

LAUDO ARBITRAL NACIONAL DE DERECHO

RESOLUCIÓN Nº 31

Lima, 24 de noviembre de 2011

Demandante: Proyecto Especial de Infraestructura de
Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL
(en adelante, PROVIAS NACIONAL ó LA
ENTIDAD)

Demandado: Consorcio Vial Chilete (en adelante, EL
CONSORCIO ó EL CONTRATISTA)

Tribunal Arbitral: Dr. Gregorio Martín Oré Guerrero

Dr. Luz Monge Talavera

Dr. Luis Felipe Pardo Narváez

Secretario Ad Hoc: Dr. Christian Virú Rodríguez

VISTOS:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Las partes suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N° 106-2008-MTC/20 para la ejecución de la Obra: Mantenimiento Periódico de la Carretera Ciudad de Dios – Cajamarca, Tramo I: Ciudad de Dios – Chilete (Km. 0+000 al Km. 90+760), en cuya Cláusula Décima Tercera se pactó que cualquier controversia que surgiera desde la celebración de dicho acto jurídico, se resolvería mediante arbitraje.

II. DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

II.1. Provías Nacional procedió a solicitar el inicio del proceso arbitral al Consorcio y designó como árbitro a la doctora Luz Monge Talavera.

II.2. A su turno, el Consorcio procedió con absolver dicha solicitud de arbitraje y designó como árbitro al doctor Luis Felipe Pardo Narváez.

II.3. De esta manera, los árbitros de parte, mediante Carta S/N de fecha 26 de febrero de 2010, procedieron con designar al doctor Gregorio Martín Oré Guerrero como Presidente del Tribunal Arbitral que resolvería la controversia.

Asimismo, se estableció que las normas aplicables al arbitraje serán las establecidas en el Acta de Instalación antes indicada, el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento (Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y N° 084-2004-PCM, respectivamente).

III. DEMANDA

III.1. Con fecha 24 de mayo de 2010, la Entidad cumplió con presentar su escrito N° 2 de demanda, estableciendo su petitorio en los siguientes términos:

"Dentro del plazo señalado en el Acta de Instalación de fecha 26 de abril del 2010, interponemos demanda arbitral contra el CONSORCIO VIAL CHILETE (integrado por las empresas VEGSA C.G. – ICE INGENIEROS CONSULTORES Y EJECUTORES S.A. – TÉCNICOS EJECUTORES S.A. – MONTREALEX SAC PERU – CORPORACIÓN TERRANOVA SAC), a fin que el Tribunal le ordene pagar a favor de PROVÍAS NACIONAL la suma de S/. 1'876,439.67, por los daños y perjuicios ocasionados –daño emergente- al Estado, por la indebida y desproporcional remoción de la Carpeta Asfáltica en la Obra: Mantenimiento Periódico de la Carretera

Ciudad de Dios – Cajamarca, Tramo I: Ciudad de Dios – Chilete (Km. 0+000 al Km. 90+760) ubicado en el departamento de Cajamarca.

Asimismo, solicitamos el pago de los intereses legales devengados y se declare que los costos y costas que irroque el presente proceso arbitral sean asumidos en su integridad por el consorcio demandado."

III.2. Los principales fundamentos en los cuales el Consorcio sustenta sus pretensiones son los siguientes:

1. Con fecha 11 de abril de 2008, PROVIAS NACIONAL y el CONSORCIO VIAL CHILETE suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra Nº 106-2008-MTC/20 para la ejecución de la Obra: Mantenimiento Periódico de la Carretera Cajabamba Ciudad de Dios – Cajamarca, Tramo I: Ciudad de Dios – Chilete (Km. 0+000 al Km. 90+760) ubicado en el departamento de Cajamarca, por la suma de S/. 45' 383 926,91 incluido el IGV, con precios referidos al mes de febrero de 2007.
2. La Entidad sostiene que, en cumplimiento del Plan Anual de Control correspondiente al Año 2009, el Órgano de Control Institucional de la Entidad llevó a cabo un Examen Especial de la

Obra: "Mantenimiento Periódico de la Carretera Ciudad de Dios – Cajamarca, Tramo I: Ciudad de Dios – Chilete (Km. 0+000 al Km. 90+760)" ubicado en el departamento de Cajamarca; verificando un avance mayor al programado en la ejecución de la Partida 02. Movimiento de Tierras, Ítem 02.01. Remoción de la Carpeta Asfáltica y 02.02 Corte Material en Berma, en el Km. 3+000 al 30+500 y el Km. 56+850 al Km. 90+760, acrecentando el riesgo de la transitabilidad y perjudicando el medio ambiente, con efectos negativos sobre los habitantes, ganado y cosechas, sin que el CONTRATISTA verificara el calendario de obra, incumplimiento así con sus obligaciones contractuales.

3. Sobre el particular la Entidad sostiene que, al 14 de noviembre de 2008, fecha en que el Contratista planteó la resolución del contrato, los ítems 02.01 Remoción de Carpeta Asfáltica y 02.02 Corte de Material en Berma, presentaban una ejecución de 38,020.17m³, y 4,594.50m³, que representan un 66.8% y 68.68% de sus propias extensiones, respectivamente; mientras que los ítems 03.01 Reposición de Material de Base Granular, 03.02 Conformación de Base Granular y la Partida 04.00 Pavimentos, únicamente presentaban avances entre 0.00% al 2.00% aproximadamente, evidenciándose con este hecho la ausencia de criterio técnico en la remoción de la carpeta asfáltica; así tenemos que:

Partida 02 Movimiento de Tierras

Ítem 02.01 Remoción Carpeta Asfáltica

(Paralizada desde el 14.Nov.2008)

Informe Mensual Nº	Mes	Und.	Avance físico Mes		Avance físico Acumulado		Exceso Avance
			Programado	Ejecutado	Programado %	Ejecutado %	
1	May	M3	0.00	3,939.78	0.00	6.75	6.75
2	Jun	M3	1,326.30	18,678.93	2.27	38.76	36.49
3	Jul	M3	5,739.29	10,729.14	12.2	57.14	44.94
4	Ago	M3	3,453.88	4,963.32	28.4	65.65	37.25
5	Set	M3	10,504.31	709.60	46.44	66.87	20.43
6	Oct	M3	10,504.31	0.00	64.4	66.87	2.47
7	Nov	M3	10,504.31	75.31	64.4	66.87	2.47

Ítem 02.02 Corte de Material de Bermas

(Paralizada desde el 14.Nov.2008)

Informe Mensual Nº	Mes	Und.	Avance físico Mes		Avance físico Acumulado		Exceso Avance
			Programado	Ejecutado	Programado %	Ejecutado %	

1	May	M3	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
2	Jun	M3	0.00	2,107.50	0.00	39.35	39.35
3	Jul	M3	816.27	1,245.00	12.2	57.95	45.75
4	Ago	M3	1,083.90	65.18	28.4	58.93	30.53
5	Set	M3	1,204.34	651.82	46.44	68.67	22.23
6	Oct	M3	1,204.34	0.00	64.1	68.67	4.57
7	Nov	M3	1,204.34	12.00	64.1	68.67	4.57

3.1. Adicionalmente, la parte demandante afirma que se habría verificado que mediante Asiento N° 184 del 22 de agosto de 2008 del Cuaderno de Obra, la Supervisión anotó lo siguiente:

“El contratista a la fecha ha removido 57.14% (de carpeta asfáltica), pero de acuerdo a su programación ha debido únicamente remover 12.5%, generando una mayor base expuesta que requiere el riego para mitigar el polvo producido por la circulación vehicular. Luego entonces es el responsable directo por no haber respetado su programación, por lo tanto, el costo que demanda la ejecución de dicho riego es de única responsabilidad del mismo, libre del daño que viene causando por la

contaminación ambiental y las molestias causadas a los usuarios y habitantes colindantes a la vía”.

En ese sentido, la Entidad indica que el SUPERVISOR reconoció que por la indebida remoción de la carpeta asfáltica se requería incurrir en costo adicional, ésto era el riesgo del material. Motivo por el cual, mediante Carta N° 141-2008-SUP.TI.CD-CH/J del 17 de septiembre de 2008, ordenó al Contratista la paralización de los trabajos de los ítems 02.01 Remoción de Carpeta Asfáltica y 02.02 Corte de Material en Berma, del Km. 55+000 al Km. 56.843; pese a que en los meses de junio y julio de 2008, ocurrieron las mayores remociones de la carpeta asfáltica, sin respetarse la programación como se mencionó anteriormente, hecho que generó a la Entidad un mayor gasto.

Lo antes expuesto se confirma incluso del tenor del Asiento N° 266 del 19 de septiembre de 2008 del Cuaderno de Obra, donde el SUPERVISOR precisa que:

“La base antigua se encuentra mayormente expuesta porque el Contratista removió carpeta asfáltica en exceso, fuera del programa actualizado, a la fecha se ha removido 65.65%, cuando únicamente se tenía programado 37.4%...”

4. La Entidad señala que el Contratista no ejecutó los trabajos tal como se dispuso en el Punto 06.02 Organización de los trabajos del ítem 06 Desarrollo y Progresión de la Obra de las Disposiciones Generales señaladas en las Especificaciones Técnicas¹, toda vez que sin justificación técnica alguna, efectuó trabajos de la Partida 02.01 Remoción de la Carpeta Asfáltica, en los sectores del Km. 03+000 al Km. 30+500 y del Km. 56+8000 al Km. 90+760, los mismos que estaban adelantados tal como se desprende de las valorizaciones; y a su vez, de acuerdo a las Especificaciones Técnicas, Partida 01.03 Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial, el Contratista debía ejecutar trabajos de mantenimiento en el sector de trabajo. Sin embargo, al haber incumplido en sus obligaciones contractuales y al resolverse el contrato, generó mayores costos a la Entidad.

5. En consecuencia, a raíz de éste avance excesivo en la remoción de la carpeta asfáltica, la Partida 01.03 Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial, inicialmente considerada en el

"06.02 Organización de los trabajos

En la organización de los trabajos se deberán considerar las recomendaciones establecidas en los estudios técnicos y ambientales del proyecto. El Contratista organizará los trabajos en tal forma que los procedimientos aplicados sean compatibles en el plan de manejo ambiental del proyecto... Los trabajos se deberán ejecutar de manera que no causen molestias a personas, ni daños a estructuras, servicios públicos, cultivos y otras propiedades cuya destrucción o menoscabo no estén previstos en los planos, ni sean necesarios para la construcción de la obra. Igualmente, se minimizará, de acuerdo con las medidas de manejo ambiental y en los requerimientos establecidos por las autoridades ambientales, las afectaciones sobre los recursos naturales y la calidad ambiental del área de influencia de los trabajos... El avance físico de la obra en el tiempo deberá ajustarse al programa de trabajo aprobado, de tal manera que permita el desarrollo armónico de las etapas constructivas siguientes a la que se está ejecutando. Cualquier contravención a los preceptos anteriores será de responsabilidad del Contratista..."

presupuesto de obra con un monto de S/. 350,640.22, se incrementó en S/. 485,873.53, haciendo un total de S/. 836,513.75, debido a la necesidad de cubrir el costo de riego de la carretera que no contaba con la carpeta asfáltica indebidamente removida por el Contratista.

6. Al interrumpirse los trabajos por controversias surgidas en la ejecución de la obra, la carretera quedó expuesta al tráfico pesado y a un mayor deterioro durante los meses de noviembre de 2008 a enero de 2009, motivando que mediante Resolución Directoral N° 2984-2008-MTC/20 del 31 de diciembre de 2008, se apruebe con eficacia anticipada al 01 de diciembre de 2008, el "Programa Anual de Mantenimiento Rutinario de la Carretera Ciudad de Dios – Chilete, tramo Km. 00+000 al Km. 30+000 y Km. 30+000 al Km. 90+760" por la suma de S/. 213,029.31, de los cuales S/. 100,895.39 se asignaron a la Unidad Zonal de La Libertad y S/. 112,133.92 a la Unidad Zonal de Cajamarca.

7. Mediante Carta N° 118-2009-SUP-CD-CH, recepcionada por la Entidad el 07 de abril de 2009, el SUPERVISOR presentó, entre otros, el Presupuesto Adicional N° 01 referido a la Transitabilidad y Seguridad vial, señalando que para la transitabilidad en la obra, se requería el uso de una cisterna – riego por la suma de S/.

1'629,425.5, que era costo directo para el riego de la carretera, motivado por la remoción acelerada de la carpeta asfáltica.

