencionado que las penalidades deducidas al Octavo Entregable se habrían originado por el retraso en el levantamiento

de observaciones correspondientes al Tercer Entregable, por el IPO2, debido a que este se habría calculado sobre la base del plazo total del Contrato, considerando que se debió calcular sobre la base del plazo de presentación del Informe de Pruebas de Operatividad (5 días calendarios).

32. En relación con el cálculo de la penalidad diaria aplicada, el Demandante mencionó que la Entidad la habría calculado sobre la base de la consideración de que el Contrato es uno de “ejecución periódica” y no de “ejecución continuada”.
33. En ese contexto, Magtel sostuvo que solicitó al MTC, a través de la Carta N° 001-2017/MAGTELC, presentada el 11 de enero de 2017, que sin perjuicio del reclamo de la penalidad aplicada al pago parcial del Tercer, Séptimo y Octavo entregables, proceda a devolver los importes cobrados en exceso debido al mal cálculo de las penalidades, por un total de S/ 469,429.88, según los siguientes montos:
- En el pago parcial del Tercer Entregable por el importe de S/ 75,649.24.
 - En el pago parcial del Séptimo Entregable por el importe de S/ 307,880.80.
 - En el pago parcial del Octavo Entregable por el importe de S/ 85,899.84.
34. Mediante Oficio N° 39-2017-MTC/10.02, recibido el 25 de enero de 2017, el MTC habría ratificado su posición de mantener el –según el Consorcio– mal cálculo de las penalidades efectuado, posición que Magtel solicitó fuera

reconsiderada, a través de su Carta N° 005-2017/MAGTELC, presentada el 1 de febrero de 2017.

35. Sobre la validez de la penalidad aplicada al pago parcial del Tercer Entregable, el Demandante señaló que, de conformidad con la Cláusula Décimo Primera del Contrato, para aplicar penalidades al Supervisor, este habría tenido que omitir cumplir “a cabalidad” con la subsanación de las observaciones que el MTC formuló al IPO2.
36. En ese contexto, para el Consorcio, la afirmación de la Entidad respecto de que el Supervisor no habría cumplido con subsanar íntegramente las observaciones que le fueron formuladas no resultaría correcta, pues para el otorgamiento de la conformidad del IPO2, el MTC habría tenido en cuenta el documento adjunto a la Carta N° 093-2015/MAGTEL, mediante el cual no se subsanaría ninguna observación, sino se explicaría o precisaría, a solicitud del Demandado, siendo que ya habría cumplido con ello anteriormente a través de sus cartas N° 063-2015/MAGTELC y N° 065-2015/MAGTEL.
37. Sobre lo anterior, luego de citar algunos casos relevantes, el Consorcio sostuvo que de las observaciones formuladas por el MTC se advertiría que, en realidad, dicha entidad no habría revisado completamente la información remitida por Magtel, pues la habría valorado de forma distinta inicialmente, porque los cuestionamientos al IPO2 habrían sido levantados en la primera oportunidad en la que estos fueron comunicados al Supervisor.
38. Refirió el Demandante, además, que se debe tener en cuenta que el IPO2 habría servido de sustento al Ministerio para realizar varias acciones, tales

como la suscripción del Acta de Conformidad para el Inicio de las Operaciones de la Segunda Entrega de la red objeto del Contrato de Concesión, el levantamiento de “observaciones menores” por parte del Concesionario y la suscripción del Acta de Adjudicación de los Bienes de la Concesión de la Segunda Entrega de la red objeto del Contrato de Concesión.

39. Es como consecuencia de lo anterior que el Consortio afirmó que el MTC habría aplicado esta penalidad sin existir incumplimiento de obligación alguna por parte de Magtel, transgrediendo con ello los parámetros de objetividad, razonabilidad y congruencia señalados por la propia norma de contrataciones, por lo cual solicitó que se deje sin efecto la penalidad impuesta por el IPO2.

40. Respecto de la penalidad aplicada al pago parcial del Séptimo Entregable, el Consortio señaló que, según el MTC, las observaciones formuladas a la IPO6, comunicadas a través del Oficio N° 27738-2016-MTC/27 el 20 de septiembre de 2016, debieron ser subsanadas en el plazo máximo de dos (2) días calendario, contados a partir del día siguiente de su fecha de recepción, es decir, el 22 de septiembre de 2016, siendo que, según lo que señalaría una Opinión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, no corresponde otorgar la prórroga al plazo de subsanación otorgado.

41. Al respecto, el Demandante señaló que lo solicitado por el área usuaria del MTC habría sido, en realidad, puntualizaciones al IPO6 y el no levantamiento de observaciones, puesto que el referido documento se habría elaborado de acuerdo con lo establecido en el Contrato.

42. Agregó Magtel que habría sido el propio MTC el que, mediante su Oficio N° 410 - 2016 – MTC/10.02, señaló que en el IPO6 se evidenció falta de información, registro de información incorrecta y la falta de sustento técnico. No obstante, no se habría dado el real contexto a tales afirmaciones, pues, objetivamente, el área usuaria no habría observado el IPO6, sino que habría requerido puntualizaciones o precisiones adicionales a su emisión.
43. En ese sentido, el Demandante consideró que la penalidad deducida por la supuesta demora en el levantamiento de las observaciones del IPO6 habría sido aplicada indebidamente debido a que no se verificó el cumplimiento de los presupuestos necesarios, transgrediéndose, además, los parámetros de objetividad, razonabilidad y congruencia, motivo por el cual solicitó que se deje sin efecto la penalidad impuesta por el IPO6.
44. En relación con la penalidad aplicada al pago parcial del Octavo Entregable, el Consortio mencionó que ante la aplicación del MTC de un descuento del importe de S/ 85,899.84, por concepto de penalidades, mediante Carta N° 001-2017/MAGTELC, del 11 de enero de 2017, presentó un reclamo ante la Oficina General de Administración de dicha entidad. Esta, a su turno, sostuvo que se trataba del cobro de un saldo pendiente, que se habría tenido que aplicar al pago parcial del Tercer Entregable. En ese sentido, habiéndose el Supervisor ya pronunciado sobre tal penalidad, se remitió a los argumentos que desvirtuarían tal imposición.
45. En relación con el cálculo de la penalidad diaria aplicada, el Demandante afirmó que el Árbitro Único debe tener en consideración que el Contrato sería uno “ejecución continuada” y no de “ejecución periódica”, como erróneamente habría sido calificado por el Demandado. En ese sentido, para

una eventual penalidad, el monto y el plazo que deben considerarse es de USD 7'430,609.98 y treinta (30) meses, respectivamente, de conformidad con lo señalado en las cláusulas Cuarta y Sexta del Contrato.

46. Agregó el Consorcio que considera erróneo el cálculo de la Entidad para determinar el cálculo de la penalidad que le fue impuesta, teniendo en cuenta lo señalado por el MTC en el numeral 1.7. del Oficio N° 39-2017-MTC/10.02, el cual señalaría que el servicio por el cual se contrató Magtel fue para la supervisión de un contrato de concesión, por lo que por la forma cómo se habrían estructurado sus obligaciones tendría una naturaleza distinta de la supervisión de obra, en los términos de la norma de contrataciones del Estado; por lo tanto, no resultaría aplicable para el cálculo de la penalidad diaria el plazo y el monto de la totalidad del Contrato, como lo habría referido el Consorcio en sus diversas comunicaciones.
47. Para el Demandante, el Demandado habría realizado su análisis partiendo de una premisa equivocada, al considerar que el Consorcio habría efectuado un servicio de supervisión de un contrato de concesión, cuando, en realidad, habría brindado el servicio de supervisión de la fase de despliegue de la red objeto del Contrato, es decir de la supervisión de una obra de telecomunicaciones, como se acreditaría de lo indicado en el contrato de concesión suscrito entre el Concesionario y el MTC, así como en el contrato que vincula a Magtel y a dicha entidad.
48. Asimismo, el Consorcio sostuvo que de las fotografías contempladas en su escrito de demanda se podría advertir que sus funciones no solo se habrían limitado a la presentación del Informe de Pruebas de Operatividad, sino a una serie de actividades que habría realizado de forma ininterrumpida durante

la vigencia del Contrato, supervisando el avance de la obra antes de las pruebas de operatividad de la Primera y Segunda Entrega de la red objeto del Contrato.

49. Asimismo, el Supervisor mencionó que se podría acreditar lo afirmado por este a través del Informe Final que se presentó con la Carta N° 259-2016/MAGTELC el 14 de diciembre de 2016, en la cual se habría indicado todas las actividades que realizó Magtel para supervisar la obra, correspondiente a la construcción de la red objeto del Contrato de Concesión.

50. A lo anterior, se sumaría el hecho de que Cabe precisar además que, la Cláusula Segunda del Contrato suscrito entre Supervisor y el MTC señalaría como marco legal aplicable el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, y el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; no existiendo referencia a norma de concesión alguna dentro del marco aplicable al Contrato, que sería el que finalmente vincula a Magtel y al MTC, por lo que lo manifestado por este último no constituiría más que un intento sin éxito de justificar su actuar –supuestamente– arbitrario para el cálculo de las penalidades que aplicó.

51. Para el Demandante, quedaría claramente establecido que la Opinión N° 078-2008/DOP del OSCE aplicaría correctamente al presente caso, porque al margen de discutir si el Contrato tiene una naturaleza distinta de la supervisión de obra en los términos de la norma de Contrataciones del Estado, lo cierto es que dicho negocio jurídico sería un contrato de “ejecución continuada”, porque los servicios contratados y brindados sería de

una supervisión de obra, realizados de manera continua e ininterrumpida, lo cual incluso el propio MTC habría consignado en el Contrato de Concesión. En tal virtud, correspondería que para el cálculo de la penalidad diaria se considere el monto y el plazo total del contrato suscrito entre las partes.

52. Sin embargo, la Entidad, a través del numeral 3.9 del Oficio N° 39-2017-MTC/10.02, habría señalado que *“...para el caso de la penalidad N° 43 se determinó la penalidad diaria considerando el monto del entregable y el plazo de cinco (5) días, plazo establecido en el Contrato para la entrega de los informes de supervisión”*.
53. Al respecto, Magtel mencionó que recién con el precitado oficio, recibido el 25 de enero de 2017, el Consorcio pudo conocer el monto y el plazo que había considerado el MTC para el cálculo de la penalidad diaria: en el ejemplo de la penalidad N° 43, se habría considerado para calcular la penalidad diaria el monto del Séptimo Pago Parcial que correspondía percibir a cuenta del monto total del Contrato y el plazo establecido para la presentación del Informe de Pruebas de Operatividad, teniendo como base los siguientes valores: un monto de USD 1'040,285.40 y un plazo de cinco (5) días calendario.
54. El Demandante afirmó que la Entidad consideró estos valores porque habría entendido que el Contrato es uno de “ejecución periódica”, en donde por la sola presentación del Informe de Pruebas de Operatividad correspondiente a la Sexta Entrega se tenía que pagar el importe de USD 1'040,285.40.
55. Al respecto, Magtel agregó que aun en el negado supuesto de que el Contrato fuera uno “de ejecución periódica” (y no “de ejecución continuada”), se

debería advertir que los pagos parciales por entregables corresponden a una serie de prestaciones que realizó el Supervisor durante un período determinado, de conformidad la Opinión N° 119-2015/DTN, la cual fue citada por el propio MTC en su Oficio N° 410-2016-MTC/10.02.

