

CONTROVERSIA ENTRE PROVIAS DESCENTRALIZADO- MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES Y CONSORCIO VIAL DEL SUR I.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Lima, 19 de marzo de 2012

Dictado por los Señores árbitros:

Dr. Rolando Eyzaguirre Maccan, Presidente del Tribunal Arbitral.

Ing. María Jesús Bustos de La Cruz.

Dr. Weyden García Rojas.

Dr. Jorge Hidalgo Solórzano, Secretario del Tribunal Arbitral.

I. PARTES:

DEMANDANTE : PROVIAS DESCENTRALIZADO- MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES en adelante LA ENTIDAD.

DEMANDADO : CONSORCIO VIAL DEL SUR I en adelante El Contratista.

II. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 13 de diciembre de 2010, se instaló el Tribunal Arbitral designado para resolver la controversia, entre PROVIAS DESCENTRALIZADO- MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES (en adelante la entidad) y el CONSORCIO VIAL DEL

SUR I (en adelante EL CONTRATISTA), con la asistencia de los representante de la entidad, no concurriendo los representantes de El Contratista a pesar de haber sido correctamente notificados. En el acta de instalación de otorgó a la entidad el plazo de 15 días útiles para que presentara su demanda.

2. El acta de instalación fue notificada a El Contratista el 17 de diciembre de 2010, no interponiendo contra ella ninguno de los recursos impugnatorios establecidos, ni realizó observaciones a las reglas establecidas en el acta.

3. Mediante escrito presentado el 6 de enero de 2010, la entidad presentó su demanda, no cumpliendo con el pago de los honorarios, por lo que mediante Resolución N° 1, se le otorgó el plazo adicional de 5 días útiles para el pago de los honorarios.

4. Con fecha 16 de febrero de 2011, verificándose el pago de los honorarios por parte de la entidad, se tuvo por presentada la demanda y se concedió el plazo de tres días útiles para que la entidad subsane incongruencias detectadas por el Tribunal Arbitral, corriéndose traslado de la demanda por el plazo de 15 días útiles y se solicitó a El Contratista, proporcionara su razón social y el número de su registro único de contribuyente.

5. Dentro del plazo establecido la entidad, subsanó las observaciones, no cumpliendo EL CONTRATISTA con el requerimiento del Tribunal Arbitral, conforme a lo establecido en la Resolución N° 3, de fecha 2 de marzo de 2011.

6. Con fecha 16 de marzo de 2011, dentro del plazo establecido dedujo la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado y contestó la demanda, apersonándose como el Consorcio Vial del Sur I, conformado por las empresas COBERT CONTRATISTAS

GENERALES S.A.C. y PORFISA CONTRATISTAS GENERALES S.A.C., señalando el número de su Registro Único de Contribuyente.

7. Mediante Resolución N° 4, de fecha 22 de marzo de 2011, no habiendo EL CONTRATISTA cumplido con el pago de los honorarios, se le concedió el plazo adicional de 5 días útiles adicionales y se facultó a la entidad para que se subrogue en el pago de los honorarios.

8. Mediante Resolución N° 5, de fecha 12 de abril de 2011, no habiéndose verificado el pago de los honorarios por parte de EL CONTRATISTA y no habiendo la entidad pronunciado sobre la subrogación en el pago de los honorarios, se procedió a la suspensión del proceso.

9. Mediante Resolución N° 6, del 4 de mayo de 2011, la entidad informa al Tribunal Arbitral, su disposición de hacerse cargo del pago de los honorarios, por lo que se les remitió los recibos correspondientes, continuándose con la suspensión del proceso.

10. Con fecha 25 de mayo de 2011, se verificó el pago de los honorarios realizados por la entidad, por lo que mediante Resolución N° 7, 25 de mayo de 2011, se levantó la suspensión y se corrió traslado de la excepción a la entidad.

11. Con fecha 3 de junio de 2011, dentro del plazo establecido, la entidad absolvió el traslado de la excepción y mediante Resolución N° 8, de fecha 16 de junio de 2011, se citó a las partes a la audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, para el 28 de junio de 2011, a las 4.00 de la tarde.