8. Luego, mediante Resolución Directoral N° 506-2009-MTC/20 del 14 de mayo de 2009, se aprobó el Presupuesto Adicional N° 01 al Contrato de Ejecución de Obra N° 004-2009-MTC/20 del 08 de enero de 2009, suscrito con la empresa CONALVIAS S.A. SUCURSAL PERU, por el concepto de "Partidas Nuevas de Transitabilidad (Km. 03+000 al 30+500 y Km. 56+800 – Km. 90+760) y Seguridad Vial (Km. 00+000- 90+760)" el mismo que ascendía a S/. 2'703,657.01 incluido el IGV a precios de noviembre de 2008, y el Presupuesto Deductivo N° 01 Vinculante al Presupuesto Adicional N° 01, por el concepto de Menores Metrados Partida 01.03 Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial" el mismo que asciende a S/. 1'040,246.68 incluido el IGV a precios de noviembre de 2008.

Así, la Entidad resume lo señalado en el siguiente cuadro:

Resolución Directoral N° 2984-2009-MTC/20	
Zonal de La Libertad	100,895.39
Zonal de Cajamarca	112,133.92

Parcial	213,029.31
Resolución Directoral Nº 506-2009-MTC/20	
Presupuesto Adicional Nº 01	2,703,657.04
Presupuesto Deductivo Vinculante Nº 01	(1,040,246.68)
Parcial	1,663,410.36
Total	1,876,439.67

La parte demandante sostiene que el monto previsto para el mantenimiento del tránsito en los sectores del Km. 03+000 al Km. 30+500 y del Km. 56+800 – Km. 90+760, por el levantamiento de la Carpeta Asfáltica de la Obra materia de controversia, era de S/. 1'876,439.67, monto que deberá ser devuelto por el Contratista, al haber acreditado el incumplimiento de sus funciones y obligaciones contractuales.

9. Además, la Entidad afirma que mediante el Informe Nº 01-2009-MTC/06.03.CA.OBRACD-C, se estableció responsabilidad de la Supervisión respecto de la indebida remoción de la carpeta asfáltica, y mediante Informes Nº 090 y 094-2009-MTC/20.7.JZA/ABH/GMM de la Unidad Gerencial de

Conservación, con la conformidad del Informe N° 064-2009-MTC/20.3.ERV.EFO de la Unidad Gerencial de Asesoría Legal de PROVIAS NACIONAL, recomendaron incluir dentro de los alcances del Informe de Control la responsabilidad incurrida por el CONSORCIO VIAL CHILETE, quien como Contratista de la Obra, ejecutó la indebida remoción de la carpeta asfáltica e incumplió lo señalado en la programación de la obra.


10. Por lo tanto, PROVIAS NACIONAL señala que se habría acreditado que el Contratista incumplió lo acordado en el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1321º del Código Civil, por lo que corresponderá al CONSORCIO VIAL CHILETE el pago de una indemnización por los supuestos daños y perjuicios ocasionados a la Entidad.

11. En ese sentido, se menciona que el Contratista incumplió con sus obligaciones contractuales, por cuanto ejecutó la obra sin considerar el Calendario de Avance de Obra y lo señalado en el numeral 06.02 Organización de los trabajos del ítem 06 Desarrollo y Progresión de la Obra de las Disposiciones Generales señaladas en las Especificaciones Técnicas, generando que la Entidad incurra en el gasto de S/. 1'876,439.67.


Así, el daño económico patrimonial ocasionado por el desembolso adicional en la obra: "Mantenimiento Periódico de la Carretera Ciudad de Dios – Cajamarca, Tramo I: Ciudad de Dios – Chilete (Km. 0+000 al Km. 90+760) ubicado en el departamento de Cajamarca", lo que constituye la relación de causalidad. El monto del daño ocasionado corresponde a lo abonado por PROVIAS NACIONAL, a fin enmendar el perjuicio ocasionado por el incumplimiento contractual del Contratista.

12.Finalmente, La Entidad, solicitó que la presente demanda sea declarada fundada en todos sus extremos y se ordene al Consorcio demandado el pago de los costos y costas que irroque el presente proceso arbitral.

IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



El Consorcio no cumplió con contestar la demanda planteada por la Entidad.



V. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Con fecha 11 de agosto de 2010 se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en la cual se desarrollaron los siguientes puntos:

V.1. El Tribunal Arbitral invitó a las partes a conciliar, ante lo cual las partes manifestaron su voluntad de continuar con el trámite del proceso arbitral, no obstante, se dejó abierta la posibilidad de que las mismas logren entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del arbitraje.

V.2. De conformidad con lo establecido en el numeral 21) de las reglas del proceso que forman parte del Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral procedió a determinar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento al momento de laudo en los siguientes términos:

1. Determinar si corresponde o no declarar que la remoción Carpeta Asfáltica en la obra Mantenimiento periódico de la Carretera Ciudad de Dios – Cajamarca, Tramo I: Ciudad de Dios – Chilete fue indebida y desproporcional.
2. Como consecuencia de lo indicado en el párrafo precedente, determinar si corresponde o no ordenar al CONSORCIO para que

pague a favor de PROVIAS NACIONAL el importe de S/. 1'876,439.67 nuevos soles como indemnización por concepto de daño emergente.

3. Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir las costas y costos que genera la tramitación del presente proceso arbitral.

V.3. Asimismo, se procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por la Entidad en su escrito de demanda, precisando que el Consorcio no cumplió con contestar la demanda; dejándose a salvo el derecho del Tribunal Arbitral de solicitar pruebas de oficio de considerar necesario ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 43º de la Ley de Arbitraje - Decreto Legislativo N° 1071.

VI. SOBRE EL PEDIDO DE SUSPENSIÓN DEL PROCESO

VI.1. Con fecha 11 de agosto de 2010, el Consorcio presenta su escrito N° 02 mediante el cual solicita la suspensión del proceso arbitral, señalando que la presente controversia no podría resolverse dado que existen arbitrajes en trámite relacionadas a ampliaciones de plazo del Contrato.

VI.2. Mediante Resolución N° 9 de fecha 13 de agosto de 2010, se corre traslado a la Entidad del escrito N° 2 presentado por el Consorcio, a fin de que, en un plazo de cinco (5) días hábiles de notificada, manifieste lo conveniente a su derecho.

VI.3. Con fecha 27 de agosto de 2010, el MTC presenta su escrito N° 08 mediante el cual absuelve el traslado de la Resolución N° 09 del 13 de agosto de 2010, señalando que no existe arbitraje alguno que esté relacionado o determine la indebida remoción de la carpeta asfáltica, por lo que el resultado de cualquiera de los arbitrajes que se encuentran en trámite entre las partes, en nada influyen respecto de la decisión que deberá adoptar el Tribunal sobre la indemnización por los daños ocasionados por el Consorcio.

VI.4. Mediante Resolución N° 10 de fecha 12 de noviembre de 2010, se citó a las partes a Audiencia Especial a efectos de que expongan sus posiciones acerca del pedido de suspensión del presente arbitraje, la cual se llevaría a cabo el 29 de noviembre de 2010 en la sede arbitral.

VI.5. Con fecha 29 de noviembre de 2010 se llevó a cabo la Audiencia Especial programada, en la sede arbitral. Se otorgó el uso de la palabra al Consorcio para que en el lapso de diez (10) minutos efectuara su

exposición acerca de su pedido de suspensión del arbitraje. Acto seguido, se dio el uso de la palabra por el mismo lapso a Provías Nacional para que expusiera su posición sobre el referido pedido de suspensión del presente proceso arbitral.

Luego el Tribunal facultó a las partes para que éstas efectuaran réplica y dúplica, otorgando el uso de la palabra a cada una de ellas por el término de cinco (5) minutos. Finalizados los informes de las partes, el Tribunal Arbitral realizó las preguntas que consideró pertinente.

Finalmente, se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que presenten alguna alegación o medio probatorio adicional que sustente las posiciones de las partes acerca del pedido de suspensión del arbitraje.

VI.6. En ese orden de ideas, con fechas 7 y 9 de diciembre de 2010, el Consorcio y la Entidad, respectivamente, cumplieron el mandato establecido mediante Acta de Audiencia Especial de fecha 29 de noviembre de 2010.

VI.7. Así, mediante Resolución N°11 de fecha 10 de enero de 2011, el Tribunal Arbitral declaró infundado el pedido de suspensión del arbitraje formulado por el Consorcio, y en consecuencia, se dispuso proseguir con las actuaciones arbitrales según su estado.

VII. ALEGATOS ESCRITOS, AUDIENCIA ESPECIAL Y AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

VII.1. Mediante Resolución N° 12 de fecha 11 de enero de 2011, se concedió a ambas partes un plazo de cinco (5) días hábiles de notificada la presente Resolución, a fin de que presenten sus alegaciones y conclusiones finales y, de ser el caso, soliciten el uso de la palabra.

VII.2. Con fecha 20 de enero de 2011, la Entidad presenta su escrito N° 11 mediante el cual alcanza sus alegatos escritos.

VII.3. Con fecha 26 de enero de 2011, el Consorcio presenta su escrito N° 05 mediante el cual señala que con respecto a sus alegatos, se reservan el derecho de exponerlos en la Audiencia de Informes Orales que solicitan se programe.

VII.4. Mediante Resolución N° 13 de fecha 28 de enero de 2011, se cita a las partes a Audiencia de Informes Orales, la misma que se llevaría a cabo el día 17 de febrero de 2011, en la sede del Tribunal Arbitral.

VII.5. Con fecha 16 de febrero de 2011, el Consorcio presenta su escrito N° 06 mediante el cual solicita la reprogramación de la Audiencia de Informes Orales, debido a que sus asesores se encuentran fuera de la ciudad de Lima.

VII.6. En ese sentido, mediante Resolución N°14 de fecha 17 de febrero de 2011, el Tribunal Arbitral decidió reprogramar la Audiencia de Informes Orales para el día 11 de marzo de 2011.

VII.7. Con fecha 11 de marzo de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales; sin embargo, se advirtió que el medio probatorio ofrecido en el numeral 4.1) del acápite "*Medios Probatorios*" del escrito de demanda no había sido actuado, es decir se había omitido citar a Audiencia Especial a la Comisión Auditora.

Por lo tanto, el Tribunal Arbitral decidió suspender la referida audiencia y otorgar un plazo de tres (3) días hábiles a la Entidad a efectos de que

indique el nombre del funcionario de la Comisión Auditora que debía asistir a la Audiencia Especial y precise la dirección a la que debía notificarse la citación a la mencionada audiencia.

VII.8. Con fecha 16 de marzo de 2011, la Entidad presentó su escrito N° 12 mediante el cual cumplían el mandato dispuesto por el Tribunal en la Audiencia del 11 de marzo de 2011, precisando que el medio probatorio, conforme a lo ofrecido, es la declaración testimonial de aquellos profesionales que emitieron el informe donde se determina la responsabilidad del Contratista, respecto de la indebida remoción de la carpeta asfáltica. En tal sentido los profesionales que debían emitir su testimonial y sustentar los informes N° 090 y 094-2009-MTAC/20.7.JZA/ABH/GMM eran los ingenieros Gloria Montoya y José Rolando Cevallos, quienes laboran en la Unidad General de Conservación de Provías Nacional, por lo que se les debía notificar en Jr. Zorritos N° 1203 Lima.

VII.9. Asimismo, Con fecha 16 de marzo de 2011, el Consorcio presenta su escrito N° 07 mediante el cual interpone recurso de reconsideración contra lo resuelto en Audiencia de fecha 11 de marzo de 2011.

VII.10. Mediante Resolución N° 15 de fecha 18 de marzo de 2011, se tuvo por cumplido el requerimiento efectuado a la Entidad, se declaró infundado el recurso de reconsideración formulado por el Consorcio efectuado mediante escrito de fecha 16 de marzo de 2011, y finalmente, se citó a Audiencia Especial a las partes y a los funcionarios indicados por la Entidad en el escrito de fecha 16 de marzo de 2011, para el día 28 de marzo de 2011.

VII.11. Con fecha 28 de marzo de 2011, se llevó a cabo la Audiencia Especial con la presencia de las partes y los auditores, Rolando José Zevallos Alcántara y Gloria Maura Montoya Medina quienes sustentaron los informes ofrecidos en la demanda y que no habían sido actuados.

Seguidamente, se otorgó el uso de la palabra a la demandada para que en el lapso de diez (10) minutos efectuara su exposición acerca de las conclusiones de los informes materia de la exposición. Acto seguido, se dio el uso de la palabra por el mismo lapso a la Entidad para que expusiera su posición sobre dichos asuntos. Finalizadas las exposiciones de las partes, el Tribunal Arbitral realizó las preguntas que consideró pertinentes.