56. En ese contexto, el Supervisor consideró que en virtud de lo establecido en el numeral 5.4 del Contrato, que sería el extremo sobre el cual se aplicaría la penalidad N° 43, se habrían realizado prestaciones parciales luego del Informe de Pruebas de Operatividad de la Quinta Entrega + AABC Cuarta Entrega hasta el Informe de Pruebas de Operatividad de la Sexta Entrega + AABC Quinta y Sexta Entrega.
57. Así –sostuvo– se debería considerar y valorizar las prestaciones parciales que realizaron posteriores a la presentación del Informe de Supervisión con los resultados de las Pruebas de Operatividad correspondientes a la Quinta Entrega, con Carta N° 187-2016/MAGTELC, el 20 de julio de 2016, hasta la presentación del Informe de Supervisión con los resultados de las Pruebas de Operatividad correspondientes a la Sexta Entrega, con la Carta N° 223-2016/MAGTELC, el 12 de septiembre de 2016, pues en dicho período Magtel habría realizado más de 20 prestaciones parciales.
58. Además, el Demandante aseveró que, considerando lo manifestado por el OSCE, en el extremo que indica que: *“el Artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que existen dos elementos sin los cuales no es posible calcular el monto de la penalidad diaria a ser aplicada al contratista en un contrato de ejecución periódica: el plazo y el monto, ambos referidos a cada una las prestaciones parciales incumplidas”*, la cuestión sería determinar cuál es el monto de la prestación parcial incumplida. En otras palabras: ¿cuál es el monto que

correspondía pagar por la presentación del Informe de Pruebas de Operatividad correspondiente a la Sexta Entrega?

59. Para Magtel, en el Contrato no se encontraría establecido el monto que correspondía pagar por la presentación del precitado Informe de Pruebas de Operatividad de la Sexta Entrega, sin embargo, la Entidad habría considerado como monto para el cálculo de la penalidad diaria N° 43 el importe de USD 1'040,285.40, es decir, el monto total del pago parcial al monto total del contrato, sin advertir que dicho monto correspondería al pago de todas las prestaciones realizadas durante el período descrito anteriormente.
60. En ese sentido, para el Supervisor no sería razonable considerar que el importe antes indicado corresponda únicamente al pago por el Informe de Pruebas de Operatividad correspondiente a la Sexta Entrega, porque de ser así el Consorcio no habría tenido la obligación de realizar las demás prestaciones parciales que efectuó.
61. En tal virtud, para Magtel, el Contrato no sería uno de “ejecución periódica”, sino uno de “ejecución continuada”, para cuyo pago total por la supervisión de la obra (Fase de Despliegue de la red objeto del Contrato de Concesión) se habría establecido un cronograma de pagos de cancelación. Es decir, no se habría establecido el monto a pagar por cada prestación parcial, sino un cronograma para que se realicen pagos parciales por todo el servicio, los cuales debían ser pagados en determinados momentos luego de la presentación de los informes indicados en el referido cronograma.



62. Como conclusión de lo anterior, el Demandante aseguró que la penalidad correspondiente al Tercer Entregable que, de ser el caso, se debió haber practicado fue la siguiente:

- Para el pago parcial del Tercer Entregable: S/ 178,698.22, teniendo en cuenta el tipo de cambio y los días penalizados.
- Penalidad diaria = USD 3,248.35
- Penalidad diaria (T.C. 3.236) = S/ 10,511.66
- Penalidad por diecisiete (17) días = S/ 178,698.22 (y no S/ 254,347.46, como en realidad se habría hecho).

63. Asimismo, en relación con el Séptimo Entregable:

- Para el pago parcial del Séptimo Entregable: S/ 43,943.72, teniendo en cuenta el tipo de cambio y los días penalizados.
- Penalidad diaria = USD 3,248.35
- Penalidad diaria (T.C. 3.382) = S/ 10,985.93
- Penalidad por cuatro (4) días = S/ 43,943.72 (y no S/ 351,824.52, como en realidad se habría hecho).

64. Como consecuencia de las precisiones realizadas con anterioridad, correspondería –según Magtel– que se devuelvan: S/ 75,649.24, correspondiente al pago parcial del Tercer Entregable; S/ 307,880.80, correspondiente al pago parcial del Séptimo Entregable; y S/ 85,899.84, correspondiente al pago parcial del Octavo Entregable; lo cual daría un total de S/ 469,429.88, por concepto de (supuesto) exceso de penalización.

III.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

65. Mediante escrito presentado el 2 de junio de 2017, el MTC contestó la demanda bajo los siguientes términos:
66. La Entidad señaló que como resultado del Concurso Público N° 003-2014-MTC/10, el MTC otorgó la Buena Pro del proceso de selección a Magtel para el “Servicio de Supervisión para la Fase de Despliegue del Proyecto: Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro”, por un monto total de USD 7'430,609.98, incluido el IGV, y un plazo de ejecución de treinta (30) meses, contados a partir del día siguiente de la suscripción de tal contrato, el cual se firmó el 14 de mayo de 2014.
67. Agregó el MTC que el segundo párrafo de la Cláusula Décimo Primera del Contrato estipularía que, de existir observaciones, se otorgaría al Consorcio un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del servicio, el cual no podría ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días. Si pese al plazo otorgado, Magtel no cumplía a cabalidad con la subsanación, el MTC podría resolver el Contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondiesen, de conformidad con el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
68. Así, el la Entidad señaló que el numeral 14.1 de la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato establecería que si el Consorcio incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones contratadas, el MTC le aplicaría una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto equivalente al 10% del monto contractual, penalidad que se calcularía de acuerdo con la fórmula

prevista en dicho negocio jurídico, prevista para plazos mayores a sesenta (60) días, tal como sucede con el Contrato N° 046-2014-MTC/10. Por su parte, el numeral 14.1 del Contrato recogería lo prescrito por el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sobre penalidad por mora en la ejecución de la prestación, que establece una fórmula para plazos menores de sesenta (60) días.

69. Puntualmente, en relación con la penalidad aplicada al pago parcial del Tercer Entregable, el MTC manifestó que con la Carta N° 055-2015/MAGTELC, del 8 de julio de 2015, Magtel habría presentado el Tercer Entregable, “Informe de Supervisión con los Resultados de las Pruebas de Operatividad correspondientes a la Segunda Entrega: Regiones Ayacucho, Apurímac, Ica”.
70. Asimismo, que mediante la Carta N° 056-2015/MAGTELC, recibida el 10 de julio de 2015, el Consorcio habría presentado “información complementaria” al Informe del Tercer Entregable.
71. Además, mencionó la Entidad que a través del Oficio N° 27861-2015-MTC/27, entregado el 30 de julio de 2015, la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones (en adelante DGCC-MTC) habría comunicado a Magtel las observaciones al Informe del Tercer Entregable, detalladas en un Anexo 1 y un Anexo 2, otorgándole un plazo de cinco (5) días calendario para su absolución precisa, completa y debidamente documentada de cada una de éstas.
72. Asimismo, el Demandado manifestó que con la Carta N° 063-2015/MAGTELC, recibida el 4 de agosto de 2015, el Supervisor habría presentado la respuesta a las observaciones del Anexo 1 del Oficio N° 27861-2015-MTC/27 y solicitó un plazo adicional de cinco (5) días calendario para

contestar la información requerida en el Anexo 2 del Oficio N° 27861-2015-MTC/27.

73. No obstante lo anterior, la Entidad afirmó que Magtel, a través de la Carta N° 065-2015/MAGTELC, recibida el 10 de agosto de 2015, habría presentado “información complementaria” relacionada con las observaciones consignadas en el Anexo 1 del Oficio N° 27861-2015-MTC/27, presentando, asimismo, información relacionada con el Anexo 2 de dicho oficio.
74. Adicionalmente, el MTC sostuvo que a través del Informe N° 1326-A-2015-MTC/27, del 31 de agosto de 2015, emitido por José Vidal Huarcaya, Ingeniero de Seguimiento Contractual; Rita Aguilar Rendón, Abogada de Seguimiento Contractual; y Raúl García Loli, Coordinador General de Seguimiento Contractual; que contaba con la conformidad del entonces Director General de Concesiones en Comunicaciones, se habría concluido que el Informe de Levantamiento de Observaciones del Supervisor habría estado incompleto, careciendo de información técnica y sustento debido que evidencie la subsanación de las observaciones formuladas; motivo por el cual se habría recomendado emitir la “No Conformidad” al Informe del Tercer Entregable.
75. La Entidad manifestó que mediante la Carta N° 093-2015/MAGTELC, recibida el 18 de septiembre de 2015, Magtel habría presentado el levantamiento de observaciones al Informe del Tercer Entregable y solicitó que se reconsidere la no conformidad comunicada con el Oficio N° 32498-2015-MTC/27.
76. Agregó que a través del Memorando N°1887-2015-MTC/27, del 29 de septiembre de 2015, la DGCC-MTC remitió a la Oficina General de

Administración, los documentos relativos al pago del Consorcio, respecto del Informe del Tercer Entregable; expresando, además, su conformidad a la Carta N° 093-2015/MAGTELC, con la cual el Supervisor levantó las observaciones realizadas con el Oficio N° 32498-2015-MTC/27.

77. La Entidad sostuvo que, en virtud de lo anterior, mediante el Acta o Constancia de Conformidad del Servicio N° 06061-2015, del 5 de octubre de 2015 la DGCC-MTC habría dado conformidad al servicio correspondiente al Informe del Tercer Entregable.
78. De otro lado, el Demandado aseveró que a través del documento Penalidad N° 30, del 6 de octubre de 2015, la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones y la Oficina de Abastecimiento, habrían determinado la penalidad por diecisiete (17) días de atraso en la subsanación de las observaciones del Informe del Tercer Entregable, calculado considerando el plazo de 3 meses (90 días calendario) y el monto a pagar por dicho entregable (USD 1'040,285.40), arrojando una penalidad de USD 78,599.34, la cual se habría descontado del pago efectuado.
79. Además, la Entidad manifestó que Con la Carta N° 133-2015/MAGTELC, de 01.12.2015, recibida en la misma fecha, el CONSORCIO MAGTEL comunicó al MTC haber verificado que el pago del Tercer Entregable se les había efectuado por US\$ 961,684.27 faltando una diferencia de US\$78,601.13, cuyo abono solicitaron con dicho documento.
80. Por otro lado, el Demandado mencionó que mediante el Oficio N° 589-2015-MTC/10.02, entregado el 10 de diciembre de 2015, la Oficina General de Administración (en adelante OGA-MTC) habría dado respuesta a la Carta N° 133-2015/MAGTELC del Demandante, indicando que se aplicó una

penalidad de USD 78,599.34 por diecisiete (17) días calendario de retraso en la subsanación de las observaciones formuladas por la DGCC al Informe del Tercer Entregable.