12. En la fecha señalada se llevó a cabo la audiencia mencionada, con la asistencia de los representantes de las partes, no llegándose a ningún acuerdo conciliatorio,

declarándose saneado el proceso y se establecieron los siguientes puntos controvertidos:

1. En caso que la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado presentado por el Consorcio Vial Sur I, sea declarada infundada, el Tribunal Arbitral determinará:

1.1. Si corresponde o no se declare la nulidad y/o se deje sin efecto la Resolución del Contrato N° 351-2008-MTC/21 para ejecutar los trabajos necesarios para la obra Rehabilitación del Camino Vecinal Conchudos-Mayas, comunicada por el Consorcio Vial Sur I, mediante Carta Notarial N° 002-VJR-2009 de fecha 6 de julio de 2009.

1.2. Si corresponde o no que se declare la validez y eficacia de la Resolución Directoral N° 1694-2009-MTC/21 de fecha 15 de setiembre de 2009 a través de la cual la Entidad decidió resolver el contrato N° 351-2008-MTC/21 por causas imputables al Contratista.

1.3. Determinar si corresponde establecer la condena de costos y costas del proceso y en su caso señalar a quien corresponde el pago de los mismos.

13. Asimismo, en la citada audiencia el Tribunal Arbitral, procedió a admitir los medios probatorios presentados por las partes, y se les citó a una Audiencia Especial con la finalidad de que expongan los aspectos técnicos de sus pretensiones, señalándose como fecha para la diligencia el 19 de julio de 2011.

14. En la fecha señalada, se llevó a cabo la audiencia mencionada, con la asistencia de las partes y se concedió a las partes el plazo de 10 días útiles para que presentaran la documentación adicional que consideren conveniente.

15. Con fecha 2 de agosto de 2011, la entidad dentro del plazo establecido, presentó la documentación adicional y con fecha 4 de agosto de 2011, igualmente dentro del plazo establecido EL CONTRATISTA, presentó la documentación adicional que consideró pertinente. Asimismo, la entidad con fecha 5 de agosto de 2011, presentó nueva

documentación para un mejor resolver. Mediante Resolución N° 9, de fecha 31 de agosto de 2011, se corrió traslado de los documentos presentados a las partes por el plazo de 5 días útiles.

16. Dentro del plazo establecido, EL CONTRATISTA, solicitó la corrección de la Resolución N° 9, en la parte en que se indicaba que había presentado sus documentos de forma extemporánea y presentaba oposición al escrito presentado por la entidad el 2 de agosto de 2011 y 5 de agosto de 2011. La entidad, solicitó se le concediera un plazo adicional de 5 días útiles, lo que fue concedido mediante Resolución N° 10, de fecha 18 de octubre de 2011.

17. Mediante Resolución N° 11, de fecha 18 de octubre de 2011, se corrigió el error establecido en la Resolución N° 9 y se corrió traslado de la oposición a la entidad por el plazo de 5 días útiles, la que fue absuelto por la entidad con fecha 27 de octubre de 2011, dentro del plazo establecido.

18. Mediante Resolución N° 12, de fecha 29 de noviembre de 2011, se resolvió la oposición presentada por EL CONTRATISTA, declarándose infundada la oposición y se admitieron los documentos presentados por las partes, declarándose cerrada la etapa probatoria y se concedió a las partes el plazo de 5 días útiles para que presentaran sus alegatos por escrito.

19. Las partes dentro del plazo establecido, cumplieron con presentar sus alegatos, citándose a las partes a una audiencia de informes orales para el 28 de diciembre de 2011.

En la fecha señalada se llevó a cabo la audiencia de informes orales, con la asistencia de los representantes de las partes, concluida la misma, se informó a las partes que el laudo sería emitido dentro del plazo de 30 días útiles contados a partir del día siguiente

de realizada la mencionada audiencia, pudiendo ser prorrogado por 30 días útiles adicionales.

20. El plazo establecido en el acta de la audiencia de informes orales, vencía el 9 de febrero de 2012, plazo que fue ampliado mediante Resolución N° 15, emitido el 2 de febrero de 2012 y notificada a la entidad el 6 de febrero de 2012 y a EL CONTRATISTA el 4 de febrero de 2012. Conforme a ello el plazo para laudar vencería el 20 de marzo de 2011, por lo que el laudo se está emitiendo dentro del plazo establecido.

III. RESUMEN DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES

a) De la parte demandante.

- **Fundamento de la contestación de la demanda.**

La entidad presenta su demanda, señalando las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal.- Se declare la nulidad y/o se deje sin efecto la resolución del Contrato N° 351-2008-MTC/21 para ejecutar los trabajos necesarios para la obra Rehabilitación del Camino Vecinal Conchucos -Mayas, comunicada por Consorcio Vial del Sur I a través de Carta Notarial N° 002-VJR-2009 de fecha 6 de julio de 2009.