VII.12. Mediante Resolución N° 16 de fecha 19 de abril de 2011, se resolvió citar a las partes a la Audiencia de Informes Orales, la misma que se llevaría a cabo el día 13 de mayo de 2011 en la sede del Tribunal Arbitral.

VII.13. Con fecha 27 de abril de 2011, la Entidad presentó su escrito N° 13 mediante el cual solicitaban al Colegiado se sirva otorgar el plazo señalado en el Acta de Instalación a fin de que las partes presenten sus alegatos escritos y consecuentemente se re programe la diligencia de informes orales.

La Entidad señaló en su escrito que resultaba importante que se concediese a las partes el plazo para la presentación de alegatos en la medida que las pruebas recién habían sido actuadas en su totalidad el 28 de marzo de 2011, fecha en la cual se llevó a cabo la Audiencia Especial donde se actuó el último medio probatorio, testimonial de los ingenieros Cevallos y Montoya, a pesar que mediante Resolución N° 11 ya se les había otorgado anteriormente plazo para presentar los alegatos. Consecuentemente y considerando el plazo establecido en el Acta de Instalación para presentar los alegatos, consideraban necesario la reprogramación de la audiencia de Informes Orales.

VII.14. Mediante Resolución N° 18 de fecha 05 de mayo de 2011, se resolvió declarar no ha lugar el pedido formulado por Provías Nacional mediante escrito de fecha 27 de abril de 2011, respecto a la reprogramación de la Audiencia de Informes orales, y se precisó a las partes que podrían presentar cualquier escrito, alegación ó medio probatorio, hasta antes de que se declare el cierre de la etapa probatoria.

VII.15. Mediante Resolución N° 19 de fecha 12 de mayo de 2011, se dejó sin efecto la citación a la Audiencia de Informes orales programada para el día 13 de mayo de 2011, la cual se reprogramaría para una fecha posterior.

VII.16. Con fecha 12 de mayo de 2011, la Entidad presentó su escrito N° 15 mediante el cual interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 18.

VII.17. Mediante Resolución N° 20 de fecha 17 de mayo de 2011, se resolvió declarar que carece de objeto emitir un pronunciamiento acerca del recurso de reconsideración formulado por la Entidad con fecha 12 de mayo de 2011, y se concedió a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles de notificada la presente Resolución, a fin de que

presenten sus alegatos por escrito. Asimismo, se reprogramó la Audiencia de Informes orales para el día 27 de mayo de 2011.

VII.18. Con fecha 24 de mayo de 2011, la Entidad presentó su escrito N° 16 conteniendo sus alegatos.

VII.19. Mediante Resolución N° 21 de fecha 23 de junio de 2011, se resolvió dejar sin efecto la citación a la Audiencia de Informes orales programada para el día 27 de mayo de 2011, y se reprogramó para el día 17 de junio de 2011.

VII.20. Mediante Resolución N° 22 de fecha 16 de junio de 2011, se dejó sin efecto la citación a la Audiencia de Informes Orales programada para el día 17 de junio de 2011, la cual se reprogramaría para una fecha posterior.

VII.21. Mediante Resolución N° 23 de fecha 20 de junio de 2011, se resolvió reprogramar la Audiencia de Informes Orales para el día 1 de julio de 2011.

VII.22. Con fecha 01 de julio de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales en la sede arbitral. Se puso en conocimiento del Consorcio el escrito presentado por la parte demandante el 24 de mayo de 2011.

Se otorgó el uso de la palabra a la apoderada de la Entidad para que, en el lapso de quince (15) minutos efectuara su informe oral. Acto seguido, se cedió el uso de la palabra, por el mismo lapso, al apoderado del Consorcio.

Luego, se facultó a las partes para que efectúen réplica y dúplica, otorgando el uso de la palabra a cada una de ellas por el término de cinco (5) minutos. Finalizados los informes de las partes, el Tribunal realizó las preguntas que consideró pertinente.

Las partes solicitaron un plazo adicional para la presentación de documentación sobre la controversia, por lo que, este colegiado accedió a dicho pedido otorgándoles un plazo de cinco (5) días hábiles para tales efectos, luego de lo cual se declararía el cierre de la etapa probatoria.

VII.23. Con fecha 08 de julio de 2011, la Entidad presentó su escrito N° 17 con la sumilla "Para mejor resolver".

VII.24. Con fecha 08 de julio de 2011, el Consorcio presentó su escrito N° 7 de alegatos escritos.

VIII. CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA Y FIJACIÓN DEL PLAZO PARA LAUDAR

VIII. 1. Mediante Resolución N° 24 de fecha 26 de julio de 2011, se resolvió: 1) Tener presente lo expuesto por la Entidad y el Consorcio mediante escritos presentados con fecha 8 de julio de 2011, y admítase los medios probatorios presentados por la parte demandante, y 2) Declarar el cierre de la etapa probatoria, traer los autos para laudar y fijar el plazo para la emisión del laudo arbitral en treinta (30) días hábiles de notificada la presente resolución.

VIII. 2. Con fecha 05 de agosto de 2011, la Entidad presentó su escrito N° 18 mediante el cual solicitó la reconsideración de la decisión tomada en la Resolución N° 24, a través de la cual se admiten los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio.

En ese sentido, consideran que dicha resolución no se ajusta a derecho, solicitando al Tribunal se sirva reconsiderar la decisión adoptada y consecuentemente se les corra traslado de los documentos a fin de precisar lo conveniente a su derecho, y evitar futuras nulidades.

VIII.3. Mediante Resolución N° 25 de fecha 15 de agosto de 2011, se declaró fundado el recurso de reconsideración formulado por la Entidad contra la Resolución N° 24; en consecuencia, se dejó sin efecto lo dispuesto en el segundo extremo resolutivo de la resolución impugnada. Asimismo, se concedió a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que se pronuncien sobre los escritos presentados por ellas con fecha 8 de julio de 2011, luego de lo cual se declararía el cierre de la etapa probatoria y se fijaría el plazo para la emisión del laudo arbitral.

VIII.4. Con fecha 24 de agosto de 2011, el Consorcio presentó su escrito N° 8 mediante el cual absuelve el traslado de la Resolución N° 25 pronunciándose sobre el escrito presentado por la Entidad con fecha 08 de julio de 2011.

VIII.5. Con fecha 24 de agosto de 2011, la Entidad presentó su escrito N° 19 mediante el cual absuelve el traslado conferido mediante Resolución N° 25.

VIII.6. Mediante Resolución N° 26 de fecha 29 de agosto de 2011, se tiene presente lo expuesto por la Entidad y el Consorcio mediante escritos presentados con fecha 24 de agosto de 2011, se declara el cierre de la etapa probatoria, se traen los autos para laudar y se fija el plazo para la emisión del laudo arbitral en treinta (30) días hábiles de notificada la presente Resolución.

VIII.7. Con fecha 12 de setiembre de 2011, el Consorcio presenta su escrito N° 10 mediante el cual presenta documentos para mejor resolver.

VIII.8. Mediante Resolución N° 27 de fecha 20 de setiembre de 2011, se corre traslado a Provías Nacional del escrito presentado por el Consorcio con fecha 12 de setiembre de 2011, para lo cual se le concede un plazo de tres (3) días hábiles de notificada la referida Resolución, a fin de que, exprese lo conveniente a su derecho.

VIII.9. Con fecha 29 de setiembre de 2011, la Entidad presenta su escrito N° 20 mediante el cual absuelve el traslado conferido mediante Resolución N° 27.

VIII.10. Mediante Resolución N° 28 de fecha 5 de octubre de 2011, se admiten los medios probatorios anexados al escrito presentado por el Consorcio con fecha 12 de setiembre de 2011, y se prorroga el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, contado a partir del vencimiento del plazo inicialmente establecido.

IX. CONSIDERANDO:

IX.1. CUESTIONES PRELIMINARES

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad al Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado - OSCE; (ii) Que, PROVÍAS NACIONAL presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa (iii) Que, el CONSORCIO VIAL CHILETE, fue debidamente emplazado con la

demanda, no habiendo procedido a contestarla, lo cual no ha impedido que esta parte ejerza plenamente su derecho de defensa (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos y (v) Que, el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.

IX. 2. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES.

Que, el Tribunal Arbitral, mediante el siguiente análisis, procederá a resolver los puntos controvertidos establecidos mediante Audiencia de fecha 11 de agosto de 2010.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar que la remoción Carpeta Asfáltica en la obra Mantenimiento Periódico de la Carretera Ciudad de Dios – Cajamarca, Tramo I: Ciudad de Dios – Chilete fue indebida y desproporcional.

Antes de proceder con el análisis del primer punto controvertido, el Tribunal Arbitral afirma que los medios probatorios deben de tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza

en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones.

En primer lugar, el Contrato de Ejecución de Obra N° 106-2008-MTC/20 para la ejecución de la Obra: Mantenimiento Periódico de la Carretera Ciudad de Dios – Cajamarca, Tramo I: Ciudad de Dios – Chilete (Km. 0+000 al Km. 90+760) fue suscrito por las partes el 11 de abril de 2008.

Así, la definición de contrato de obra ha sido recogida en el artículo 1771º del Código Civil Peruano, el cual establece lo siguiente:

“Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución.”

A pesar de esta mención al contrato de obra, consideramos que ni en el Código Civil ni en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado existe una definición exacta y detallada del objeto de este contrato.

De acuerdo a lo establecido por la doctrina, podemos afirmar que el objeto de este contrato (de obra) es la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble así como la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno

o del subsuelo a cambio de un precio. En este tipo de contratos, las partes tomarán en cuenta y pactarán sus obligaciones en base a los resultados y no sobre la actividad o trabajo del contratista.

El Contrato materia de la presente controversia fue estipulado bajo la modalidad del Sistema de Precios Unitarios, el cual consiste en realizar un cómputo métrico de la obra que se va a efectuar y se aplican precios unitarios para cada uno de los ítems que integran la obra². En ese sentido, el contrato en cuestión estaba dividido en una serie de Ítems o partidas, cada cual con fechas de ejecución consecutivas, ordenados de modo tal que la correcta ejecución de uno, dependería de la correcta ejecución del ítem anterior.

En segundo lugar, uno de los Ítems del Contrato en cuestión es el Ítem 02.01 Remoción de Carpeta Asfáltica, de la Partida 02 Movimiento de Tierras, el cual consiste en la remoción de la carpeta asfáltica y el corte de material de base granular en las zonas indicadas en los planos, así como la carga, transporte hasta el límite de acarreo libre y colocación en los sitios de desecho, descarga y disposición final de los materiales provenientes de la remoción de los depósitos de materiales excedentes.

En tal sentido, de acuerdo al Calendario Valorizado de Avance de Obra elaborado por el Contratista, el Ítem 02.01 Remoción de Carpeta

² Díez, Manuel María. **Derecho Administrativo**, Tomo III. Pág. 203

Asfáltica se ejecutaría entre el mes de junio de 2008 y enero de 2009, en las proporciones que se especifican. Así, la programación de los avances hasta el 14 de noviembre de 2008, fecha de paralización de la obra, sería como sigue:

Mes	Und.	Avance físico Mes		Avance físico Acumulado	
		Programado		Programado %	
May		0.00		0.00	
Jun	M3	1,326.30		2.27	
Jul	M3	5,739.29		12.2	
Ago	M3	3,453.88		28.4	
Set	M3	10,504.31		46.44	
Oct	M3	10,504.31		64.4	
Nov	M3	10,504.31		64.4	

No obstante lo previsto en el Contrato, de una revisión de las Valorizaciones de Obra N° 1, 2, 3, 4 y 5, se advierte que, hasta la fecha de paralización, la obra se venía ejecutando de la siguiente manera:

Informe	Mes	Und.	Avance físico Mes	Avance físico	Exceso
---------	-----	------	-------------------	---------------	--------

Mensual Nº					Acumulado		Avance
			Programado	Ejecutado	Programado %	Ejecutado %	
1	May	M3	0.00	3,939.78	0.00	6.75	6.75
2	Jun	M3	1,326.30	18,678.93	2.27	38.76	36.49
3	Jul	M3	5,739.29	10,729.14	12.2	57.14	44.94
4	Ago	M3	3,453.88	4,963.32	28.4	65.65	37.25
5	Set	M3	10,504.31	709.60	46.44	66.87	20.43
6	Oct	M3	10,504.31	0.00	64.4	66.87	2.47
7	Nov	M3	10,504.31	75.31	64.4	66.87	2.47

De igual manera, mediante los asientos N° 184³ y 266⁴ del Cuaderno de Obra (documentos citados en la demanda presentada por la Entidad), el Supervisor da cuenta que el Contratista ha removido la carpeta asfáltica excediendo lo estipulado en el Calendario de Obra, siendo el responsable directo por no haber respetado la programación. Un claro ejemplo de ello constituye el hecho de que, tal como lo señala el Supervisor, en determinado momento la obra debió ejecutarse al 12.5%, cuando en los hechos, ésta se encontraba al 57.14%.