81. En relación con la penalidad aplicada al pago parcial del Séptimo Entregable, el MTC expresó que con la Carta N° 223-2016/MAGTELC, del 12 de septiembre de 2016, Magtel habría presentado el Séptimo Entregable “Informe de Supervisión con los Resultados de las Pruebas de Operatividad correspondientes a la Sexta Entrega: Regiones San Martín, Amazonas, Loreto” (en adelante Informe del Séptimo Entregable).
82. Así, a través del Oficio N° 27738-2016-MTC/27, presentado el 20 de septiembre de 2016, la DGCC-MTC habría comunicado al Consorcio las observaciones al Informe del Séptimo Entregable, detalladas en un anexo, otorgándole un plazo de dos (2) días calendario para las subsanaciones o aclaraciones correspondientes.
83. Adicionalmente, mediante la Carta N°232-2016/MAGTELC, presentada el 22 de septiembre de 2016, el Demandante habría solicitado un plazo adicional de dos (2) días calendario para la atención de las subsanaciones o aclaraciones requeridas con el Oficio N° 27738-2016-MTC/27.
84. De otro lado, la Entidad sostuvo que con la Carta N° 234-2016/MAGTELC, presentada el 26 de septiembre de 2016, Magtel habría presentado lo solicitado con el Oficio N° 27738-2016-MTC/27.
85. Por su parte, la Entidad, mediante el Informe N° 1655-2016-MTC/27, del 5 de octubre de 2016, emitido por Miguel Bautista Mallqui, Ingeniero; Óscar Cáceda Santillán, Coordinador General de Servicios Públicos; y José Vidal

Huarcaya, Coordinador General de Seguimiento Contractual; con la conformidad de la entonces Directora General de Concesiones en Comunicaciones, se habría concluido que era procedente dar la conformidad al Informe del Séptimo Entregable.

86. Así, mediante el Memorando N°1939-2016-MTC/27, del 5 de octubre de 2016, la DGCC-MTC habría remitido a la OGA-MTC, los documentos relativos al pago del Supervisor, respecto del Informe del Séptimo Entregable, siendo que con el Acta o Constancia de Conformidad de Servicio N° 08295-2016, del 14 de octubre de 2016 la DGCC-MTC habría dado conformidad al servicio correspondiente al Informe del Tercer Entregable.
87. Sin perjuicio de lo anterior, el MTC sostuvo que a través del documento Penalidad N° 43-2016, del 13 de octubre de 2016, la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones y la Oficina de Abastecimiento habría determinado la penalidad por cuatro (4) días de atraso en la subsanación de las observaciones del Informe del Séptimo Entregable, calculado en consideración del plazo de cinco (5) días, establecido para el cumplimiento de dicho entregable, y del monto a pagar por dicho entregable (USD 1'040,285.40), arrojando una penalidad de USD 104,028.54, la cual se habría descontado del pago efectuado.
88. Afirmó la Entidad que mediante la Carta N° 242-2016/MAGTELC, presentada el 26 de octubre de 2016, el Consorcio habría comunicado al MTC que verificó que en el pago del Séptimo Entregable se les retuvo S/ 351,824.52, por la aplicación de penalidades, expresando su disconformidad por la penalidad aplicada y solicitó su devolución, argumentando que lo que la DGCC-MTC les solicitó con el Oficio N° 27738-2016-MTC/27 habrían sido “puntualizaciones” y no “levantamiento de observaciones”, señalando,

además, que el cálculo del monto de la penalidad no se habría ajustaba a lo establecido en el Contrato ni en las normas de contrataciones del Estado.

89. En relación con la Carta N° 242-2016/MAGTELC, la Oficina de Abastecimiento remitió el Informe N° 244-2016-MTC/10.02, del 28 de octubre de 2016, a la OGA-MTC, informando –entre otros asuntos– que correspondía la aplicación de penalidad al Informe del Séptimo Entregable, cuyo monto no era procedente devolver.
90. En ese sentido, el Demandado sostuvo que con el Oficio N° 410-2016-MTC/10.02, presentado el 8 de noviembre de 2016, la OGA-MTC habría dado respuesta a la Carta N° 242-2016/MAGTELC, en los términos del Informe N° 244-2016-MTC/10.02 de la Oficina de Abastecimiento, reafirmando la penalidad aplicada por retraso en la subsanación de observaciones del Informe del Séptimo Entregable.
91. De otro lado, en relación con la penalidad aplicada al pago parcial del Octavo Entregable, la Entidad manifestó que mediante la Carta N° 252-2016/MAGTELC, presentada el 24 de noviembre de 2016, el Demandante habría solicitado una ampliación de plazo de dieciocho (18) días calendario (hasta el 14 de diciembre de 2016) para la presentación del “Informe Final del Servicio de Supervisión para la Fase de Despliegue del Proyecto: Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro” (en adelante Informe del Octavo Entregable).
92. Agregó que con el Informe N° 2021-2016-MTC/27, del 28 de noviembre de 2016, emitido por Tomy Serrano Enciso, Abogado; Óscar Cáceda Santillán, Coordinador General de Servicios Públicos; y José Vidal Huarcaya,

Coordinador General de Seguimiento Contractual, que contaba con la conformidad de la entonces Directora General de Concesiones en Comunicaciones, se habría considerado procedente otorgar la ampliación de plazo por dieciocho (18) días calendario, por lo que Magtel debía presentar el Informe del Octavo Entregable el 14 de diciembre de 2016.

93. Así, a través del Informe N° 287-2016-MTC/10.02, del 2 de diciembre de 2016, recibido por la OGA-MTC el 5 de diciembre de 2016, la Oficina de Abastecimiento concluyó que la solicitud de ampliación de plazo presentada por el Supervisor sea declarada procedente por un plazo de dieciocho (18) días calendario.
94. Asimismo, refirió la Entidad que mediante el Informe N° 787-2016-MTC/10.10, del 7 de diciembre de 2016, recibido por la OGA-MTC en la misma fecha, la Asesoraría Legal-OGA opinó que desde el punto de vista jurídico resultaba procedente la ampliación de plazo por (18) días calendario presentada por Magtel; en virtud de lo cual, con la Resolución Directoral N° 019-CP-2016-MTC/10, presentada el 9 de diciembre de 2016, se declaró procedente la solicitud de ampliación de plazo por dieciocho (18) días calendario formulada por el Demandante, señalando que el nuevo plazo de ejecución contractual vencía el 14 de diciembre de 2016.
95. Así, mediante Carta N° 260-2016/MAGTELC, presentada el 14 de diciembre de 2016, el Supervisor habría efectuado una precisión sobre la ampliación de plazo aprobada mediante la Resolución Directoral 019-CP-2016-MTC/10, señalando que la ampliación de plazo otorgada se debía entender para el plazo de presentación del Informe del Octavo Entregable y no para la culminación del Contrato.

96. Como consecuencia de lo anterior, la Entidad afirmó que mediante la Resolución Directoral N° 1138-2016-MTC/10, notificada a Magtel el 13 de enero de 2017, se rectificó el artículo 1° de la Resolución Directoral N°019-CP-2016-MTC/10, precisándose que la ampliación de plazo otorgada correspondía a la presentación del Informe del Octavo Entregable (Informe Final).
97. Así las cosas, el MTC mencionó que a través de la Carta N° 259-2016/MAGTELC, de presentada el 14 de diciembre de 2016, el el Supervisor remitió el Octavo Entregable “Informe Final del Servicio de Supervisión para la Fase de Despliegue del Proyecto: Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro” (en adelante Informe del Octavo Entregable).
98. En virtud de lo anterior, mediante el Informe N° 2186-2016-MTC/27, del 23 de diciembre de 2016, emitido por Tomy Serrano Enciso, Abogado; Pedro Melgarejo Vargas, Ingeniero; Luis Rivera Hernández, Ingeniero; Óscar Cáceda Santillán, Coordinador General de Servicios Públicos; y José Vidal Huarcaya, Coordinador General de Seguimiento Contractual, contando con la conformidad de la Directora General de Concesiones en Comunicaciones; se informó que el Consorcio había presentado el Informe del Octavo Entregable, dentro del plazo establecido por la DGCC-MTC, concluyéndose que era procedente dar la conformidad al Informe del Octavo Entregable.
99. Así, mediante Memorando N°2462-2016-MTC/27, presentado el 26 de diciembre de 2016, la DGCC-MTC habría remitido a la OGA-MTC, los documentos relativos al pago de Magtel respecto del Informe del Octavo Entregable.

100. Sin perjuicio de lo anterior, el MTC señaló que a través del documento Penalidad N° 54, del 30 de diciembre de 2016, la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones y la Oficina de Abastecimiento determinaron una diferencia que no se cobró en la Penalidad N° 30-2015, aplicada al Tercer Entregable (se aplicó USD 78,599.34), por haberse considerado para el cálculo de dicha penalidad el plazo de noventa (90) días, debiendo haber sido cinco (5) días, por lo que correspondía aplicar de USD 25,429.2, como diferencia de los USD 104,028.54, como monto máximo equivalente 10% del monto del entregable.
101. Por su parte, la Entidad manifestó que mediante la Carta N° 001-2017/MAGTELC, presentada el 11 de enero de 2017, el Demandante se habría comunicado con el MTC tras haber verificado que en el pago del Octavo Entregable se les habría retenido S/ 85,899.84, por la aplicación de penalidades, expresando su disconformidad por la penalidad aplicada, solicitando que se le informe por qué razón se habría aplicado penalidad al pago del último entregable por el importe de S/ 85,899.84 y cómo se había realizado el cálculo de la penalidad diaria.
102. Como consecuencia de lo anterior, el MTC sostuvo que se emitió el Informe N° 23-2017-MTC/10.02, del 17 de enero de 2017, mediante el cual la Oficina de Abastecimiento informó que las penalidades aplicadas al Consorcio por los incumplimientos referentes a la subsanación de observaciones de los entregables del Contrato N° 46-2014-MTC/10 se habían determinado atendiendo a lo informado por la DGCC-MTC, en calidad de área usuaria, así como al amparo de lo que establece el artículo 165° del Reglamento y de conformidad con la Cláusula Décimo Cuarta del referido contrato, considerando el monto y plazo correspondiente a cada entregable en virtud de la naturaleza del Contrato.