Segunda Pretensión Principal.- Se declare la validez y eficacia de la Resolución Directoral N° 1694-2009-MTC/21 de fecha 15 de setiembre de 2009 a través de la cual la Entidad decidió resolver el Contrato N° 351-2008-MTC/21 por causas imputables al Contratista.

Tercera Pretensión Principal.- Se condene a la demandada Consorcio Vial del Sur I al pago de costos y gastos del arbitraje.

EN RELACION A LA RESOLUCION DEL CONTRATO COMUNICADA POR EL CONTRATISTA

1. La entidad señala que con fecha 16 de julio de 2008 se celebró el Contrato N° 351-2008 MTC/20 para la ejecución de la Obra de Rehabilitación Conchucos -Mayas, el plazo de ejecución era de 150 días calendario. La fecha de entrega de terreno fue el 31 de julio de 2008, iniciándose el plazo contractual el 01 de agosto de 2008, con lo que el plazo contractual terminaba el 28 de diciembre de 2008 y considerando las ampliaciones de plazo otorgadas y la paralización, dicho plazo venció el 22 de marzo de 2009.

2. Las Ampliaciones de Plazo y paralización relacionadas al presente Contrato son las siguientes:

- Ampliación de plazo N° 01, declarado Improcedente mediante RD N° 2314-2008-MTC/21.
- Ampliación de plazo N° 02, declarado improcedente mediante RD. N° 2486-2008-MTC/21.
- Ampliación de plazo N° 03 MTC/21, aprobado 13 días, RD. N° 013-2009-MTC/21 Ampliación de plazo N° 04 MTC/21, aprobado 08 días, RD. N° 096-2009-MTC/21. Ampliación de plazo N° 05 MTC/21, aprobados 09 días, RD. N° 177-2009-MTC/21.
- Ampliación de plazo N° 06 2009-MTC/21, declarado improcedente mediante RD. N° 531-2009-MTC/21.
- Nueva fecha de término: 27/01/2009
- Fechas de paralización N° 01 25/02/2009, 15/03/2009 y DEL 21/01/2009 AL Del 26/02/2009, un total de 4 días calendarios.
- Día real de reinicio de obra, 16/03/2009 y la nueva fecha de termino real de obra 22/03/2009.

2. Con fecha 11 de Setiembre del 2009, EL CONTRATISTA, presenta la Carta N° 040-2009/RL, mediante la cual manifiesta que la Entidad ha incumplido con los consignado en sus Cartas Notariales N° CO-026-2009 de fecha 01/04/2009 y CO-027-2009-CVS1/RL de fecha 17/04/2009, lo que determina que adopte la decisión de dar por resuelto de pleno derecho el Contrato de Obra.

3. Mediante Informe N° 009-2009-JABG/SUPERVISION de fecha 13 de abril de 2009 del Supervisor de la Obra, se da respuesta a la Carta Notarial antes mencionada, mediante el cual se informa de la siguientes partidas pendientes de ejecución i) Enterrado de 14 alcantarillas TMC, ii) construcción de 49 cabezales de alcantarillas, iii) Construcción de 02 badenes, iv) Culminación de 12 muros de contención de talud y plataforma, v) Construcción de 22 pases de agua de tubería PVC de 12" con cabezales de concreto, vi) Limpieza general de las cunetas de drenaje, vii) Colocación de los hitos kilométricos, viii) Colocación de las señales informativas y preventivas, ix) Enterrado de las tuberías y cabezales de 11 sub drenes filtrantes, x) Voladura de zonas puntuales de roca, xi) Construcción del cartel de obra, xii) Colocación de material de afirmado en las progresivas 25+000 hasta la 27+000 y desde la 28+000 hasta la 33+815, xiii) Ejecución de la totalidad de las partidas ambientales, xiv) plataforma requiere un reconformado, limpieza de material bastardo y corrección de tramos observados anteriormente como consecuencia del deterioro por lluvias y derrumbes y falta de mantenimiento de las partidas ejecutadas.