³ **ASIENTO N°184:** 22 de agosto 2008

El contratista a la fecha ha removido 57.14% pero de acuerdo a su programación ha debido únicamente remover 12.5% (...)

⁴ **ASIENTO N°266:** 19 de setiembre 2008

La base antigua se encuentra mayormente expuesta porque el contratista removió la carpeta asfáltica fuera del cronograma actualizado (...)

En ese sentido, podemos apreciar que hubo un avance irregular y desproporcional de la remoción de la carpeta asfáltica en relación con el avance programado en el Calendario de Obra, en clara contravención con los lineamientos dispuestos en el Expediente Técnico.

Sobre el particular, el artículo 1362° del Código Civil Peruano prescribe:

“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse, según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”

A su vez, el artículo 168° del acotado Código prevé que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe. Por lo tanto, este colegiado deberá tener en cuenta cada estipulación pactada por ambas partes, máxime si tenemos en cuenta la particularidad de un contrato de obra bajo la modalidad de precios unitarios.

El Contratista ha alegado en su defensa que la excesiva remoción de la carpeta asfáltica se ha debido básicamente a las deficiencias del Expediente Técnico, las cuales habrían sido resueltas por la Entidad luego de cuatro (4) meses, al aprobarse el presupuesto adicional N° 1. En ese sentido, se habría aprobado el Presupuesto Adicional de Obra N°01, por Mejoramiento de la Sub Rasante, mediante Resolución Directoral N° 2193-2008-MTC por S/.1`654,433.91 Nuevos Soles, así como el Presupuesto Adicional de Obra N°02 por

Mayores Metrados de Reposición de Material de Base del Km. 12 al 30 y Km. 84 al Km. 90+760, mediante Resolución Directoral N° 2377-2008-MTC por S/.880,421.10 Nuevos Soles.

Asimismo, el Contratista ha señalado que durante todo este tiempo no pudo paralizar la obra, en razón de que el Contrato les obligaba a llevar a cabo los trabajos; por lo tanto, procedió a realizar los frentes de trabajo que el expediente técnico le permitía, contando para ello con las autorizaciones de trabajo emitidas por la Supervisión de Obra, entre los meses de junio, julio y agosto de 2008.

En ese sentido, el Contratista afirma que al haber contado con las referidas autorizaciones de trabajo, no podría imputársele ninguna responsabilidad, ya que eran trabajos que se debían efectuar, siendo por lo tanto, la Supervisión de la Obra, Consorcio Ciudad de Dios, la única responsable de los trabajos de remoción de la carpeta asfáltica efectuados.

En ese orden de ideas, el Contratista ha afirmado que el Supervisor al representar a la Entidad durante de la ejecución de la obra, tiene *"la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista cumpla con la ejecución de la obra; por ende, la responsabilidad de los trabajos de manera recaen directamente en la Supervisión de Obra y no en nuestra representada."*

Al respecto, el artículo 48º, sobre Supervisión, del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, D.S. Nº 083-2004-PCM (en adelante, la LCAE), establece que *"la Entidad supervisará directamente o a través de terceros todo el proceso de ejecución, para lo cual el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias. En virtud de ese derecho de supervisión, la Entidad tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas."*

Sobre el tema, la Entidad ha sido muy clara al señalar que el Contratista ha pretendido inducir a error al Tribunal haciéndole creer que la excesiva remoción de la carpeta asfáltica se debió a las deficiencias del Expediente Técnico; indicando además, que en el supuesto que este expediente hubiese presentado alguna deficiencia, el Contratista no estaba obligado a ejecutar la obra.

Al respecto, la Entidad señala que si el Contratista tenía pleno conocimiento de la imposibilidad de ejecutar la partida Reposición de Material de Base Granular, no debió continuar con la ejecución de la partida Remoción de la Carpeta Asfáltica.

En ese sentido, la Entidad ha señalado que el Contratista debió ejecutar la obra cumpliendo las normas técnicas, el Expediente Técnico, el

Cronograma de Avance de Obra, respetando la secuencia constructiva; es decir, debió ajustarse a lo acordado en el Contrato.

La Entidad, asimismo, ha indicado que la Supervisión no tiene la capacidad de autorizar ninguna modificación al Contrato, y por lo tanto, tampoco del Calendario de Obra, conforme a lo estipulado en el artículo 250º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, D.S. N° 084-2004-PCM (en adelante, el Reglamento).

Efectivamente, de acuerdo al artículo 250º del Reglamento, sobre Funciones del inspector o supervisor:

"(...)

El inspector o el supervisor, según corresponda, tiene como función controlar la ejecución de la obra y absolver las consultas que le formule el contratista según lo previsto en el artículo siguiente. Está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas; y para disponer cualquier medida generada por una emergencia.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, su actuación debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo.

(...)” (Subrayado y resaltado nuestro).

Asimismo, lo estipula el Contrato de Supervisión de Obra N° 100-2008-MTC/20 en su Cláusula 8.9, la cual señala expresamente que “El Supervisor, no está autorizado a aprobar la ejecución de obras adicionales ni modificar las condiciones contractuales del EL CONTRATISTA” (Subrayado nuestro).

En ese orden de ideas, la Cláusula Séptima del Contrato de Ejecución de Obra N° 106-2008-MTC/20 que nos ocupa, sobre Supervisión de la Obra, en su numeral 7.2, estipula lo siguiente:

“EL CONTRATISTA no podrá ser exonerado por EL SUPERVISOR de ninguna de sus obligaciones contractuales y no ordenará ningún trabajo adicional que de alguna manera involucre ampliación de plazo o cualquier pago extra, a no ser que medie autorización escrita y previa de PROVIAS NACIONAL.”
(Subrayado y resaltado nuestro).

Ha quedado claro para este Colegiado que el Supervisor de Obra no tiene autoridad para modificar los términos contractuales establecidos en el Contrato, ni puede exonerar al Contratista de sus obligaciones contractuales, siendo este último el único responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados, tal

como lo precisa el artículo 51º de la LCAE, sobre la Responsabilidad del Contratista.

Sin perjuicio de lo antes señalado, queda igualmente claro que las supuestas autorizaciones de trabajo alcanzadas por el Consorcio mediante su escrito N° 7 de fecha 8 de julio de 2011, no pueden ser consideradas como tales, por cuanto en ellas sólo aparece la anotación realizada por el Consorcio, mediante la cual solicita a la Supervisión se le otorgue la autorización respectiva para la ejecución de la remoción de la carpeta asfáltica; sin embargo, ninguna de ellas es suscrita ni aceptada por el Supervisor. Tan sólo llevan el sello de recibido.

En cuanto a las obligaciones contractuales del Consorcio, cabe señalar que el numeral 06.02 sobre la Organización de los Trabajos, del Ítem 06 sobre Desarrollo y Progresión de la Obra, de las Disposiciones Generales señaladas en las Especificaciones Técnicas, establece que el avance físico de la obra en el tiempo deberá ajustarse al programa de trabajo aprobado, de tal manera que permita el desarrollo armónico de las etapas siguientes que se ejecuten. Esto, no sólo por un tema de organización de los trabajos, sino también porque podrían ocasionarse inconvenientes a personas, daños en estructuras, servicios públicos, medio ambiente, etc.

Efectivamente, el referido numeral 06.02 señala en forma expresa lo siguiente:

"(...)

Los trabajos se deberán ejecutar de manera que no causen molestias a personas, ni daños a estructuras, servicios públicos, cultivos y otras propiedades cuya destrucción o menoscabo no estén previstos en los planos, ni sean necesarios para la construcción de las obras. Igualmente, se minimizará, de acuerdo con las medidas de manejo ambiental y los requerimientos establecidos por las autoridades ambientales, las afectaciones sobre recursos naturales y la calidad ambiental del área de influencia de los trabajos.

(...)" (Subrayado nuestro)

En ese mismo orden de ideas, el Contratista estaba en la obligación de efectuar el mantenimiento del tránsito de las vías y su seguridad; así lo estipula el numeral 01.03.01 de la Partida 01.03 sobre Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial de las Especificaciones Técnicas, el cual establece que el Contratista será el responsable de que el tránsito sea fluido y seguro en las zonas de trabajo durante todo el periodo de ejecución, tanto en la vía principal como en los desvíos y rutas alternas, debiendo mantenerlas en condiciones aceptables de transitabilidad y seguridad.

Sin embargo, en los hechos, de acuerdo al Asiento N° 184 del 22 de agosto del 2008, del Cuaderno de Obra, efectuado por la Supervisión, se deja constancia que: "el contratista a la fecha ha removido 57.14% (de carpeta asfáltica), pero de acuerdo a su programación ha debido únicamente remover 12.5%, generando una mayor base expuesta que requiere el riego para mitigar el polvo producido por la circulación vehicular. Luego entonces es el responsable directo por no haber respetado su programación, por lo tanto, el costo que demanda la ejecución de dicho riego es de única responsabilidad del mismo, libre del daño que viene causando por la contaminación ambiental y las molestias causadas a los usuarios y habitantes colindantes a la vía". (Subrayado y resaltado nuestro).

Así también lo confirma el Asiento N° 266 del 19 de setiembre de 2008, del Cuaderno de Obra, donde el Supervisor señala que: "la base antigua se encuentra mayormente expuesta porque el Contratista removió carpeta asfáltica en exceso, fuera del programa actualizado, a la fecha se ha removido 65.65%, cuando únicamente se tenía programado 37.4%..." (Subrayado nuestro).

Queda claro que el Supervisor reconoció mediante estos Asientos del Cuaderno de Obra, que el Contratista había removido indebidamente la carpeta asfáltica, causando una gran contaminación ambiental y molestias a los habitantes colindantes a la vía y a los usuarios de la

misma, debiendo recurrirse al riego para disminuir el polvo producido por la circulación vehicular al estar una mayor base expuesta, generando así un mayor gasto a la Entidad.

En ese sentido, mediante Carta N° 141-2008--SUP.TI-CD-CH/J del 17 de setiembre de 2008 (Anexo 5.3.3. de la demanda), el Supervisor se dirigió al Contratista comunicándole que se había ordenado la paralización temporal de los ítems 02.01 Remoción de Carpeta Asfáltica y 02.02 Corte de Material en Berma, del Km. 55+000 al Km. 56.843, en razón de evitar incrementar el malestar en los usuarios de la vía, así como de los moradores cercanos, debido a la contaminación ambiental ocasionada por el exceso de polvo que se genera por el tráfico de los vehículos por el retiro de la capa asfáltica.

En ese mismo orden de ideas, mediante Informes N°s 090 y 094-2009-MTC/ 20.7.JZA/ABH/GMM de la Unidad Gerencial de Conservación, se llegó a la conclusión de que se había dado un avance mayor al programado en la ejecución de la Partida 02. Movimiento de Tierras, referente al Ítem 02.01 Remoción de la Carpeta Asfáltica y al Ítem 02.02 Corte Material en Berma, en los Kms. 03+000 al Km. 30+500 y del Km. 56+850 - Km. 90+760, habiéndose aumentado el riesgo de transitabilidad y perjudicado al medio ambiente, a los habitantes, al ganado y a las cosechas aledañas a la zona.

Ha quedado por lo tanto comprobado que el Contratista no cumplió con las obligaciones contractuales contenidas tanto en el numeral 06.02 sobre la Organización de los Trabajos, del Ítem 06 sobre Desarrollo y Progresión de la Obra de las Disposiciones Generales señaladas en las Especificaciones Técnicas, ni con el numeral 01.03.01 de la Partida 01.03 sobre Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial de las Especificaciones Técnicas.

Ahora bien, a pesar que la Supervisión a través de los Asientos del Cuaderno de Obra señalados, deja constancia de los efectos negativos que se venían generando por el levantamiento excesivo de la carpeta asfáltica por parte del Consorcio, queda claro que aquel no ordenó en forma oportuna la paralización de dicha actividad, ya que la paralización efectuada a través de la Carta N° 141-2008-SUP.TI.CD-CH/J del 17 de setiembre de 2008 fue tardía, puesto que durante los meses de junio y julio del año 2008 es cuando el Contratista realizó las mayores remociones de carpeta asfáltica, sin una correlación con el avance secuencial de los ítems 03.01 Reposición de Material de Base Granular, 03.02 Conformación de Base Granular y la Partida 04.00 Pavimentos, tal como se señala en el Informe N° 01-2009-MTC/06.03-CA.OBRACD-C (Anexo 5.3 de escrito de demanda); Informe que establece responsabilidad de la Supervisión respecto de la indebida remoción de la carpeta asfáltica, posición que también es asumida por este Colegiado.