103. Además, refirió el Demandado que través del Oficio N° 39-2017-MTC/10.02, presentado el 25 de enero de 2017, la OGA-MTC habría dado respuesta a la Carta N° 001-2017/MAGTELC, en los términos del Informe N° 23-2017-MTC/10.02, emitido la Oficina de Abastecimiento, sustentando los retrasos informados por el área usuaria que habrían dado lugar a la aplicación de las penalidades, la base legal de su aplicación, la metodología y/o fórmula aplicada en cada caso, reafirmando las penalidades aplicadas por retrasos en la subsanación de observaciones del Informe del Tercer Entregable y del Informe del Séptimo Entregable.
104. En ese orden de ideas, de manera particular, el MTC señaló sobre la Primera Pretensión Principal del Demandante que esta sería infundada, pues las penalidades se habrían aplicado en forma objetiva y con sujeción al Contrato y a la normativa que regula las contrataciones del Estado, teniendo en cuenta documentos como: los informes de la DGCC-MTC, que habrían determinado los números de días calendario de retraso en la subsanación de las observaciones formuladas al Informe del Tercer Entregable y al Informe del Séptimo Entregable; los documentos de comunicación de observaciones emitidos por la DGCC-MTC y los documentos de subsanación de observaciones presentados por Magtel, así como los artículos 165° y 176° del Reglamento y las cláusulas del Contrato que establecen las penalidades, los criterios para su aplicación y la fórmula para calcular la penalidad diaria y la penalidad total por cada retraso.
105. En relación con la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, el MTC manifestó que esta sería infundada, pues cada una de las subprestaciones habría tenido un plazo, un producto entregable y un término para su entrega, por lo que el Contrato se habría configurado como uno de

“ejecución periódica”, que contiene varias prestaciones parciales, siendo que, por tal razón, debía efectuarse por cada etapa: La verificación del cumplimiento del plazo de entrega de los informes parciales, La formulación de observaciones, cuando corresponda, La determinación del plazo de subsanación de observaciones, cuando corresponda, La verificación del cumplimiento del plazo de subsanación de observaciones, cuando corresponda, La conformidad del informe entregable, La determinación de los días de retraso en la presentación del informe entregable y/o de la subsanación de observaciones y La aplicación de la penalidad.

106. En consecuencia, la aplicación de las penalidades efectuadas por la Oficina de Abastecimiento en función al monto y el plazo de cada sub-prestación o entregable, se encuentra plenamente amparado en los artículos 165° y 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y la Cláusula Décima Cuarta del Contrato de Supervisión
107. Respecto de la Pretensión Accesorio a la Pretensión Subordinada, la Entidad comentó que esta también sería infundada, pues al carecer de fundamento jurídico la pretensión subordinada (debería ser declarada infundada), tampoco correspondería que se ampare su pretensión accesorio.
108. Asimismo, solicitó que se tenga presente que la aplicación de las penalidades efectuadas se habrían realizado en función del monto y del plazo de cada subprestación o entregable, encontrándose plenamente amparado en los artículos 165° y 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y la Cláusula Décima Cuarta del Contrato, por lo cual no correspondería que se recalcule el importe de las penalidades aplicadas y tampoco ordenar la devolución de las referidas penalidades.

109. En ese sentido, las penalidades aplicadas y descontadas al Consorcio por el supuesto retraso de diecisiete (17) días en la subsanación de las observaciones formuladas por la DGCC-MTC al Informe del Tercer Entregable, por USD 104,028.54, y por retraso de cuatro (4) días en la subsanación de las observaciones formuladas por la DGCC-MTC al Informe del Séptimo Entregable, por USD 104,028.54, se sustentarán en los informes de la DGCC-MTC, en su condición de área usuaria de la contratación, habiendo sido calculadas por la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones y la Oficina de Abastecimiento, de acuerdo con la fórmula establecida en el artículo 165° del Reglamento, considerando el plazo y el monto correspondientes a la prestación parcial del Tercer Entregable y del Séptimo Entregable, según lo prescrito por el numeral 14.2 de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato, en congruencia con los artículos 165° y 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
110. En virtud de lo anterior, el MTC sostuvo que las pretensiones contenidas en la demanda interpuesta por el Consorcio debían ser desestimadas, conforme a la fundamentación fáctica y jurídica expresada por el Demandado.

III.4. LA DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y LA ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

111. Mediante el Acta de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios del 12 de julio de 2017 se dejó constancia de las siguientes actuaciones:

La conciliación:



112. El Árbitro Único invitó a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio; sin embargo, ante la imposibilidad de arribar a un acuerdo parcial o total de las posiciones entre éstas, decidió proseguir con las actuaciones arbitrales, dejando abierta la posibilidad de que puedan llegar a conciliar sus puntos de vista.

Los Puntos Controvertidos:

113. En la audiencia, el Árbitro Único determinó los siguientes puntos controvertidos:

1. Determinar si corresponde ordenar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC que deje sin efecto las penalidades aplicadas a Consortio Magtel, devolviendo el importe de éstas, deducidas de los pagos parciales correspondientes al Tercer, Séptimo y Octavo entregables, más el pago de los intereses que pudieran corresponder.
2. Determinar si corresponde, de ser el caso, declarar si el Contrato de Supervisión que vincula a las partes y da origen al presente arbitraje es un “contrato de ejecución continuada” o un “contrato de ejecución periódica”.
3. Determinar si corresponde, de ser el caso, recalcular el importe de las penalidades aplicadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC a Consortio Magtel en el marco del Contrato de Supervisión, de conformidad con lo declarado por el Árbitro Único en el Segundo Punto Controvertido.

4. Determinar si corresponde, de ser el caso, ordenar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC que devuelva a Consortio Magtel los importes que le habrían sido penalizados excesiva e indebidamente, así como el pago de los intereses que pudieran corresponder.

5. Determinar a quiénes y en qué proporciones corresponde el pago de los costos del arbitraje, conforme con lo establecido en el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje.

La admisión de medios probatorios:

114. Asimismo, se admitieron los medios probatorios presentados por ambas partes con la demanda, la contestación de la demanda y sus demás escritos.

III.5. LA AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN

115. El Árbitro Único citó a ambas partes a Audiencia de Ilustración mediante el Acta de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios del 12 de julio de 2017 para el 10 de agosto de 2017, con el fin de que ambas partes expongan de manera detallada sus posiciones respecto de los puntos controvertidos del presente caso.

III.6. LOS ALEGATOS

116. Mediante Resolución N° 11, el Árbitro Único invitó a las partes para que dentro de un plazo de cinco (5) días hábiles formularan sus alegaciones

finales por escrito y, de considerarlo conveniente, soliciten el uso de la palabra en Audiencia de Informes Orales.

117. Transcurrido el plazo otorgado mediante la referida resolución, ambas partes presentaron sus alegatos por escrito, solicitando, asimismo, el uso de la palabra en Audiencia de Informes Orales.

III.7. LA AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

118. El Tribunal Arbitral las citó a ambas partes a Audiencia de Informes Orales mediante Resolución N° 12, diligencia que fue reprogramada, a solicitud del MTC, a través de la Resolución N° 13, para el 16 de enero de 2018, en donde las partes tuvieron oportunidad y tiempo suficiente para exponer oralmente sus alegaciones, declarando expresamente éstas que el presente arbitraje se desarrolló respetando todas las reglas relativas al debido proceso.

III.8. PLAZO PARA LAUDAR

119. Mediante la Resolución N° 19, el Árbitro Único fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles.
120. A través de la Resolución N° 20 se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales².

IV. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

² Plazo que no perjudica aquel con el que cuenta la Secretaría Arbitral Ad Hoc para notificar la presente decisión, según el segundo párrafo del numeral 52. del Acta de Instalación de Árbitro Único del 20 de abril de 2017.

IV.1. CUESTIONES PRELIMINARES

121. Antes de analizar la materia controvertida, el Árbitro Único estima oportuno dejar constancia de lo siguiente:

- a. El Árbitro Único se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral vinculante entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.
- b. La designación y aceptación del Árbitro Único se ajustó a las exigencias previstas en la Ley de la materia.
- c. Ni Magtel ni el MTC impugnaron o reclamaron contra las disposiciones del procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de Árbitro Único.
- d. Magtel presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo, el MTC fue debidamente emplazado con dicha demanda, ejerciendo plenamente su derecho de defensa y contestándola.
- e. Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar las pruebas que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna.
- f. Tal como se previó en el acta de la Audiencia de Informes Orales, ambas partes declararon que el presente arbitraje se desarrolló respetando todas las reglas relativas al debido proceso.

- g. El Árbitro Único, dentro del plazo establecido de común acuerdo por ambas partes, procede a emitir el correspondiente Laudo.

IV.2. DESARROLLO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

IV.2.1 | Primer Punto Controvertido | Determinar si corresponde ordenar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC que deje sin efecto las penalidades aplicadas a Consortio Magtel, devolviendo el importe de éstas, deducidas de los pagos parciales correspondientes al Tercer, Séptimo y Octavo entregables, más el pago de los intereses que pudieran corresponder.

Normativa Aplicable:

122. Previamente a dar inicio al análisis de cada uno de los puntos controvertidos, el Tribunal Arbitral considera importante señalar que el Contrato materia de la presente controversia constituye una de las modalidades en que las entidades públicas y los privados establecen relaciones jurídico-patrimoniales, la cual está sometida a lo regulado por el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la Ley o la LCE), modificada por la Ley N° 29873, y el Decreto Legislativo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el Reglamento o el RLCE), modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.
123. En tal sentido, el efecto que se genera cuando el Estado contrata con un privado en el marco de la LCE y el RLCE, consiste en la prevalencia de estas normas sobre aquellas de derecho público y privado que sean aplicables,

inclusive al momento de resolver las controversias surgidas del contrato, tal como lo prevé el primer párrafo del artículo 5° de la LCE³.

124. Tal prevalencia no implica la exclusión total a las normas que existen en el ordenamiento jurídico, pues el artículo 142° del RLCE señala que “[e]l contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título [...] En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado”.

125. En concordancia con ello, el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil advierte que “[l]as disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.

126. En tal sentido, para resolver las controversias surgidas entre el Contratista y la Entidad, serán de aplicación las normas convenidas en el Contrato, lo dispuesto en la LCE, el RLCE, otras normas de derecho público de manera supletoria y, las normas del Código Civil, en ausencia de éstas.

La naturaleza de los actos de la administración en el marco de los contratos con el Estado

127. Asimismo, el Tribunal Arbitral considera pertinente señalar que la actual LCE, así como su predecesora, no han recogido un concepto especial de contrato administrativo que distinga claramente los contratos administrativos

³ **“Artículo 5.- Especialidad de la norma y delegación**

El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables...”

y los contratos estatales de derecho privado; como ocurre en la legislación española⁴.

128. Siendo ello así, no está definida de manera clara en la normativa de contrataciones del Estado la naturaleza de los actos de la administración en el marco de los contratos regulados por esta Ley. Sin embargo, podría afirmarse que en la intervención de las entidades con los particulares en este tipo de contratos existe una interrelación de actos con naturaleza administrativa y de connotación civil. Para estos efectos, podemos mencionar la adjudicación de la buena pro, como un acto administrativo, y la suscripción del contrato, como un acto de naturaleza civil, por ejemplo.
129. En ese sentido, la administración pública manifiesta su voluntad a través de actos administrativos que no son exclusivos del ejercicio del *ius imperium* sino que también son manifestaciones que pueden emitirse en el marco de la relación con particulares producto de negocios jurídicos de carácter privado, como ocurre en los contratos regulados por la LCE.
130. Por lo tanto, las actuaciones de las entidades estatales no deben circunscribirse a competencia exclusiva del derecho administrativo y a facultades exorbitantes del Estado, sino a características mixtas (Derecho público y privado) que, por su naturaleza, no dejan de ser actos contractuales y que deben ser aplicables para la solución de controversias teniendo en cuenta los principios del Derecho Administrativo y del Derecho Civil sin desvirtuar la naturaleza de cada uno de sus actos.