4. La entidad señala que la Comisión designada para efectuar la Constatación Física de la Obra, dispuesta por la Resolución Directoral N° 1694-2009-MTC/21 de fecha 15 de setiembre de 2009, verificó las partidas faltantes mencionadas, con lo que el impedimento alegado por el Contratista mediante Carta Notarial N° 026-2009-CVS/RL, no es tal, pues era el Contratista quien venía incumpliendo sus obligaciones contractuales, que generaron que la Entidad mediante Resolución Directoral N° 1694

-2009-MTC de fecha 15 de setiembre de 2009 resolviera el contrato materia del presente arbitraje.

5. En relación al problema que expresa EL CONTRATISTA, mediante Carta N° 026-2009-CVS/RL y que tienen relación con lo registrado en el Asiento N° 182 de fecha 21 de enero de 2009, respecto a los primeros 500 metros de la carretera los cuales pasan por lecho de río, señalan que con fecha 31 de julio de 2008, se realizó la entrega del terreno, por lo que después de seis meses EL CONTRATISTA informa el problema que se suscitaban en los primeros 500 metros. Si dicha situación le generaba retraso y no estaba amparada en el Expediente Técnico debió solicitar una ampliación de plazo o adicional que superase dicho inconveniente, más no era causal para la resolución del contrato.

6. En relación a la ausencia injustificada del Supervisor de Obra, Ing. Blanco González, señalan que mediante Carta N° 008-2009-JABG/SUPERVISIÓN de fecha 27 de marzo, fue el Supervisor quién informó al Consorcio demandado, que a dicha fecha el Cuaderno de Obra no se encontraba en la misma, y que el Residente de Obra no estaba presente en la Obra, perjudicado sus funciones al no poder realizar anotaciones en los asientos, hecho que también es informado por la Municipalidad Distrital de Conchucos, mediante Oficio N° 157-2009-MDC de fecha 13 de julio de 2009, donde señala que el Supervisor siempre ha permanecido en obra, no siendo el caso del Residente de Obra no se encontraba presente pues trabajaba de manera paralela en otro proyecto.

7. El supervisor no ha tenido acceso al cuaderno de obras ni ha podido asentar desde la fecha 21/01/2009, pues el asiento N° 180 solo hay anotaciones del contratista y además esto se ha tenido una paralización de obra del 21/01/ 2009 al 15/03/2009.

8. La entidad señala que si bien mediante Resolución Directoral N° 1041-2009-MTC/21 de fecha 16 de junio de 2009 se resolvió el contrato con el Supervisor de Obra, dicha

decisión no estuvo basada en ninguna de las afirmaciones del Contratista, sino en el hecho de haber tramitado como ejecutados la partida 04.03 Muros de Contención, en la valorizaciones N° 04 y N°05 de Obra y pagadas al contratista en base a la información del supervisor, no habiéndose culminado con la ejecución de 12 muros, con lo cual el supervisor ha dado información falsa a la Entidad.

9. La entidad solicita se declare se declare inválida e ineficaz la resolución de contrato efectuada por EL CONTRATISTA.

RESPECTO A LOS INCUMPLIMIENTOS INCURRIDO POR EL CONTRATISTA

1. La entidad señala que de conformidad con el artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuando “Paraliza o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para ello”.

2. La entidad señala que EL CONTRATISTA ha incurrido en las causales de resolución antes mencionada, pues mediante Oficio N° 2534-2009-MTC/21 enviado notarialmente con fecha 13/08/2009 se le requirió cumpla con sus obligaciones contractuales, sin embargo, dicha comunicación no recibió respuesta por parte de EL CONTRATISTA, lo que generó que la Entidad procediese a la resolución del Contrato por causas imputables al Contratista.

3. Los incumplimientos alegados se encuentran sustentados en los siguientes documentos: Informes N° 09-2009-JABG/SUPERVISIÓN, del 13 de abril de 2009, 010-009-JABG/SUPERVISIÓN del 17 de abril 2009 y 011-2009-JABG/SUPERVISIÓN del 17 de abril 2009 de la Supervisión Externa, Memorándums N° 390-2009-MTC/21.ANC, del 20 de abril de 2009, 394-2009-MTC/21.ANC del 20 de abril de 09, 412-2009-MTC/21.ANC, del 23 de abril de 09, 747-2009-MTC/21.ANC del 20 de julio de 2009 de la Oficina de Coordinación Zonal Ancash-Provías Descentralizado e Informe N° 173-2009-

MTC/21.UGTR/ZCZ del 14 de setiembre 2009 de la Especialista en Administración de Contratos de esta Unidad Gerencial y Memorándum N° 3418-2009-MTC/21.UGTR del 14 de setiembre 2009.