Sin embargo, es preciso señalar que a pesar de la reacción tardía que tuvo la Supervisión para disponer la paralización de los trabajos de remoción excesiva de la carpeta asfáltica por parte del Consorcio, no obstante el efecto negativo que venía produciéndose en la obra y en los alrededores, y por consiguiente, de la deficiente labor que realizó la Supervisión con relación al tema que nos ocupa, también es cierto, que tal situación no deja a salvo de responsabilidad al Consorcio, al haber incumplido este último con la secuencia constructiva contemplada en el Contrato, y por los consiguientes daños ocasionados por este irregular comportamiento.

La Entidad ha optado por accionar contra la Supervisión mediante un proceso arbitral por daños y perjuicios, por considerarla igualmente responsable de los daños ocasionados por la remoción excesiva de la carpeta asfáltica, situación que no deberá afectar el normal desarrollo del presente proceso arbitral contra el Consorcio Vial Chilete, ya que este último, abiertamente, ha incurrido en incumplimiento contractual al no haberse regido por el Cronograma de Ejecución de Obra y el Expediente Técnico.

Luego de todo lo expuesto podemos concluir que, siendo la Programación PERT-CPMA parte del Contrato de Obra, su cumplimiento era obligatorio tanto para el Consorcio como para la Supervisión; por lo tanto, la ejecución de la obra debió ceñirse al Cronograma de ejecución

de obra, respetando la secuencia constructiva, tal como ya se ha señalado.

Efectivamente, de acuerdo a la secuencia constructiva, entre el inicio de la remoción de la carpeta asfáltica y el inicio de la reposición de la base granular debían transcurrir veinticinco (25) días calendario. En ese sentido, la Programación de Obra señalaba que a medida que se iba ejecutando la remoción de la carpeta asfáltica, se debía ir ejecutando las partidas subsiguientes para evitar que se levantase el polvo.

Sin embargo, el Contratista señaló que no podía ejecutar las Partidas de Reposición de la Base Granular ya que necesitaba previamente contar con los Presupuestos Adicionales N° 01 y N° 02. Pese a ello, el Contratista continuó con la Partida de Remoción de Carpeta Asfáltica sin tomar en cuenta la secuencia constructiva establecida en el Contrato. Esta remoción se realizó sin el menor criterio técnico, constituyéndose en una ejecución por demás irregular.

Por lo tanto, este Tribunal Arbitral concluye en amparar la primera pretensión en el sentido que se ha comprobado fehacientemente que la remoción de la carpeta asfáltica ejecutada por el Consorcio Vial Chilete, fue desproporcionada y contraria a lo estipulado en el Calendario de Obra y el Expediente Técnico.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Como consecuencia de lo indicado en el párrafo precedente, determinar si corresponde o no ordenar a Consorcio Vial Chilete para que pague a favor de PROVIAS NACIONAL el importe de S/. 1'876,439.67 nuevos soles como indemnización por concepto de daño emergente.

Sobre el particular, el Tribunal Arbitral considera que se encuentra pendiente dilucidar si la Entidad sufrió o no un desmedro económico en su patrimonio debido al desproporcional levantamiento de la carpeta asfáltica.

La Entidad señaló que la decisión de ejecutar el Contrato bajo condiciones distintas a las pactadas entre las partes, ha conllevado a que dicha Entidad tenga que asumir una serie de gastos para la ejecución final de la obra, por lo que, en caso no se hubiese realizado la ejecución irregular de la obra, la parte demandante no hubiese tenido que asumir costos como el adicional aprobado a favor del Consorcio Conalvías (quien finalmente estuvo a cargo de la conclusión de la obra).

En este mismo orden de ideas, este Colegiado considera que la Entidad también asumió el costo del mantenimiento rutinario de la carretera, como consecuencia a que ésta quedó expuesta al tráfico pesado y a un

mayor deterioro entre los meses de noviembre de 2008 y enero de 2009.

Cabe precisar que por Resolución Directoral N° 2984-2008-MTC/20 de fecha 31 de diciembre de 2008 (Anexo 5.3.4. del escrito de demanda) se aprobó el Programa Anual de Mantenimiento Rutinario de la Carretera Ciudad de Dios- Chilete, por la suma S/. 213,029.31, que tuvo como origen la irregular ejecución de la obra por parte del Consorcio.

Así tenemos lo señalado por el Supervisor en la Memoria Descriptiva del Presupuesto Adicional de Obra N° 1, contenida en el Presupuesto Adicional de Obra N° 01 sobre Transitabilidad y Seguridad Vial, y Presupuesto Deductivo Vinculante N° 01, del Contrato de Ejecución de Obra N° 004-2009-MTC/20 del 8 de enero de 2009 suscrito con Conalvías S.A. Sucursal Perú, que acompaña a su Carta N° 118-2009-SUP-CD-CH del 06 de abril de 2009 (Anexo 5.3.4 del escrito de demanda), respecto al levantamiento de la carpeta asfáltica:

"Al iniciarse los trabajos se pudo constatar y comprobar que las condiciones para la ejecución de la Partida de Mantenimiento aprobadas no eran concordantes con la realidad física de la obra, habían variado, generando las discrepancias en la

especificación técnica aprobada y las necesidades reales del proyecto.

Que, de las verificaciones e inspecciones de campo se ha constatado que las condiciones reales a lo largo del tramo km.00+000 hasta el km. 90+760 no son las consideradas en el proyecto, en cuanto al control de polvos, tránsito y seguridad vial, sobre este aspecto en la fecha se tiene un tránsito intenso de camiones pesados que hacen servicio a las empresas mineras que se encuentran en las inmediaciones de Tembladera (...) y Cajamarca (...) generando una falta de visibilidad y levantamiento de polvos intensos que afectan el medio ambiente (sembríos y plantas) y las poblaciones asentadas a lo largo del tramo en cuestión e inclusive asentamiento y bacheos en sectores donde tienen influencia de napa freática alta y un riesgo de accidente de tránsito (...)

Cabe indicar que esta variación fue generada por el levantamiento de la carpeta asfáltica por parte del Contratista Consorcio Vial Chilete (...) bajo el Contrato de obra N° 106-2008-MTC/20.

(...)

De lo expresado se deduce que los recursos para el control de polvo, y la transitabilidad de vía resultan insuficientes para los tramos sin carpeta asfáltica, ya que son mayores a lo que

normalmente requiere un proyecto de mantenimiento periódico como consecuencia de las condiciones de la carretera existente como lo dejó el contratista anterior."

Mediante la referida Memoria Descriptiva del Presupuesto Adicional de Obra N° 01, sobre la Transitabilidad y Seguridad vial, el Supervisor señaló que para la transitabilidad en la obra se requería el uso de una cisterna – riego por la suma de S/. 1'629,425.5, monto que equivalía al costo directo para el riego de la carretera, como consecuencia de la remoción excesiva de la carpeta asfáltica.

En ese orden de ideas, mediante Resolución Directoral N° 506-2009-MTC/20 del 14 de mayo de 2009, se aprobó el Presupuesto Adicional N° 01 al Contrato de Ejecución de Obra N° 004-2009-MTC/20, suscrito con la empresa Conalvías, por el concepto de "Partidas Nuevas de Transitabilidad (Km. 03+000 al 30+500 y Km. 56+800 – Km. 90+760) y Seguridad Vial (Km. 00+000- 90+760)" por el monto de S/. 2'703,657.01, incluido el IGV, a precios de noviembre de 2008, y el Presupuesto Deductivo N° 01 Vinculante al Presupuesto Adicional N° 01, por el concepto de Menores Metrados Partida 01.03 Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial, por la suma de S/. 1'040,246.68, incluido el IGV, a precios de noviembre de 2008.

Por consiguiente, la Entidad ha afirmado que el monto previsto para el mantenimiento del tránsito en los sectores del Km. 03+000 al Km. 30+500 y del Km. 56+800 – Km. 90+760, por el levantamiento acelerado de la Carpeta Asfáltica por parte del Consorcio Vial Chilete, ha sido de S/. 1'876,439.67.

Es preciso señalar que la responsabilidad contractual supone el incumplimiento de un pacto preexistente y contenido en un contrato, convenio o acuerdo para que opere. En tal sentido, el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, entendiendo esta última definición como la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominado antijuricidad).

Así, los elementos que conforman la responsabilidad contractual son: la existencia de un comportamiento dañoso o acto ilícito propiciado mediante un acto de imputación personal denominado culpabilidad (o dolo); la producción efectiva de un daño y la posibilidad de establecer una relación causal adecuada entre el hecho dañoso y el daño causado.

De lo expuesto, se aprecia que los hechos alegados por la Entidad, en el sentido de que ésta asumió una serie de gastos como consecuencia del levantamiento irregular de la carpeta asfáltica, han sido sustentados a

través de los medios probatorios presentados en la demanda, los cuales no han sido objetados debido a que el Consorcio no cumplió con contestar la demanda.

Así tenemos que el demandante ha ofrecido una serie de documentos que acreditarían los costos y demás gastos incurridos debido la decisión del Contratista de haber ejecutado la obra de forma distinta a lo previsto en el Contrato. De esta manera, el Tribunal Arbitral tiene la plena convicción de que al no haberse ejecutado la obra de la forma convenida, la Entidad tuvo un detrimento patrimonial debido a que se tuvo que desembolsar dinero para convocar a la celebración de un Programa dirigido a mitigar los efectos producidos por el levantamiento de la carpeta asfáltica fuera de todo plazo contractual (Mantenimiento Rutinario) y el posterior adicional aprobado a favor del nuevo Contratista. Por lo tanto, queda claro que los mencionados gastos asumidos por la Entidad se debieron a la exclusiva responsabilidad del Consorcio Vial Chilete.

Habiéndose advertido la producción de un daño en la esfera de la Entidad, el Tribunal Arbitral estima pertinente determinar el tipo de

daño ocasionado. La determinación del daño tiene diversas acepciones. En efecto, el Profesor Guillermo Cabanellas⁵ lo define como:

"... el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona. El daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito".

A su vez, el autor italiano Ferri⁶ precisa aún más el concepto, al establecer que:

"(...) el daño no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y substancialmente impreciso. El daño más bien incide en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido (...)". (Subrayado nuestro).

De lo señalado, concluimos que el daño se genera por los actos antijurídicos que sobrepasan los límites de sus propios derechos, avasallando los de los demás y por las consecuencias que ellos producen en la esfera del afectado, en este caso específico, de la Entidad. A estos actos debemos denominarlo comportamiento dañoso.

⁵ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de derecho Usual. 1ª Ed. Editora Atalaya. P. 152

⁶ FERRI, G.B. Citado por ESPINOSA ESPINOSA, Juan. El Tratamiento de los Derechos de la Persona en el Código Civil Peruano de 1984. 2ª Ed. p. 273.

Al respecto, el jurista Diez Picazo⁷ señala:

"la puntualización del concepto de daño no es nada fácil (...), señala que el daño debe ser cierto, realmente existente lo que excluye los puramente hipotéticos o eventuales (...) y siempre alude a un detrimento patrimonial es decir a la disminución en el patrimonio del afectado (...) la doctrina llama a esta teoría "teoría de la diferencia".

En ese sentido, el daño es la diferencia valorable económicamente, que se produce teniendo en cuenta el estado en que el patrimonio se encuentra después del hecho dañoso y la situación en que se encontraría si el hecho dañoso no se hubiere producido. Este daño puede manifestarse en diversas vertientes: daño emergente, lucro cesante, daño a la persona y daño moral.

En el presente caso, lo pretendido por la Entidad es que se le indemnice por daño emergente, manifestando que el daño causado a ésta consistió en que sin mayor justificación legal o contractual, el Consorcio realizara una serie de acciones destinadas a la ejecución del Contrato de obra sin respetar los términos pactados en éste, realizando el levantamiento de la carpeta asfáltica obviando el Calendario de

⁷ DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen II, 4ª Ed. Tecnos; 1990. P. 622.

ejecución de obra, lo cual produjo una serie de consecuencias que se traducen en la asunción de gastos por parte de la Entidad cuya responsabilidad es imputable al Consorcio Vial Chilete.

Es decir, la negligencia del Consorcio trajo como consecuencia de que la Entidad haya tenido que implementar de manera anticipada un programa de mantenimiento rutinario de la carretera, y que se haya aprobado un presupuesto adicional para que el nuevo Contratista le dé un tratamiento adecuado de Transitabilidad y Seguridad Vial, a fin de disminuir el deterioro y contaminación de la estructura del terraplén y/o plataforma existente, mejorando las condiciones de tránsito vehicular y mitigando las afectaciones a la población y al medio ambiente.