⁴ BUSTILLO BOLADO, Roberto. Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento. Navarra: Thomson Arazandi, 2004, pág. 194.

La naturaleza de los actos de la administración en el marco de los contratos con el Estado

131. Es necesario tener en cuenta que el análisis que se efectúe en el presente Laudo no debe soslayar que estamos ante un contrato suscrito en el marco del régimen de contratación pública y sujeto a sus reglas privativas, siendo al respecto pertinente lo expresado por el Tribunal Constitucional en el acápite 12 de los fundamentos de la sentencia recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC⁵, que al referirse al objeto del artículo 76° de la Constitución Política, relativo a la constitucionalidad de dicho régimen, sostiene que

“La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados...” (el subrayado es nuestro).

132. De este modo, el nivel de exigencias formales y sustanciales contempladas en el contrato, así como la interpretación adoptada, no pueden ser vistas de modo aislado, sino conforme con los objetivos descritos en los párrafos anteriores, teniéndose en cuenta las disposiciones aplicables al régimen de contratación estatal y, de acuerdo con ello, los principios y reglas que la

⁵ Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima contra la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27635 en cuanto establece la adquisición de medicamentos destinados a establecimientos hospitalarios del Ministerio de Salud, ESSALUD y las Sociedades de Beneficencia Pública mediante el mecanismo de la Bolsa de Productos.

sostienen, dentro de los cuales debe tenerse en cuenta el necesario equilibrio entre las partes que intervienen.

133. Habiendo establecido como cuestión previa el marco normativo aplicable, la naturaleza de los actos contractuales de la Administración Pública y el objeto en la contratación pública, corresponde dar inicio al análisis de cada uno de los puntos controvertidos.

Breve marco teórico:

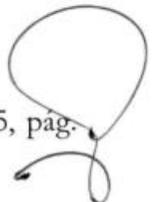
134. De manera liminar, es oportuno señalar que en el presente caso nos encontramos ante un contrato con prestaciones recíprocas. Un contrato de tal naturaleza es aquel en el cual existen partes que son acreedoras y deudoras a la vez, es decir, acreedoras y deudoras una respecto de la otra; ello con total independencia de la cantidad de prestaciones que cada una estuviera obligada respecto de su contraparte.

135. En tal contexto, tal como sostiene RAMELLA⁶, se genera:

“...un nexo especial –que se denomina de correspondencia o reciprocidad y que consiste en la interdependencia (o causalidad recíproca) entre ellas–...”.

136. Es por la existencia de ese nexo que cada parte está obligada al cumplimiento y satisfacción de las prestaciones que ambas –de mutuo y libre acuerdo– se comprometieron, a través de la celebración de un negocio jurídico, en honrar.

⁶ RAMELLA, Anteo E., Resolución por Incumplimiento. Buenos Aires: Astrea, 1975, pág. 144.



137. En resumen y en palabras de GARRIDO y ZAGO⁷, podemos concluir, entonces, que es:

“...en el intercambio de ventajas y en la interrelación de ellas donde está la característica tipificante de los contratos con prestaciones recíprocas”.

138. El contrato con prestaciones recíprocas que suscribieron las partes fue un Contrato de Consultoría⁸, el cual –en el marco del presente caso– se encuentra regulado por las disposiciones previstas en su propio texto contractual, en el Título III, “De las Contrataciones”, de la LCE, así como en el Título III, “Ejecución Contractual”, del Reglamento de la LCAE, y en el Título IX, “Prestación de Servicios”, Capítulo Segundo, “Locación de Servicios”, del Código Civil, en lo que pudiera corresponder.

139. En términos de Teoría General Contractual, básicamente, nos encontramos ante un Contrato de Locación de Servicios cuando una persona (locador) se obliga ante otra persona (comitente), sin estar subordinado a ella, a prestarle sus servicios por determinado tiempo para un determinado trabajo, a cambio de una retribución.

140. En materia de contrataciones del Estado, quien presta el “servicio de supervisión de obras” es llamado “Consultor de Obra”, que en palabras del Anexo Único, Anexo de Definiciones del RLCE es:

⁷ GARRIDO, Roque Fortunato y Jorge Alberto ZAGO. Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Tomo I, Buenos Aires: Universidad, 1989, pág. 66.

⁸ En el Contrato se utiliza la nomenclatura “Servicio de Supervisión para la fase de despliegue del proyecto Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro”.

“La persona natural o jurídica con no menos de un (1) año de experiencia especializada, que presta servicios profesionales altamente calificados consistentes en la elaboración del expediente técnico de obras. También se considera consultor de obra a la persona natural o jurídica con no menos de dos (2) años de experiencia especializada, que presta servicios altamente calificados, consistentes en la supervisión de obras” (el subrayado y el resaltado son propios).

141. Específicamente, el RLCE, en su artículo 190°, se ha referido al “Supervisor de Obras” en los siguientes términos:

“Artículo 190° Inspector o Supervisor de Obras

Toda obra contará de modo permanente y directo con un inspector o con un supervisor, quedando prohibida la existencia de ambos en la misma obra.

El inspector será un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por ésta, mientras que el supervisor será una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin. En el caso de ser una persona jurídica, ésta designará a una persona natural como supervisor permanente de la obra.

El inspector o supervisor, según corresponda, debe cumplir, por lo menos, con las mismas calificaciones profesionales establecidas para el residente de obra.

Será obligatorio contratar un supervisor cuando el valor de la obra a ejecutarse sea igual o mayor al monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo” (el subrayado y el resaltado son propios).

142. En síntesis, podríamos afirmar que el Contrato de Consultoría de Obras, en general, es aquel por el cual el Consultor se compromete a realizar un trabajo (servicio) profesional altamente calificado, dentro de una amplia gama de

materias técnicas relacionadas con la supervisión de trabajos de obras, con el fin de satisfacer las necesidades del sector público.

143. No es prioridad de este Colegiado realizar una exhaustiva distinción respecto de la naturaleza jurídica de la locación de servicios y la locación de obra, no obstante, es importante señalar que la primera difiere de la segunda en tanto es una obligación siempre de conducta y no de resultado. En este extremo es oportuna la observación de GHERSI⁹, quien con precisión señala lo siguiente:

“Hemos sostenido que el contenido del objeto de la obligación es siempre una conducta. Sin embargo, la prestación que emana de ella puede agotarse en sí misma como resultado, o al contrario, sólo puede constituir un medio para conseguir un efecto determinado o acotado. Precisamente entre las segundas se hallaría la obligación de prestación de servicios”.

144. Lo anteriormente expresado, sin embargo, no significa la existencia de una ruptura entre el servicio que provea el locador (es decir, el Supervisor) al comitente y el resultado de esa labor. Es claro que el medio se encausará sobre determinados parámetros o requerimientos, con el objetivo de obtener razonables consecuencias.
145. Enmarcado conceptualmente el Contrato, es oportuno señalar que las partes identificaron cada una de sus obligaciones en las cláusulas contenidas en dicho acto jurídico, así como en las Bases y los Términos de Referencia, partes integrantes de este último.

⁹ GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Tomo I. 6ta Ed. Buenos Aires: Astrea, 2006, págs. 553-554.

146. En el presente caso, las partes pactaron que la labor de Magtel en el marco del Contrato era proveer el “Servicio de Supervisión para la Fase de Despliegue del Proyecto: Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro”, según los Términos de Referencia establecidos en las Bases. Al mismo tiempo, el MTC pagaría una suma de dinero al Supervisor, a manera de contraprestación.
147. Para la ejecución de la prestación contratada, Magtel tenía que proveer los servicios especializados antes referidos, teniendo especial consideración en el cumplimiento de las Especificaciones Técnicas y los plazos con los cuales contaba para tales efectos.
148. Al respecto, ha quedado acreditado con las pruebas aportadas por las partes que, en efecto, a Magtel le fue adjudicada la buena pro; así también que, como consecuencia de lo anterior, ambas partes suscribieron el contrato que da origen al presente arbitraje, contando este con los requisitos de validez para el despliegue de sus efectos.
149. Asimismo, ha quedado acreditado que ambas partes delimitaron sus prestaciones en el marco del Contrato. Entre otras obligaciones, el Contratista se comprometió a brindar el servicio especializado, de conformidad con el objeto del Contrato, establecido en la Cláusula Tercera de dicho instrumento, en el plazo previsto para tales efectos en la Cláusula Sexta.

Sobre las penalidades aplicadas por el MTC a Magtel

150. En relación con la Primera Pretensión Principal de la demanda formulada por Magtel, el Tribunal Arbitral observa que dicha parte ha solicitado que los montos deducidos a sus pagos correspondientes al Tercer, Séptimo y Octavo entregables, por concepto de penalidades, le sean devueltos, en tanto sí habría cumplido oportunamente con las prestaciones a su cargo.
151. Precisó Magtel, *grosso modo*, que –entre otras labores– debía presentar informes de supervisión de pruebas de operatividad. Sin embargo, al presentarlos, el MTC le habría exigido que éstos tengan un contenido ajeno a lo requerido por el Contrato y los demás documentos del proceso de selección, formulando “observaciones”, cuyos levantamientos o absoluciones habrían sido requeridos en plazos muy cortos, lo cual, además, habría generado indebidas penalidades para el Supervisor.
152. Puntualmente y en relación con la penalidad aplicada al pago parcial del Tercer Entregable, el Demandante sostuvo que remitido el “Informe de Supervisión de las Pruebas de Operatividad de la Segunda Entrega”¹⁰ (en adelante, el IPO2), este fue observado por el MTC. Magtel agregó que dichas observaciones habrían sido levantadas; sin embargo, la Entidad respondió negando la conformidad al IPO2, pues –sostuvo– no se habrían absuelto las observaciones formuladas.
153. Magtel agregó que tras el reclamo respectivo, el IPO2 fue finalmente recibido por el MTC, dando conformidad a éste, pero aplicando una penalidad por un

¹⁰ Para mayor ilustración, debe mencionarse que en el Contrato de Concesión, a cargo de Azteca Comunicaciones S.A.C., en calidad de concesionario, se establece que las llamadas “pruebas de operatividad” son “...*pruebas de funcionamiento, operatividad e integración de la RDNFO, las cuales serán realizadas por el concesionario [Azteca], bajo la supervisión del Supervisor de Obras [Magtel], de acuerdo al protocolo de pruebas aprobado por el Concedente [el MTC], para verificar la culminación de cada Entrega*”. Véase: Cláusula 2.62 del Contrato de Concesión.

supuesto atraso en el cumplimiento de la prestación, constituyéndose en uno de los motivos por los cuales el Demandante acudió al presente arbitraje.