De esta manera, habiéndose acreditado la existencia del daño, corresponde evaluar a este Tribunal Arbitral la cuantía de la indemnización solicitada por la Entidad, la cual ha sido fijada por dicha parte en la suma de S/. 1'876,439.67 Nuevos Soles.

Ahora bien, para determinar la procedencia de una indemnización a favor de la Entidad, debe demostrarse el nexo causal adecuado entre ese hecho y el daño producido. Así el Art. 1985° del Código Civil señala:

"Art. 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que derivan de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño." (Subrayado y sombreado nuestro).

En otros términos, la responsabilidad civil se conecta en modo directo al hecho del incumplimiento, el cual debe contar con los atributos subjetivos o intencionales, tales como el dolo o la culpa. Es lo que denomina la teoría de la causalidad adecuada mediante la cual se pretende conocer las causas que normalmente producen tal resultado (hecho dañoso), es decir: la causa idónea. En efecto, la relación de causalidad es un "presupuesto de la responsabilidad civil".

El Código Civil es categórico en cuanto afirma la necesidad de que el supuesto daño se siga como una consecuencia adecuada del supuesto hecho dañoso. En tal sentido, el daño generado a una persona debe tener como causa adecuada el supuesto hecho dañoso, sin que importe que en el camino entre uno y otro pueda interponerse alguna otra causa que haya sido la que finalmente generara el daño.

El autor Von Kries⁶ sostiene que *"puede considerarse que estamos ante la causa cuando las circunstancias bajo análisis tienen la naturaleza de producir normalmente el daño que ha condicionado"*.

En este sentido, cabe analizar si el daño a la Entidad tiene un vínculo de causalidad con los hechos atribuidos al Consorcio Vial Chilete.

En primer término, analizaremos el vínculo de causalidad que se presenta entre lo solicitado por la Entidad y las acciones emprendidas por el Consorcio Vial Chilete al haber incumplido con sus obligaciones contractuales, por cuanto ejecutó la obra sin considerar el Calendario de Obra ni el Expediente Técnico, a pesar de encontrarse obligado contractualmente con la parte demandante.

En ese sentido, resulta evidente que si el Consorcio no hubiera ejecutado la obra de manera distinta a la prevista por las partes, la Entidad no hubiese tenido que incurrir en gastos para implementar de manera urgente un programa de mantenimiento rutinario, ni tampoco destinar un presupuesto adicional para que el nuevo Contratista (Conalvías) realice trabajos que permitan la transitabilidad y aseguren la seguridad vial dadas las defectuosas condiciones de la carretera.

⁶ VON KRIES, J. Citado por DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad extracontractual. Op. cit. P. 314.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que los medios probatorios en este proceso han sido determinantes para demostrar que el Consorcio Vial Chilete se encontraba obligado a cumplir con todas las estipulaciones del Contrato y sus partes integrantes (Calendario de Obra, Expediente Técnico, etc.) y, por ende, no debió realizar un avance excesivo en la remoción de la carpeta asfáltica, ocasionando un desmedro patrimonial en la esfera de la Entidad, el Tribunal Arbitral considera que el vínculo de causalidad entre lo solicitado por la parte demandante y las acciones emprendidas por el Consorcio Vial Chilete destinadas a incumplir con sus obligaciones de Contratista, es evidente y amerita que este laudo arbitral reconozca este perjuicio y obligue al Consorcio Vial Chilete a indemnizar al demandante.

El artículo 1362º de nuestro Código Civil recoge el principio de la buena fe, el cual debe guiar la conducta de las partes desde las negociaciones pre-contractuales hasta la ejecución y culminación del contrato. Dicha norma textualmente establece:

"Artículo 1362.- Buena Fe

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

De la norma antes citada, se desprende que la actuación de las partes durante la ejecución del contrato, debe ser guiada y ser entendida y/o interpretada dentro del marco de la buena fe y de la confianza que ésta genera entre las partes.

Gran parte de la doctrina al tratar de definir el concepto de Buena Fe ya sea en su sentido positivo o como la simple ausencia de mala fe, establece que la buena fe se plasma en dos sentidos: uno objetivo y uno subjetivo. Al respecto Manuel de la Puente y Lavalley⁹ señala que la buena fe subjetiva es aquella que se refiere a la intencionalidad o creencia con la que actúan las personas, motivo por el cual también se le denomina *buena fe creencia*; y la buena fe objetiva, que es aquella que actúa como una regla o norma de conducta que dirige la actuación ideal de un sujeto por lo que se le denomina *buena fe lealtad*.

De lo expuesto anteriormente, el Tribunal Arbitral sostiene que el Consorcio Vial Chilete no ha actuado de buena fe a lo largo de la ejecución del Contrato. Ello, se puede comprobar por cuanto ejecutó la obra sin considerar el Calendario de Obra – sin mayor sustento técnico- lo cual trajo como consecuencia directa que el demandante incurra en

⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE Manuel, "La fuerza de la buena fe" En: Contratación Contemporánea: teoría general y principios. Bogotá. Temis 2000. Tomo I, pág. 276-277.

determinados gastos. Así, resulta contrario al principio de la buena fe, que debe guiar el actuar de las partes en la ejecución de todos los contratos, que el Consorcio no haya ejecutado los trabajos tal como se dispuso en el numeral 06.02 del Expediente Técnico y el Calendario de Obra.

A continuación, habiéndose determinado la existencia de un daño en contra de la Entidad ocasionando un perjuicio económico, el Tribunal Arbitral deberá determinar la suma a la que asciende la indemnización por daño emergente.

A efectos de determinar el monto indemnizatorio, el Tribunal Arbitral procede a realizar el detalle de los montos a tomar en cuenta:

- Implementación del Programa de Mantenimiento Rutinario de la Carretera Ciudad de Dios-Chilete, tramo km.00+000 hasta el km. 90+760° por la suma de S/. 213,029.32 Nuevos Soles.
- Presupuesto Adicional N°01 al Contrato de Ejecución de Obra N° 004-2009-MTC/20 del 8 de enero de 2009, suscrito con Conalvías S.A. Sucursal Perú, menos el correspondiente Presupuesto Deductivo N° 01, ascendente a S/. 1' 663,410.36 Nuevos Soles.

En consecuencia, y estando a lo establecido precedentemente, el Tribunal Arbitral considera que debe declararse fundada esta pretensión, por lo que el Consorcio Vial Chilete deberá indemnizar a la Entidad por concepto de daño emergente por un monto total de S/. 1'876,439.67 Nuevos Soles.

DE LAS PRETENSIONES COMUNES A LAS PARTES

Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir las costas y costos que genera la tramitación del presente proceso arbitral.

Con relación a las costas y costos, el artículo 56º del Decreto Legislativo Nº 1071, establece que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73º del referido cuerpo legal.

Que, de acuerdo al numeral 1) del artículo 73º del D.L. Nº 1071, sobre Asunción o distribución de costos, *"el tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y*

prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso."

Que, teniendo en cuenta la Ley, los alegatos formulados por escrito, así como los fundamentado tanto en las audiencias convocadas, las pruebas ofrecidas y las respectivas exposiciones, se determina que ambas partes han actuado basadas en la existencia de razones para litigar que resultan atendibles; por consiguiente, se considera que no corresponde condenar a ninguna de las partes al pago exclusivo de las costas y costos del proceso arbitral.

Que, por consiguiente, con relación a las costas y costos, el Tribunal Arbitral resuelve que los gastos arbitrales deberán ser asumidos por cada una de las partes en la proporción que les corresponde.

Sin embargo, de una revisión del expediente, se advierte que mediante Resolución N° 1 de fecha 18 de mayo de 2010, el Tribunal Arbitral concedió a las partes un plazo adicional de diez (10) días hábiles contado a partir del vencimiento del término original, para que cumplan con el pago de los gastos arbitrales fijados en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

Al respecto, mediante escrito de fecha 19 de mayo de 2010, el Consorcio Vial Chilete procedió con la devolución de los recibos por honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral y del Secretario ad hoc, solicitando que se le faculte a la Entidad para que efectúe el pago de los gastos arbitrales a su cargo.

Asimismo, mediante escritos de fechas 28 de mayo y 1 de junio de 2010, la Entidad informó al Tribunal Arbitral respecto del pago de los gastos arbitrales a su cargo fijados en el Acta de Instalación; por lo que, mediante Resolución N° 3 de fecha 4 de junio de 2010, el Tribunal Arbitral facultó a la Entidad para que cumpla con efectuar el pago de los gastos arbitrales a cargo del Consorcio Vial Chilete.

En ese sentido, mediante Resolución N° 7 de fecha 12 de julio de 2010, el Tribunal Arbitral verificó el pago por subrogación de los gastos arbitrales por parte de la Entidad.

Que, por lo expuesto anteriormente y de conformidad con el tercer párrafo del numeral 43) del Acta de Instalación, corresponde a este Tribunal Arbitral ordenar al Consorcio Vial Chilete, en vía de ejecución de laudo, efectúe el reembolso del pago de los gastos arbitrales y los

intereses legales respectivos, en lo que les corresponde, asumidos por la Entidad por subrogación.

X. LAUDO

Estando a los considerandos expuestos en los puntos precedentes, de conformidad con lo dispuesto por los Artículos 52°, 53°, 54°, 55°, 56° y 57° inciso 1) del Decreto Legislativo N° 1071, este Colegiado expide el presente Laudo, teniendo en cuenta el carácter autónomo que no genera precedente del presente proceso arbitral respecto de otras causas existentes entre las partes,

El Tribunal Arbitral **RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar **FUNDADO** el Primer Punto Controvertido de la demanda presentada por LA ENTIDAD; en consecuencia, este Tribunal Arbitral DECLARA que la remoción de la carpeta asfáltica ejecutada por el CONSORCIO VIAL CHILETE fue desproporcional e indebida.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADO** el Segundo Punto Controvertido de la demanda presentada por LA ENTIDAD; en consecuencia, este Tribunal Arbitral ORDENA al CONSORCIO VIAL CHILETE pagar a favor de PROVIAS

NACIONAL una suma ascendiente a S/.1'876,439.67 (Un millón ochocientos setenta y seis mil cuatrocientos treinta y nueve con 67/100 Nuevos Soles) por concepto de indemnización por daño emergente, conforme a los fundamentos expuestos en el análisis del segundo punto controvertido.

TERCERO: PRECÍSESE que, los gastos que demande la realización del presente arbitraje, deberán ser asumidos proporcionalmente por ambas partes.

CUARTO: ORDÉNESE al CONSORCIO VIAL CHILETE, en vía de ejecución de laudo, efectuar el reembolso del pago de los gastos arbitrales que les correspondía inicialmente y que fueran asumidos en su totalidad por la Entidad mediante subrogación, más los respectivos intereses legales.

Notifíquese a las partes.-


GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO

Presidente


LUZ MONGE TALAVERA

Árbitro


CHRISTIAN VIRÚ RODRÍGUEZ
- Secretario Arbitral



VOTO SINGULAR

Árbitro:

Dr. Luis Felipe Pardo Narváez

Demandante:

**Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte
Nacional – PROVIAS NACIONAL (en adelante, PROVIAS
NACIONAL ó LA ENTIDAD)**

Demandado:

**Consorcio Vial Chilete (en adelante, EL CONSORCIO ó EL
CONTRATISTA)**

Con el respeto que merece la opinión de mis colegas, mediante este voto expongo las razones que fundamentan mi discrepancia.

CONSIDERANDO:

1.- ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES.

La primera pretensión principal se encuentra relacionada con el primer punto controvertido, por lo que su análisis será como sigue:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar que la remoción Carpeta Asfáltica en la obra Mantenimiento Periódico de la Carretera Ciudad de Dios – Cajamarca, Tramo I: Ciudad de Dios – Chilete fue indebida y desproporcional.

Origen de la controversia

El Contrato de Ejecución de Obra N° 106-2008-MTC/20 para la ejecución de la Obra: Mantenimiento Periódico de la Carretera Ciudad de Dios – Cajamarca, Tramo I: Ciudad de Dios – Chilete (Km. 0+000 al Km. 90+760) fue suscrito por las partes el 11 de abril de 2008.

No obstante, que ni en el Código Civil ni en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado existe una definición exacta y detallada del objeto de este contrato, resulta pertinente indicar la definición que la doctrina le da al Contrato de Obra: "es la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble así como la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo a cambio de un precio". En este tipo de contratos, las partes tomarán en cuenta y pactarán sus obligaciones en base a los resultados y no sobre la actividad o trabajo del contratista.

El Contrato materia de la presente controversia fue estipulado bajo la modalidad del Sistema de Precios Unitarios, el cual consiste en realizar un cómputo métrico de la obra que se va a efectuar y se aplican precios unitarios para cada uno de los ítems que integran la obra¹. En ese sentido, el contrato en cuestión estaba dividido en una serie de Ítems o partidas, cada cual con fechas de ejecución consecutivas, ordenados de modo tal que la correcta ejecución de uno, dependería de la correcta ejecución del Ítem anterior.

Así, uno de los Ítems del Contrato en cuestión es el Ítem 02.01 Remoción de Carpeta Asfáltica, de la Partida 02 Movimiento de Tierras, el cual consiste en la remoción de la carpeta asfáltica y el corte de material de base granular en las zonas indicadas en los planos, así como la carga, transporte hasta el límite de acarreo libre y colocación en los sitios de desecho, descarga y disposición final de los materiales provenientes de la remoción de los depósitos de materiales excedentes.

En tal sentido, de acuerdo al Calendario Valorizado de Avance de Obra elaborado por el Contratista, el Ítem 02.01 Remoción de Carpeta Asfáltica se ejecutaría entre el mes de junio de 2008 y enero de 2009, en las proporciones que se especifican. Así, la programación de los avances hasta el 14 de noviembre de 2008, fecha de paralización de la obra, sería como sigue:

¹ Díez, Manuel María. **Derecho Administrativo**, Tomo III. Pág. 203

Mes	Und.	Avance físico Mes		Avance físico Acumulado	
		Programado		Programado %	
May		0.00		0.00	
Jun	M3	1,326.30		2.27	
Jul	M3	5,739.29		12.2	
Ago	M3	3,453.88		28.4	
Set	M3	10,504.31		46.44	
Oct	M3	10,504.31		64.4	
Nov	M3	10,504.31		64.4	

Sin embargo, de una revisión de las Valorizaciones de Obra N° 1, 2, 3, 4 y 5, se advierte que, hasta la fecha de paralización, la obra se venía ejecutando de la siguiente manera:

Informe Mensual N°	Mes	Und.	Avance físico Mes		Avance físico Acumulado		Exceso Avance
			Programado	Ejecutado	Programado %	Ejecutado %	
1	May	M3	0.00	3,939.78	0.00	6.75	6.75
2	Jun	M3	1,326.30	18,678.93	2.27	38.76	36.49
3	Jul	M3	5,739.29	10,729.14	12.2	57.14	44.94
4	Ago	M3	3,453.88	4,963.32	28.4	65.65	37.25
5	Set	M3	10,504.31	709.60	46.44	66.87	20.43
6	Oct	M3	10,504.31	0.00	64.4	66.87	2.47
7	Nov	M3	10,504.31	75.31	64.4	66.87	2.47

De igual manera, de los asientos N° 184² y 266³ del Cuaderno de Obra (documentos citados en la demanda presentada por la Entidad), **el Supervisor da cuenta que el Contratista ha removido la carpeta asfáltica excediendo lo estipulado en el Calendario de Obra, siendo el responsable directo por no haber respetado la programación.**

² " **ASIENTO N°184:** 22 de agosto 2008

El contratista a la fecha ha removido 57.14% pero de acuerdo a su programación ha debido únicamente remover 12.5% (...)"

³ " **ASIENTO N°266:** 19 de setiembre 2008

La base antigua se encuentra mayormente expuesta porque el contratista removió la carpeta asfáltica fuera del cronograma actualizado (...)"

En ese sentido, se advierte que hubo un avance inusual de la remoción de la carpeta asfáltica en relación con el avance programado en el Calendario de Obra, lo que originó la controversia materia del presente arbitraje.

¿La remoción Carpeta Asfáltica en la obra Mantenimiento Periódico de la Carretera Ciudad de Dios – Cajamarca, Tramo I: Ciudad de Dios – Chilete fue indebida y desproporcional?

Al respecto debo indicar que, el artículo 1362° del Código Civil Peruano prescribe:

"Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse, según las reglas de la buena fe y común intención de las partes."

A su vez, el artículo 168° del acotado Código prevé que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe. Por lo tanto, se debe tener en cuenta cada estipulación pactada por ambas partes, máxime si tenemos en cuenta la particularidad de un contrato de obra bajo la modalidad de precios unitarios.

EL CONTRATISTA ha alegado en su defensa que la excesiva remoción de la carpeta asfáltica se ha debido básicamente a las deficiencias del Expediente Técnico, las cuales habrían sido resueltas por la Entidad luego de cuatro (4) meses, al aprobarse el presupuesto adicional N° 1. En ese sentido, se habría aprobado el Presupuesto Adicional de Obra N°01, por Mejoramiento de la Sub Rasante, mediante Resolución Directoral N° 2193-2008-MTC por S/.1'654,433.91 Nuevos Soles, así como el Presupuesto Adicional de Obra N°02 por Mayores Metrados de Reposición de Material de Base del Km. 12 al 30 y Km. 84 al Km. 90+760, mediante Resolución Directoral N° 2377-2008-MTC por S/.880,421.10 Nuevos Soles.

Asimismo, EL CONTRATISTA ha señalado que durante todo este tiempo no pudo paralizar la obra, en razón de que el Contrato les obligaba a llevar a cabo los trabajos; por lo tanto, procedió a realizar los frentes de trabajo que el expediente técnico le permitía, contando para ello con las autorizaciones de trabajo emitidas por la Supervisión de Obra, entre los meses de junio, julio y agosto de 2008.

En ese sentido, EL CONTRATISTA afirma que al haber contado con las referidas autorizaciones de trabajo, no podría imputársele ninguna responsabilidad, ya que eran trabajos que se debían efectuar, siendo por lo tanto, la Supervisión de la Obra, Consorcio Ciudad de Dios, la única responsable de los trabajos de remoción de la carpeta asfáltica efectuados.

En ese orden de ideas, EL CONTRATISTA ha afirmado que el Supervisor al representar a la Entidad durante de la ejecución de la obra, tiene *"la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista cumpla con la ejecución de la obra; por ende, la responsabilidad de los trabajos de manera recaen directamente en la Supervisión de Obra y no en nuestra representada."*

Al respecto, el artículo 48º, sobre Supervisión, del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, D.S. N° 083-2004-PCM (en adelante, la LCAE), establece que *"la Entidad supervisará directamente o a través de terceros todo el proceso de ejecución, para lo cual el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias. En virtud de ese derecho de supervisión, la Entidad tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas."*

Sobre el tema, LA ENTIDAD ha señalado que el Contratista ha pretendido inducir a error al Tribunal haciéndole creer que la excesiva remoción de la carpeta asfáltica se debió a las deficiencias del Expediente Técnico; indicando además, que en el supuesto que este expediente hubiese presentado alguna deficiencia, el Contratista no estaba obligado a ejecutar la obra. Sin embargo, de la revisión del Expediente Arbitral, NO SE OBSERVA DOCUMENTO ALGUNO POR PARTE DE LA SUPERVISIÓN, LA ENTIDAD O EL CONTRATISTA PARA NO PROSEGUIR CON LA EJECUCIÓN DE LA OBRA, POR ELLO, EXISTÍA VIGENTE LA OBLIGACIÓN DE QUE EL CONTRATISTA, DEBÍA SEGUIR CON LA EJECUCIÓN DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y LAS PARTIDAS QUE FUERAN POSIBLES DE CUMPLIR; por lo que, se observa que el Contratista procedió a llevar a cabo las actividades de la Partida 02. Movimiento de Tierras, en lo que se refiere a

los Ítems 02.01. Remoción de la Carpeta Asfáltica; así como, el Ítem 02.02 Corte Material en Berma.

Asimismo, LA ENTIDAD señala que si el Contratista tenía pleno conocimiento de la imposibilidad de ejecutar la partida Reposición de Material de Base Granular, no debió continuar con la ejecución de la partida Remoción de la Carpeta Asfáltica; sin embargo, tampoco dan cuenta de una paralización, ello en razón de que supuestamente existían frentes de trabajo y existía la obligación de ejecutar la obra.

En ese sentido, LA ENTIDAD manifiesta que el Contratista debió ejecutar la obra cumpliendo las normas técnicas, el Expediente Técnico, el Cronograma de Avance de Obra, respetando la secuencia constructiva; es decir, debió ajustarse a lo acordado en el Contrato, con lo cual se determina que existía la obligación de proseguir con la ejecución de los trabajos.

LA ENTIDAD, también ha indicado que la Supervisión no tiene la capacidad de autorizar ninguna modificación al Contrato, y por lo tanto, tampoco del Calendario de Obra, conforme a lo estipulado en el artículo 250º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, D.S. N° 084-2004-PCM (en adelante, el Reglamento), puesto que conforme con lo dispuesto en los Artículos 258º y 265º del Reglamento la Entidad es la única que puede aprobar modificación al contrato a través de Adicionales y en los casos que sean necesarios y una modificación al Calendarios, a través de las Ampliaciones de Plazo.

Efectivamente, de acuerdo al artículo 250º del Reglamento, sobre Funciones del inspector o supervisor:

"(...)

El inspector o el supervisor, según corresponda, tiene como función controlar la ejecución de la obra y absolver las consultas que le formule el contratista según lo previsto en el artículo siguiente. Está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de

materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas; y para disponer cualquier medida generada por una emergencia.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, su actuación debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo.

(...)" (Subrayado y resaltado nuestro).

Asimismo, lo estipula el Contrato de Supervisión de Obra N° 100-2008-MTC/20 en su Cláusula 8.9, la cual señala expresamente que **"El Supervisor, no está autorizado a aprobar la ejecución de obras adicionales ni modificar las condiciones contractuales del EL CONTRATISTA"** (Subrayado nuestro).

En ese orden de ideas, la Cláusula Séptima del Contrato de Ejecución de Obra N° 106-2008-MTC/20 que nos ocupa, sobre Supervisión de la Obra, en su numeral 7.2, estipula lo siguiente:

"EL CONTRATISTA no podrá ser exonerado por EL SUPERVISOR de ninguna de sus obligaciones contractuales y no ordenará ningún trabajo adicional que de alguna manera involucre ampliación de plazo o cualquier pago extra, a no ser que medie autorización escrita y previa de PROVIAS NACIONAL." (Subrayado y resaltado nuestro).

Por consiguiente, queda claro que el Supervisor de Obra no tiene autoridad para modificar los términos contractuales establecidos en el Contrato, ni puede exonerar al Contratista de sus obligaciones contractuales, siendo este último el único responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados, tal como lo precisa el artículo 51° de la LCAE, sobre la Responsabilidad del Contratista.

Sin embargo, QUEDA TAMBIÉN CLARO QUE EL SUPERVISOR DE OBRA ES QUIEN, EN REPRESENTACIÓN DE LA ENTIDAD, CONTROLA LOS TRABAJOS Y ES EL RESPONSABLE DIRECTA Y PERMANENTEMENTE POR LA CORRECTA EJECUCIÓN DE LA OBRA Y EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO; así como, del Expediente Técnico, tal como lo establece el primer párrafo del Artículo 250° del reglamento:

*"La Entidad controlará los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato.
(...)"*

Queda igualmente claro que las autorizaciones de trabajo alcanzadas por el Consorcio mediante su escrito N° 7 de fecha 8 de julio de 2011, son indicios que demuestran que efectivamente la Supervisión de la Obra tenía pleno conocimiento de los trabajos que venía ejecutando el Contratista y que en su momento al haber determinado las consecuencias que acarrearía que se levante la carpeta asfáltica, debió suspenderlo o poner en conocimiento de este hecho a la Entidad; sin embargo, efectuó una omisión ante este hecho.

En cuanto a las obligaciones contractuales del Consorcio, cabe señalar que el numeral 06.02 sobre la Organización de los Trabajos, del Ítem 06 sobre Desarrollo y Progresión de la Obra, de las Disposiciones Generales señaladas en las Especificaciones Técnicas, establece que el avance físico de la obra en el tiempo deberá ajustarse al programa de trabajo aprobado, de tal manera que permita el desarrollo armónico de las etapas siguientes que se ejecuten. Esto, no sólo por un tema de organización de los trabajos, sino también porque podrían ocasionarse inconvenientes a personas, daños en estructuras, servicios públicos, medio ambiente, etc.

Efectivamente, el referido numeral 06.02 señala en forma expresa lo siguiente:

"(...)"

Los trabajos se deberán ejecutar de manera que no causen molestias a personas, ni daños a estructuras, servicios públicos, cultivos y otras propiedades cuya destrucción o menoscabo no estén previstos en los planos, ni sean necesarios para la construcción de las obras. Igualmente, se minimizará, de acuerdo con las medidas de manejo ambiental y los requerimientos establecidos por las autoridades ambientales, las afectaciones sobre recursos naturales y la calidad ambiental del área de influencia de los trabajos.