154. Asimismo, en relación con la penalidad aplicada al pago parcial del Séptimo Entregable, el Demandante sostuvo que remitido el “Informe de Supervisión de las Pruebas de Operatividad de la Sexta Entrega” (en adelante, el IPO6), este habría sido objeto de “puntualizaciones” por parte del MTC. Magtel agregó que, como consecuencia de que el plazo otorgado habría sido excesivamente corto, solicitó un plazo adicional (que no habría sido formalmente otorgado por la Entidad) para absolver las “puntualizaciones”.
155. Magtel agregó que efectuadas las “puntualizaciones”, el MTC le respondió aplicando una penalidad por un supuesto atraso en el cumplimiento de la prestación, constituyéndose en otro de los motivos por los cuales el Demandante acudió al presente arbitraje.
156. Finalmente, en relación con la penalidad aplicada al pago parcial del Octavo Entregable, el Demandante sostuvo que al recibir un monto menor al esperado por el último Entregable, solicitó a la Entidad las explicaciones correspondientes. A su turno, el MTC respondió que los descuentos se debían a la aplicación de una penalidad por un supuesto atraso en el cumplimiento de la prestación, correspondiente a retraso en el levantamiento de las observaciones al Tercer Entregable.
157. Magtel agregó que cuestionó la explicación del MTC de cómo habría llegado este a calcular las penalidades al Tercer, Séptimo y Octavo entregables,

constituyéndose en otro de los motivos por los cuales el Demandante acudió al presente arbitraje.

Sobre la naturaleza de las penalidades

158. Es oportuno mencionar que una “penalidad” o “cláusula penal” es –según la opinión mayoritaria de la doctrina Civil– “...la estipulación en un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento [...], a grandes rasgos, puede definirse como un pacto anticipado de indemnización”¹¹.
159. Sobre esa base, el Árbitro Único considera que se puede afirmar, además, que la “penalidad” o “cláusula penal” tiene –en esencia– funciones: (i) *indemnizatoria*, porque compensa al beneficiario ante el incumplimiento de su contraparte; (ii) *disuasiva*, porque pretende inducir al obligado a incumplir sus prestaciones; (iii) *punitiva o sancionadora*, porque ante el incumplimiento del obligado, este es sancionado con la aplicación de la penalidad; y (iv) *de simplificación probatoria*, en tanto, como conductas previamente tasadas por las partes, permitirán una atribución de responsabilidad objetiva del obligado¹².
160. La contratación pública, por supuesto, no ha sido ajena a esta figura jurídica, motivo por el cual, en el marco de las contrataciones del Estado, las penalidades han sido encuadradas en la LCE, en su Título IV, “Derechos, Obligaciones y Sanciones”, Capítulo II, “De los Contratistas”, artículo 48° (intereses y penalidades), mientras que en el RLCE, en su Título III,

¹¹ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Lima: Palestra, 2008, pág. 939.

¹² Por ejemplo, en materia del daño sufrido por la conducta contemplada como sancionable con la cláusula penal. Así el artículo 1343° del Código Civil Peruano establece: “Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella solo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario”.

“Ejecución Contractual”, Capítulo III, “Incumplimiento del Contrato”, siendo divididas en dos (2) tipos: “Penalidad por mora en la ejecución de la prestación” (artículo 165°) y “Otras penalidades” (artículo 166°).

161. En relación con la “Penalidad por mora en la ejecución de la prestación” – objeto de la presente controversia– el Reglamento establece lo siguiente:

“Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

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

En todos los casos, la penalidad aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde F tendrá los siguientes valores:

a) *Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: F=0.40.*

b) *Para plazos mayores a sesenta (60) días:*

b.1) Para bienes y servicios: F=0.25.

b.2) Para obras: F=0.15.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que éstos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Cuando se llegue a cumplir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente”.

162. De otro lado, en relación con las “Otras penalidades”, el Reglamento establece lo siguiente:

“Artículo 166.- Otras penalidades

En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente [penalidad por mora], siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora”.

163. Respecto de lo anterior, es oportuno precisar que los criterios previstos en el Reglamento (objetividad, razonabilidad y congruencia) no han sido desarrollados por dicho instrumento normativo, sino que han sido patrimonio interpretativo del propio OSCE, mediante su Dirección Técnico Normativa (en adelante, la DTN-OSCE), a través de sus distintas opiniones. Así, en la Opinión N° 020-2014/DTN, la máxima autoridad de Contrataciones del Estado sostiene:

“Esta potestad de las Entidades [es decir, la de establecer “otras penalidades”] debe ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria.

- (i) *La objetividad implica que la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serán penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación.*
- (ii) *Por su parte, la razonabilidad implica que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicará al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento.*
- (iii) *Finalmente, la congruencia con el objeto de la convocatoria implica que se penalice el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria”¹³.*

164. En opinión del Árbitro Único, nada de lo anteriormente contemplado en el Reglamento o expresado por la DTN-OSCE quiere decir que la llamada “Penalidad por mora en la ejecución de la prestación” no deba ser “objetiva”, “razonable” y “congruente” o, en otras palabras, que dicha penalidad pueda ser subjetiva (en el sentido de ambigüedad), irracional o incongruente, pues tanto aquella como las llamadas “Otras penalidades” –según la mencionada institución– *“...tienen la misma finalidad [...] desincentivar los posibles incumplimientos de las obligaciones a cargo del contratista y resarcir a la Entidad por los perjuicios que sufra como consecuencia de estos incumplimientos”¹⁴.* Una lectura

¹³ Véase: numeral 2.1.4 de la Opinión N° 020-2014/DTN.

¹⁴ Véase: numeral 2.1.5 de la Opinión N° 020-2014/DTN.

contraria podría asentar la “legitimidad” de una penalidad manifiestamente arbitraria, injusta e ilegal.

¿Aplicó correctamente el MTC las penalidades a Magtel?

165. Al respecto, en relación con el Tercer Entregable, Magtel sostuvo que, a través del Oficio N° 32498-2015-MTC/27, el MTC concluyó que el levantamiento de observaciones al IPO2, elaborado por el Supervisor, no había subsanado íntegramente las observaciones que le fueron formuladas. Para el Demandante, tal afirmación es incorrecta, porque para otorgar la conformidad al IPO2 el MTC habría tenido en cuenta el documento adjunto a la Carta N° 093-2015/MAGTEL, mediante el cual no se habría subsanado observación alguna, sino que se habría explicado o precisado –según afirmó– que a través de las cartas N° 063-2015/MAGTEL y N° 065-2015/MAGTEL sí se había cumplido con absolver todas las observaciones formuladas por la Entidad.

166. Por su parte, el MTC manifestó que entregado el IPO2 (así como su información complementaria) por parte de Magtel, a través del Oficio N° 27861-2015-MTC/27, recibido el 30 de julio de 2015, se notificó al Supervisor las observaciones al referido Tercer Entregable, detalladas en los anexos N° 1 y N° 2, otorgándole un plazo de cinco (5) días calendario la su absolución precisa, completa y debidamente documentada de cada una de éstas.

167. Agregó la Entidad que a través de la Carta N° 063-2015/MAGTEL, presentada el 4 de agosto de 2015, Magtel habría dado respuesta a las observaciones del Anexo N° 1, solicitando cinco (5) días calendario para

contestar la información requerida en el Anexo N° 2, requerimiento que habría cumplido, finalmente, a través de la Carta N° 065-2015/MAGTEL, el 10 de agosto de 2015, presentado, además, información complementaria para el Anexo N° 1.

168. Respecto de las observaciones contenidas en el Anexo N° 1, el Árbitro Único constata que, habiendo sido recibidas el 30 de julio de 2015, en efecto, el Consorcio se pronunció sobre tales observaciones en el plazo conferido, es decir, el 4 de agosto de 2015, tal como se acredita con la referida Carta N° 063-2015/MAGTEL (cuyo contenido o anexos fue aportado a este arbitraje por el MTC). Con ella, también se acredita que el Supervisor agotó cada una de las catorce (14) observaciones formuladas, comentando que algunas observaciones ya se encontraban en el informe de supervisión remitido, así como en la llamada “Versión: 2” que se remitía con tal misiva.
169. Es oportuno mencionar que dada la complejidad de algunas observaciones, naturalmente, Magtel fue más prolijo al responder algunas de ellas, tal como sucedió con las observaciones 5 y 12 del Anexo N° 1.
170. Como ya se ha mencionado, estos descargos no satisficieron al MTC, pues consideró que no se habían subsanado íntegramente los requerimientos efectuados, por lo cual, mediante el Oficio N° 32498-2015-MTC/27 hizo saber al Supervisor que no le otorgaba la conformidad respectiva, y que se procedería a penalizar.
171. Asimismo, ya ha sido mencionado que la Entidad considera que recién fue con la Carta N° 093-2015/MAGTEL, recibida el 18 de septiembre de 2015,

que el MTC habría considerado levantada las observaciones, aplicando penalidad al Consorcio por los días de demora.

172. No obstante, el Árbitro Único ha podido constatar que, en efecto, lo que hizo Magtel a través de la Carta N° 093-2015/MAGTEL fue únicamente reiterar que las observaciones ya habían sido absueltas a través de la Carta N° 063-2015/MAGTEL. En otras palabras: puede concluirse que lo que realizó el Consorcio con esta misiva fue simplemente explicar nuevamente lo que ya había expuesto a través de la llamada “Versión: 2” del Informe de Supervisión¹⁵.

173. En ese contexto, se constata, además, que el Supervisor no adicionó instrumentos, documentos o procedimientos adicionales que permitan concluir que recién con la Carta N° 093-2015/MAGTEL atendió los requerimientos formulado por la Entidad, por lo que se debe considerar que no corresponde penalizar al Magtel por la falta de observaciones contenidas en el Anexo 1, debido a que éstas sí fueron debidamente subsanadas a través de la Carta N° 063-2015/MAGTEL, recibida por el MTC el 4 de agosto de 2015.

¹⁵ Por ejemplo, respecto de la primera observación, se menciona que lo solicitado se encuentra referido en el numeral V, “Procedimiento de Supervisión”, del Informe de Supervisión en su “Versión: 2”. En el caso de la quinta observación, se reitera el criterio utilizado para el llenado de los llamados “check list”. En una de las más prolijas reiteraciones de las explicaciones, para la octava observación, el Supervisor explica los protocolos de pruebas, haciendo referencia de que reitera lo realizado en el Informa de Supervisión y en la “Versión: 2” de éste. En último caso, la más “novedosa” explicación sería la relacionada con la décimo primera observación, por lo detallada de ésta, así como la inclusión de una figura explicativa. Sin embargo, mucho de lo mencionado fue recogido en el Informe de Supervisión observado, así como lo contemplado en la “Versión: 2”.

174. Respecto de las observaciones contenidas en el Anexo N° 2, el Árbitro Único constata que, habiendo sido recibidas el 30 de julio de 2015 y a diferencia de lo acontecido con las observaciones contendidas en el Anexo 1, el Consorcio no absolvió las observaciones con la Carta N° 063-2015/MAGTEL, recibida el 4 de agosto de 2015, sino que solicitó un plazo adicional de cinco (5) días calendarios, cuyo otorgamiento no ha sido cuestionado, sino más reconocido por la Entidad en su contestación de demanda y los documentos que constan en el expediente arbitral.
175. Fue así que, a través de la Carta N° 065-2015/MAGTEL, recibida el 10 de agosto de 2015, dentro del plazo para tales efectos¹⁶, el Supervisor –entre otros asuntos– manifestó remitir la información solicitada en el Anexo 2.
176. Como ya se ha mencionado, al igual que los relacionados con el Anexo 1, estos descargos no satisficieron al MTC, pues consideró que no se habían subsanado íntegramente los requerimientos efectuados, por lo cual, mediante el Oficio N° 32498-2015-MTC/27 hizo saber al Supervisor que no le otorgaba la conformidad respectiva, y que se procedería a penalizar.
177. Asimismo, ya ha sido mencionado que la Entidad considera que recién fue con la Carta N° 093-2015/MAGTEL, recibida el 18 de septiembre de 2015, que el MTC habría considerado levantada las observaciones, aplicando penalidad al Consorcio por los días de demora.

¹⁶ Cabe mencionar que la solicitud de cinco (5) días calendario de plazo adicional para absolver las observaciones formuladas por la Entidad fue realizada a través de la Carta N° 063-2015/MAGTEL, recibida el 4 de agosto de 2015. Estos cinco (5) días se cumplieron el 9 de agosto de 2015; sin embargo, al haber caído domingo, fueron presentados ante el MTC el 10 de agosto de 2015, tal como dispone la normativa de contrataciones del Estado.

178. No obstante, el Árbitro Único ha podido constatar que al igual que con las observaciones contenidas en el Anexo 1, en efecto, lo que hizo Magtel a través de la Carta N° 093-2015/MAGTEL fue únicamente reiterar que las observaciones ya habían sido absueltas a través de la Carta N° 065-2015/MAGTEL. En otras palabras: puede concluirse que lo que realizó el Consorcio con esta misiva fue simplemente explicar nuevamente lo que ya había expuesto a través de la llamada “Versión: 2” del Informe de Supervisión¹⁷.

179. En ese contexto, se constata, además, que el Supervisor no adicionó instrumentos, documentos o procedimientos adicionales que permitan concluir que recién con la Carta N° 093-2015/MAGTEL atendió los requerimientos formulado por la Entidad, por lo que se debe considerar que no corresponde penalizar al Magtel por la falta de observaciones contenidas en el Anexo 2, debido a que éstas sí fueron debidamente subsanadas a través de la Carta N° 065-2015/MAGTEL, recibida por el MTC el 10 de agosto de 2015.

180. Finalmente, es oportuno mencionar que si en la Carta N° 093-2015/MAGTEL, respecto de ambos casos (anexos 1 y 2), se reiteraron o se volvieron a explicar los argumentos ya contemplados en el Informe de Supervisión y su “Versión: 2”, así como en las cartas N° 063-

¹⁷ Por ejemplo, respecto de la observación relacionada con la Región Ica – Nodo Ica, no obstante considerar Magtel que las observaciones iban más allá del alcance la inspección visual (*check list*), se pronunció al respecto, precisando varias hojas del Informe de Supervisión en donde se encontraban las absoluciones requeridas. Asimismo, el Consorcio cumplió con realizar lo propio en relación con las “Pruebas generales de equipo IP”, extremo en el que menciona, uno a uno, los folios en donde se encontraba la información que solicitaba sea precisada o emitida por el MTC. Así, en casi todos los asientos del documento adjunto a la Carta N° 093-2015/MAGTEL se menciona la llamada “Versión: 2” del Informe de Supervisión.

2015/MAGTEL y N° 065-2015/MAGTEL, donde se respondieron los requerimientos de la Entidad, fueron tales comunicaciones las que agotaron el procedimiento de absolución de observaciones. En decir, corresponde declarar que no se debió penalizar a Magtel por un supuesto retraso en la subsanación del Tercer Entregable.

181. En relación con el Séptimo Entregable, Magtel sostuvo que el MTC concluyó que el levantamiento de observaciones al IPO6, elaborado por el Supervisor, no había subsanado las observaciones que le fueron formuladas a través del Oficio N° 27738-2016-MTC/27, el 20 de septiembre de 2016, para lo cual tenía un plazo único de (2) días calendario, el cual vencía el 22 de septiembre de 2016.
182. Para el Demandante, tal afirmación es incorrecta, porque –según afirmó– la Entidad solo le habría requerido “puntualizaciones” al IPO6, no el levantamiento de observaciones, puesto que dicho documento se habría elaborado de acuerdo con lo establecido en el Contrato.
183. Por su parte, el MTC manifestó que entregado el IPO6 por parte de Magtel, a través del Oficio N° 27738-2016-MTC/27, recibido el 20 de septiembre de 2016, se notificó al Supervisor las observaciones al referido Séptimo Entregable, detalladas en el anexo único, otorgándole un plazo de dos (2) días calendario la su absolución; sin embargo, el Supervisor recién (habría cumplido con ello a través de su Carta N° 234-2016/MAGTELC, del 26 de septiembre de 2016.

184. En relación con lo anterior, el Árbitro Único aprecia que, dentro de sus argumentos, el Consorcio sostuvo que “...lo solicitado por el área usuaria mediante el precitado oficio fueron puntualizaciones al IPO6 y no el levantamiento de observaciones...”. Tal declaración implica analizar si en el marco de las contrataciones con el Estado existe la figura de la “puntualización” y cómo se diferencia ésta de una “observación”.
185. En materia de contratación pública, la figura de la “observación” está íntimamente ligada a los conceptos de “recepción” y “conformidad”. Al respecto, el Reglamento establece lo siguiente:

“Artículo 176.- Recepción y conformidad

La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

Tratándose de órdenes de compra o de servicio, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

De existir observaciones se consignaran en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad

con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplen con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

Las discrepancias en relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la Entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos” (el subrayado es propio).

186. Como se puede apreciar, el Reglamento (así como la Ley) no ha contemplado el procedimiento de “puntualización” o la emisión de “puntualizaciones”, por lo que, teniendo en consideración el Principio de Legalidad por el cual se rigen los funcionarios y servidores públicos, resulta erróneo aplicar una figura inexistente, máxime si la normativa sobre contrataciones del Estado establece “la observación” como el mecanismo idóneo para reconducir una prestación defectuosamente realizada o la falta de ejecución de ésta.

187. En efecto, en el marco de la contratación pública –y, en general, en toda que se precie de ser justa– los bienes, servicios en general y/o las consultorías deben ajustarse a las condiciones ofrecidas por el postor y las pactadas por las partes en los documentos del proceso de selección. Si en el acto de recepción (parcial o total) del bien, del servicio o de la consultoría se advierte que existe algún vicio o incumplimiento por parte del proveedor, contratista o consultor

que puede ser objeto de rectificación, la entidad lo observa a efectos de que aquél lo subsane dentro del plazo conferido.

188. En el caso que nos ocupa, el MTC ejerció su derecho de realizar observaciones al Séptimo Entregable. Siendo ello así, sobre la base de los mismos cuestionamientos mencionados por Magtel en los numerales 84. y siguientes de su demanda, el Árbitro Único constata que estos no son simples “puntualizaciones”, sino evidentes observaciones.

189. Ahora bien, a raíz de lo argüido por Magtel es oportuno formular el siguiente interrogante: ¿versaron estas observaciones sobre elementos no requeridos para el IPO6? Sobre el particular, la propia Cláusula Tercera del Contrato (glosada en líneas anteriores) invocada por el Supervisor sostiene que éste deberá “...remitir opinión a EL MINISTERIO sobre las PRUEBAS DE OPERATIVIDAD realizadas por EL CONCESIONARIO a través de un Informe de Supervisión...”. Así, en relación con la observación sobre “Prueba de desempeño y calidad de los enlaces de la red”, la Entidad requirió a Magtel “...los formatos definidos por este Ministerio...”, por lo que resulta evidente que éstos sí están vinculados a las pruebas de operatividad supervisadas por el Consorcio.

190. Asimismo, en relación con la observación sobre “porcentaje total de la pérdida de paquetes”, en el que se le solicita “...revisar todos los formatos y registrar los resultados correctos...”, resulta evidente que dicho requerimiento se refiere a una actividad relacionada con las pruebas de operatividad supervisadas por el Consorcio.

191. Finalmente, en relación con el tercer ejemplo o cuestionamiento de la Entidad referido por el propio Demandante, respecto de “la descripción de enlaces y nodos que intervienen en la trayectoria de las pruebas de desempeño”, es elocuente que tal observación está directamente relacionada con las pruebas de operatividad supervisadas al Concesionario, por lo que corresponde afirmar que las observaciones formuladas al Séptimo Entregable sí estaban relacionadas al objeto del Contrato y, por tanto, de la prestación a ejecutar por Magtel.
192. Habiendo descartado que las observaciones formuladas por el MTC se traten de meras “puntualizaciones” y que éstas hayan sido ajenas al objeto del Contrato –tal como afirmó el Consorcio–, considerando que Magtel se pronunció sobre ellas a través de la Carta N° 234-2016/MAGTELC, del 26 de septiembre de 2016, pese a que, de conformidad con el Oficio N° 27738-2016-MTC/27, del 20 de septiembre de 2016, sólo tenía hasta el 22 del mismo mes para absolver las observaciones, corresponde afirmar que Magtel debe ser penalizado por cuatro (4) días calendarios.
193. Afirmado lo anterior, el Árbitro Único se pronunciará, en líneas posteriores, respecto del cálculo de los cuatro (4) días calendario de penalidad, imputables al Consorcio, por estar dicho tema vinculado con otro punto controvertido.
194. En relación con el Octavo Entregable, Magtel sostuvo que el monto que le fue descontado correspondería a los hechos que habrían motivado la penalidad aplicada al pago parcial del Tercer Entregable (IPO2). Así, agregó que, de acuerdo con lo indicado por el MTC, mediante la penalidad aplicada al pago del Octavo Entregable se estaría cobrando un saldo pendiente que se.

habría tenido que aplicar al pago parcial del Tercer Entregable, por lo que se remitían a los argumentos comentados respecto de éste.

195. Por su parte, el MTC ratificó la afirmación del Demandante, aseverando que a través del Documento de Penalidad N° 54, del 30 de diciembre de 2016, la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones y la Oficina de Abastecimiento determinaron una diferencia que no se habría cobrado en la Penalidad N° 30-2015, aplicada al Tercer Entregable, ascendente a USD 25,429.20.

196. Ante ello, Magtel cuestionó dicho cobro ante el MTC, pero este se reafirmó en las penalidades aplicadas tanto para el Tercer Entregable, como para el Séptimo.