(...)" (Subrayado nuestro)

En ese mismo orden de ideas, EL CONTRATISTA estaba en la obligación de efectuar el mantenimiento del tránsito de las vías y su seguridad; así lo estipula el numeral 01.03.01 de la Partida 01.03 sobre Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial de las Especificaciones Técnicas, el cual establece que el Contratista será el responsable de que el tránsito sea fluido y seguro en las zonas de trabajo durante todo el periodo de ejecución, tanto en la vía principal como en los desvíos y rutas alternas, debiendo mantenerlas en condiciones aceptables de transitabilidad y seguridad.

Sin embargo, en los hechos, de acuerdo al Asiento N° 184 del 22 de agosto del 2008, del Cuaderno de Obra, efectuado por la Supervisión, se deja constancia que: *"el contratista a la fecha ha removido 57.14% (de carpeta asfáltica), pero de acuerdo a su programación ha debido únicamente remover 12.5%, generando una mayor base expuesta que requiere el riego para mitigar el polvo producido por la circulación vehicular. Luego entonces es el responsable directo por no haber respetado su programación, por lo tanto, el costo que demanda la ejecución de dicho riego es de única responsabilidad del mismo, libre del daño que viene causando por la contaminación ambiental y las molestias causadas a los usuarios y habitantes colindantes a la vía".*

Así también lo confirma el Asiento N° 266 del 19 de setiembre de 2008, del Cuaderno de Obra, donde el Supervisor señala que: "la base antigua se encuentra mayormente expuesta porque el Contratista removió carpeta asfáltica en exceso, fuera del programa actualizado, a la fecha se ha removido 65.65%, cuando únicamente se tenía programado 37.4%..." (Subrayado nuestro).

Queda claro que el Supervisor reconoció mediante estos Asientos del Cuaderno de Obra, que el Contratista había removido la carpeta asfáltica, sin embargo, del Laudo Arbitral del 11.01.11, presentado por EL CONTRATISTA mediante su escrito de fecha 28.10.11, se aprecia que le han sido reconocidos al contratista mayores pagos para el control de emisión de polvos, lo que demostraría el uso de mayor cantidad de cisternas de riego para el control de este hecho, y que a la vez, evidenciaría que **EL CONTRATISTA evitó de esta manera una contaminación ambiental y molestias a los habitantes colindantes a la vía y a los usuarios de la misma,**

recurriendo al riego para disminuir el polvo producido por la circulación vehicular al estar una mayor base expuesta, lo que no fue reconocido por la Entidad en su momento, conforme se observa de dicho laudo.

Ahora bien, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, crear certeza en el que juzga o resuelve un conflicto, así como también fundamentar la decisión de éste último.

En el presente caso, los informes de parte emitidos por la Entidad no son suficientes para establecer que el avance inusual de la remoción de la carpeta asfáltica sea ilegal y desproporcionado, pues, no se puede perder de vista que EL CONTRATISTA efectuó los trabajos con la anuencia del Supervisor, quien representa a LA ENTIDAD en la obra.

En efecto, el Supervisor no ordenó en forma oportuna la paralización de dicha actividad, ya que la paralización efectuada a través de la Carta N° 141-2008-SUP.TI.CD-CH/J del 17 de setiembre de 2008 fue tardía, puesto que durante los meses de junio y julio del año 2008 es cuando el Contratista realizó las mayores remociones de carpeta asfáltica.

La desproporción debe objetivarse en daño, y no ha quedado acreditado que EL CONTRATISTA, ha realizado alguna actividad que se le haya prohibido expresamente; la desproporción no sólo debe ser alegada sino que debe ser probada, siendo idóneo para ello documentación que acredite el supuesto daño, esto es, todos los comprobantes de pago que evidencien que la Entidad ha tenido que desembolsar dinero de su esfera patrimonial para afrontar la situación de vulneración o daño, lo cual no ha ocurrido en el presente caso.

Por lo tanto, debe declararse INFUNDADA la pretensión planteada en la demanda.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Como consecuencia de lo indicado en el párrafo precedente, determinar si corresponde o no ordenar a Consorcio Vial Chilete para que pague a favor de PROVIAS NACIONAL el importe de S/. 1'876,439.67 nuevos soles como indemnización por concepto de daño emergente.

Que, respecto de este punto, debemos tener en cuenta que lo peticionado por la parte demandante es que este Tribunal reconozca a favor de la Entidad la pérdida de recursos; es decir, el empobrecimiento del erario a través de un daño material. En el presente caso, solicita el reconocimiento de la suma de S/.1'876,439.67, en razón de que la obra se habría ejecutado sin considerar el Calendario de Avance de Obra; así como, lo señalado en el numeral 06.02 Organización de los trabajos del Ítem 06. "Desarrollo y Progresión de la Obra de las Disposiciones Generales", señaladas en las Especificaciones Técnicas, generando que la Entidad incurra en el gasto de S/.1'876,439.67 desembolso adicional en la obra: "Mantenimiento Periódico de la Carretera Ciudad de Dios — Cajamarca, Tramo I: Ciudad de Dios — Chilete, lo que constituye la Relación de Causalidad; y, que el monto del daño ocasionado corresponde al abonado por la Entidad, a fin enmendar el perjuicio ocasionado por el incumplimiento contractual del Contratista.

Que, conforme los hechos descritos en las consideraciones de la pretensión anterior, se ha determinado que la remoción de la Carpeta Asfáltica en la obra Mantenimiento Periódico de la Carretera Ciudad de Dios – Cajamarca, Tramo I: Ciudad de Dios – Chilete, no fue indebida ni desproporcional, contando con la autorización de la Supervisión.

Los extremos que comprende la indemnización dentro del daño emergente es que es un daño positivo consistente en la disminución del Patrimonio ya existente del acreedor, debiendo ser susceptible de probanza.

En efecto, quien se siente perjudicado por el incumplimiento, debe probar que efectivamente ha sufrido o está sufriendo daños y perjuicios que le afectan económicamente; para ello, según doctrina imperante, debe cumplir los siguientes requisitos: a) Imputabilidad, b) Daños, c) Antijuricidad, d) Factores de atribución y e) Relación de causalidad.

a) Imputabilidad

Este elemento de la responsabilidad civil es entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse civilmente responsable por los daños que ocasiona.

En el presente proceso, el Consorcio Vial Chilete siendo un ente colectivo conformado por sujetos que gozan de capacidad jurídica, es pasible de responder por los daños que pudiere ocasionar, en ese sentido se cumpliría con el primer requisito de responsabilidad civil.

b) Daño

El daño entendido como el detrimento o menoscabo a un interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico, es un elemento imprescindible de la responsabilidad, de no existir daño no podrá existir responsabilidad. En ese sentido, se exige lo siguiente:

- Certeza del daño, es decir que el daño sea cierto, que quien lo invoca lo acredite.
- Afectación personal del daño, lo cual implica que aquél que lo solicite lo haya sufrido.
- Subsistencia del daño, que no haya sido indemnizado con anterioridad.

Al respecto, en este proceso, PROVIAS NACIONAL aduce que el daño subsiste dada la pérdida de recursos, es decir, el empobrecimiento del erario causado por parte del Contratista. No obstante, como se ha reiterado, la remoción de la Carpeta Asfáltica en la obra Mantenimiento Periódico de la Carretera Ciudad de Dios – Cajamarca, Tramo I: Ciudad de Dios – Chilete, no fue indebida ni desproporcional, siendo que el Contratista contaba con la autorización de la Supervisión. En consecuencia, la Entidad no habría sufrido daño por el actuar del Contratista.

A mayor abundamiento, las pruebas presentadas por la Entidad, los Informes N°090 y 094-2009-MTC/20.7.JZA/ABH/GMM de la Unidad Gerencial de Conservación y el Informe N°064-2009-MTC/20.03. ERV.EFO de la Unidad Gerencial de Asesoría Legal, han sido

emitidas por órganos de la misma Entidad, no generando convicción en este Tribunal sobre la existencia de un daño imputable al Contratista.

Teniendo en cuenta que no se cumple con el requisito principal para imputar al Contratista responsabilidad civil, esto es EL DAÑO, ya que no se ha presentado documentación idónea para acreditar que ha salido de la esfera patrimonial de LA ENTIDAD, el dinero que solicita y en el monto que lo solicita; y verificándose además, la existencia de FRACTURA CAUSAL, en razón que el presunto daño alegado por LA ENTIDAD obedece a la presunta culpa o dolo del Supervisor, no habiendo acreditado la Entidad que EL CONTRATISTA haya actuado de manera negligente o de mala fe, y le sea atribuible el supuesto daño.

Por lo tanto, de la apreciación conjunta y razonada de los medios probatorios admitidos a trámite, se advierte que no se ha cumplido con uno de los presupuestos más importantes de la responsabilidad, por lo que debe declararse INFUNDADA la segunda pretensión planteada en la demanda, además de no corresponder a favor de la Entidad interés devengado alguno.

DE LAS PRETENSIONES COMUNES A LAS PARTES

Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir las costas y costos que genera la tramitación del presente proceso arbitral.

Con relación a las costas y costos, el artículo 56º del Decreto Legislativo N° 1071, establece que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73º del referido cuerpo legal.

Que, de acuerdo al numeral 1) del artículo 73º del D.L. N° 1071, sobre Asunción o distribución de costos, *"el tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso."*

Que, teniendo en cuenta la Ley, los alegatos formulados por escrito, así como los fundamentado tanto en las audiencias convocadas, las pruebas ofrecidas y las respectivas exposiciones, se determina que ambas partes han actuado basadas en la existencia de razones para litigar que resultan atendibles; por consiguiente, se considera que no corresponde condenar a ninguna de las partes al pago exclusivo de las costas y costos del proceso arbitral.

Que, por consiguiente, con relación a las costas y costos, el Tribunal Arbitral resuelve que los gastos arbitrales deberán ser asumidos por cada una de las partes en la proporción que les corresponde.

Sin embargo, de una revisión del expediente, se advierte que mediante Resolución N° 1 de fecha 18 de mayo de 2010, el Tribunal Arbitral concedió a las partes un plazo adicional de diez (10) días hábiles contado a partir del vencimiento del término original, para que cumplan con el pago de los gastos arbitrales fijados en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

Al respecto, mediante escrito de fecha 19 de mayo de 2010, el Consorcio Vial Chilete procedió con la devolución de los recibos por honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral y del Secretario ad hoc, solicitando que se le faculte a la Entidad para que efectúe el pago de los gastos arbitrales a su cargo.

Asimismo, mediante escritos de fechas 28 de mayo y 1 de junio de 2010, la Entidad informó al Tribunal Arbitral respecto del pago de los gastos arbitrales a su cargo fijados en el Acta de Instalación; por lo que, mediante Resolución N° 3 de fecha 4 de junio de 2010, el Tribunal Arbitral facultó a la Entidad para que cumpla con efectuar el pago de los gastos arbitrales a cargo del Consorcio Vial Chilete.

En ese sentido, mediante Resolución N° 7 de fecha 12 de julio de 2010, el Tribunal Arbitral verificó el pago por subrogación de los gastos arbitrales por parte de la Entidad.

Que, por lo expuesto anteriormente y de conformidad con el tercer párrafo del numeral 43) del Acta de Instalación, corresponde ordenar al Consorcio Vial Chilete, en vía de ejecución de laudo, efectúe el reembolso del pago de los gastos arbitrales y los intereses legales respectivos, en lo que les corresponde, asumidos por la Entidad por subrogación.

LAUDA

En consecuencia, estando a las consideraciones anteriormente expuestas, estimo que **SE DEBE DECLARAR:**

PRIMERO: Declarar **INFUNDADO** el Primer Punto Controvertido de la demanda presentada por LA ENTIDAD.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADO** el Segundo Punto Controvertido de la demanda presentada por LA ENTIDAD.

TERCERO: PRECÍSESE que, los gastos que demande la realización del presente arbitraje, deberán ser asumidos proporcionalmente por ambas partes.

CUARTO: ORDÉNESE al CONSORCIO VIAL CHILETE, en vía de ejecución de laudo, efectuar el reembolso del pago de los gastos arbitrales que les correspondía inicialmente y que fueran asumidos en su totalidad por la Entidad mediante subrogación, más los respectivos intereses legales. **Notifíquese a las partes.-**


LUIS FELIPE PARDO NARVAEZ
Árbitro


CHRISTIAN VIRÚ RODRÍGUEZ
Secretario Arbitral

18