197. En virtud de lo anterior, habiendo declarado que no se debió penalizar a Magtel por un supuesto retraso en la subsanación de las observaciones al Tercer Entregable y teniendo relación éste con el cobro deducido a Magtel del Octavo Entregable, corresponde que dicho monto sea restituido al Supervisor, al no existir saldo alguno “pendiente de cobro”.

IV.2.2 | Segundo Punto Controvertido | Determinar si corresponde, de ser el caso, declarar si el Contrato de Supervisión que vincula a las partes y da origen al presente arbitraje es un “contrato de ejecución continuada” o un “contrato de ejecución periódica”.

198. Tal como ya ha sido desarrollado en las primeras líneas de la parte considerativa del presente Laudo, el presente Contrato es uno de Consultoría de Obras, de conformidad con la normativa de contrataciones del Estado.

tratándose de un servicio de carácter específico, al tener Magtel que brindar el servicio especializado de supervisión de obra.

199. Dicho lo anterior, sobre la presente pretensión, el Demandante sostuvo que el presente Contrato es uno de “ejecución continuada”, porque los servicios contratados y brindados fueron de una supervisión de obra realizados de manera continua e ininterrumpida, lo cual incluso el propio MTC habría consignado en el Contrato de Concesión. Ello traería como consecuencia que para el cálculo de la penalidad diaria se considere el monto y el plazo total del Contrato, y no solo el de cada Entregable.
200. Al respecto, el MTC no ha realizado comentarios detallados, limitándose, únicamente, a considerar que la suma de la penalidad por mora debe ser calculado en función del monto de cada sub prestación o cada entregable.
201. En ese orden de ideas, el Árbitro Único considera oportuno señalar que este asunto no ha sido ajeno a la normativa sobre contrataciones del Estado. Así, la DTN del OSCE, a través de diversas opiniones¹⁸, ha manifestado que los contratos en este ámbito –al igual que en la práctica civil– pueden ser “de ejecución única” o “de duración”. Es de esta última categoría de donde se desprenden las sub categorías “de ejecución continuada” y “de ejecución periódica”. En la primera de ellas, la prestación es única, pero sin interrupción; mientras que la segunda, cuando existen varias prestaciones, que se presentan en fechas establecidas de antemano, o bien intermitentes, a pedido de una de las partes.

¹⁸ Véanse: Opiniones N° 077-2008/DOP, N° 020-2014/DTN, N° 067-2014/DTN, N° 114-2016/DTN, N° 189-2017/DTN, entre otras.

202. En el presente caso, el Contrato fue claro al establecer, en su Cláusula Tercera, su objeto:

“CLÁUSULA TERCERA: OBJETO

3.1 El presente contrato tiene por objeto la contratación del Servicio de Supervisión para la Fase de Despliegue del Proyecto: Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro, el cual tiene como objetivo implementar una red de transporte de alta capacidad (fibra óptica) a nivel nacional, conforme a los Términos de Referencia de las Bases Integradas del Concurso Público N° 003-2014-MTC/10 y a la propuesta técnica y económica presentada por EL CONTRATISTA, documentos que forman parte integrante del presente contrato...” (el subrayado es propio).

203. En efecto, el presente Contrato estableció un servicio de supervisión, es decir, una prestación única (el servicio), técnicamente hablando, que debía ejecutarse en el marco de distintas actividades elaboradas por el Concesionario, cuyas obras eran el objeto de la supervisión del Consorcio.

204. Abunda en tal idea el hecho de que el Contrato haya previsto un Objetivo General¹⁹ y que se haya establecido un solo “plazo de ejecución de la prestación”, de conformidad con la Cláusula Sexta, en los siguientes términos: “*El plazo de ejecución de la prestación del servicio será de treinta (30) meses...*”.

205. Incluso a pesar de que el Contrato estipuló que “*EL MINISTERIO realizará el pago de la contraprestación pactada a favor de EL CONTRATISTA en pagos*

¹⁹ La Cláusula 3.3.1 del Contrato establece: “*Son todas las actividades de verificación, seguimiento, recomendación y control técnico, administrativo, jurídico, financiero, contable, social y ambiental con el fin de velar por la transparencia y adecuada ejecución contractual correspondientes al Proyecto*”.

parciales...”, era claro que, de acuerdo con la Cláusula Cuarta, “el monto total del servicio materia del presente contrato asciende a la suma de US\$ 7’430,609.98”, es decir, un solo monto contractual.

206. Es en ese orden de ideas en la DTN del OSCE, en su oportunidad, manifestó que “...la prestación del servicio de supervisión de obra determinaría un contrato de ‘ejecución continuada’, pues el contratista presta el servicio de forma ininterrumpida durante la vigencia del contrato...”²⁰, afirmando categóricamente, además, que éstos “...no constituyen contratos de ejecución periódica que involucren prestaciones parciales...”²¹.

207. En virtud de lo anterior, corresponde declarar que el Contrato que vincula a ambas partes es un “contrato de ejecución continuada”.

IV.2.3 | Tercer Punto Controvertido | Si corresponde, de ser el caso, recalcular el importe de las penalidades aplicadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC a Consortio Magtel en el marco del Contrato de Supervisión, de conformidad con lo declarado por el Árbitro Único en el Segundo Punto Controvertido.

IV.2.4 | Cuarto Punto Controvertido | Si corresponde, de ser el caso, ordenar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC que devuelva a Consortio Magtel los importes que le habrían sido penalizados excesiva e indebidamente, así como el pago de los intereses que pudieran corresponder.

²⁰ Véase: Opinión N° 077-2008/DOP, pág. 6.

²¹ Ídem.

208. El Árbitro Único, en congruencia con lo expresado en la audiencia en la que se determinaron los puntos controvertidos y en pleno ejercicio de sus facultades, procederá a pronunciarse respecto de estos puntos controvertidos en la forma y el orden que estima conveniente para resolver de manera adecuada la totalidad de las controversias sometidas a su conocimiento, por lo que estando relacionada la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal con la Pretensión Accesorio a la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la demanda, analizará, conjuntamente, el Tercer y el Cuarto puntos controvertidos
209. Tal como se desprende de líneas precedentes, sí corresponde que el MTC deje sin efecto las penalidades aplicadas a Magtel, aunque únicamente las relacionadas con el Tercer y el Octavo entregables, pues no hubo demora en la absolución de absoluciones.
210. A su turno, el Árbitro Único ha declarado que sí corresponde la aplicación de una penalidad por la demora de cuatro (4) días calendarios en la absolución de las observaciones formuladas al Séptimo Entregable. En ese orden de ideas, considerando que el MTC calculó la referida penalidad como si se tratase de un “contrato de ejecución periódica”, es decir, sobre la base del pago a efectuar por el referido entregable, por lo que corresponde recalcular la penalidad relacionada al Séptimo Entregable sobre la base del monto total del Contrato, fijándola en S/ 43,943.72. En consecuencia, el MTC deberá devolver la suma cobrada en exceso a Magtel, ascendente a S/ 307,880.80

IV.2.5 | Quinto Punto Controvertido | A quiénes y en qué proporciones corresponde el pago de los costos del arbitraje, conforme con lo establecido en el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje.

211. En relación con la Segunda Pretensión Principal de la demanda, solicitando que se ordene al MTC “...al pago del íntegro de los costos y costas que irroge el proceso arbitral”, debe tenerse en consideración que el numeral 1. del artículo 72° del DLA dispone que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal.

212. Al respecto, el artículo 70° del DLA:

“El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral*
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral*
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales”.*

213. Asimismo, el numeral 1. del artículo 73° señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

214. En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
215. En este orden de ideas, en virtud de lo sustentado y decidido en el presente Laudo, sobre la base de un criterio de equidad y en legítimo ejercicio de sus facultades, el Árbitro Único, considerando el resultado del arbitraje, estima que, en puridad, no puede afirmarse que existe una “parte perdedora”, en vista de que ambas tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, independientemente del fallo dado, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral. Asimismo, atendiendo al buen comportamiento arbitral de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada una de éstas asuma los costos del presente arbitraje. En consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (es decir, los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral Ad Hoc), así como sus propios costos, según el referido artículo 70° del DLA, en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

V. FALLO

PRIMERO: DECLÁRESE FUNDADA, EN PARTE, la Primera Pretensión Principal derivada de la demanda formulada por Consortio Magtel el 5 de mayo de 2017; y, en consecuencia, **DECLÁRESE QUE CORRESPONDE** dejar sin efecto las penalidades deducidas de los pagos parciales del Tercer y Octavo entregables; conservando sus efectos la penalidad por cuatro (4) días calendarios

deducida del pago parcial del Séptimo Entregable, de conformidad con lo previsto en el segundo punto resolutivo del presente Laudo.

SEGUNDO: DECLÁRESE FUNDADA, EN PARTE, la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal derivada de la demanda formulada por Consortio Magtel el 5 de mayo de 2017; y, en consecuencia, **DECLÁRESE QUE CORRESPONDE** recalcular la penalidad por cuatro (4) días calendarios deducida del pago parcial del Séptimo Entregable, fijándola en S/ 43,943.72 (Cuarenta y tres mil novecientos cuarenta y tres con 72/100 Soles).

TERCERO: DECLÁRESE FUNDADA, EN PARTE, la Pretensión Accesorio a la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal derivada de la demanda formulada por Consortio Magtel el 5 de mayo de 2017; y, en consecuencia, **DECLÁRESE QUE CORRESPONDE** ordenar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC que abone a la parte demandante las sumas de:

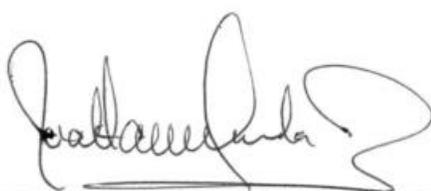
- (i) S/ 75,649.24 (Setenta y cinco mil seiscientos cuarenta y nueve con 24/100 Soles), por concepto de devolución de la penalidad deducida del pago parcial del Tercer Entregable.
- (ii) S/ 307,880.80 (Trescientos siete mil ochocientos ochenta con 80/100 Soles), por concepto de devolución de cobro en exceso de la penalidad deducida del pago parcial del Séptimo Entregable.
- (iii) S/ 85,899.84 (Ochenta y cinco mil ochocientos noventa y nueve con 84/100 Soles), por concepto de devolución de la penalidad deducida del pago parcial del Octavo Entregable.

CUARTO: DECLÁRESE que tanto Consortio Magtel como el Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC deberán asumir, cada uno y directamente, los costos arbitrales que les correspondía cancelar (50% a cargo de cada una de ellas), así como sus propios gastos en los que incurrieron por los demás conceptos expresados en el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071.

QUINTO: DISPÓNGASE que la Secretaría Arbitral Ad Hoc remita al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE copia del presente Laudo, de conformidad con lo establecido en la normativa correspondiente.-



PATRICK HURTADO TUEROS
Árbitro Único



GIANCARLO PERALTA MIRANDA
Secretario Arbitral Ad Hoc