4. La entidad señala que la Obra no ha sido concluida, habiendo vencido el plazo contractual el 22 de marzo de 2009, lo cual genera se encuentre incurso en lo establecido en la Cláusula 33.1.1 del Contrato, que constituye causal de resolución de contrato, por la demora injustificada en el avance de obra, así como en el plazo de la ejecución de la misma.

5. El Contratista ha alcanzado el monto de la máxima penalidad de 10 % del monto del contrato, establecida en la Cláusula 33.2, Contrato de Obra, el equipo ofertado de acuerdo al calendario de movilización y utilización de equipo, no se encuentra en obra, por lo que esta incurso en la causal de resolución establecida en la Cláusula 33.1.4, Contrato de Obra; el Residente no se encuentra en Obra y el Cuaderno de Obra ha sido retirado, habiéndose incumplido con las obligaciones contractuales, demostrando incapacidad técnica y financiera, incurso en la causa de resolución establecida en la Cláusula 33.1.3, Contrato de Obra.

6. La Entidad señala que mediante Oficio N° 2534-2009-MTC de fecha **12** de agosto de 2009, se requirió al Contratista cumpla con cada uno de las observaciones, no recibiendo respuesta.

b) DE LA PARTE DEMANDADA.

1. EL CONTRATISTA deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar de su parte y contesta la demanda.

b.1. Excepción de falta de legitimidad para obrar.

EL CONTRATISTA deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, señalando que la demanda ha sido planteada contra CONSORCIO VIAL DEL SUR I, sin considerarse que un Consorcio no tiene personería jurídica, por lo que la demanda debió haber sido dirigida contra cada uno de los integrantes del Consorcio, esto es la empresa COBERT CONTRATISTAS GENERALES S.A.C y la empresa PORFISA CONTRATISTAS GENERALES S.A.C.

b.2. Contestación de la demanda.

1. EL CONTRATISTA señala que mediante Resolución Directoral No 1694-2009-MTC/21 de fecha 15 de setiembre de 2009, la entidad resolvió el Contrato N° 351-2008-MTC/21, de fecha 03 de abril de 2009, alegando el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

2. Señala EL CONTRATISTA, que la supervisión ha incumplido en forma sistemática sus funciones, señalando varios ejemplos de dicho incumplimiento y que estuvo ausente desde el 01 de diciembre al 19 de marzo del 2009.

3. En relación a los primeros 500 metros de la carretera, señala que solicitaron se diera solución al problema suscitado, debido a que dicho tramos pasaba por el medio del lecho del río, petición que no tuvo respuesta por parte de la supervisión, en el plazo correspondiente, por lo que se genera la ampliación de plazo correspondiente con el consiguiente pago de mayores gastos generales.

4. El supervisor de la obra, no cumplió con disponer y poner en obra los equipos ofertados en su propuesta, como son la camioneta ofertada, equipo de suelos y del control topográfico, tramitando valorizaciones de obra de modo irregular.

5. EL CONTRATISTA señala que su representante firmó un acta amenazado por el alcalde y los pobladores, por lo que no tiene efecto legal alguno.

6. Según constancia emitida por el Gobernador del distrito de Conchucos, Provincia de Pallasca, Región Ancash, de fecha 20 de marzo de 2009, se constató que el Ing. Julio Antonio Blanco Gonzales, entre los periodos del 01 de diciembre al 31 de 2008, 01 al 31 de enero y del 15 al 19 de marzo de 2009, no ha permanecido en el Distrito de Conchucos ni en la obra que se viene ejecutando.

6. Con relación al incumplimiento contractual de la Entidad, señalan que en el Cuaderno de Obra, Asiento N° 117 del Contratista de fecha 22 de noviembre de 2008 se le comunica al Supervisor que existen problemas con la Comunidad de Conchucos, dado que sus pobladores solicitan que se les pague por la extracción del material de las canteras de afirmado y agregado; por lo que se le solicitó que realice las coordinaciones pertinentes a fin que se permita la fluidez de los trabajos; recibiendo como respuesta que sea su parte la que busque conciliar con los pobladores.

7. En relación al problema de los primeros 500 metros de la ejecución de la obra materia del presente arbitraje en el Cuaderno de Obra Asiento N° 182 del 21 de enero de 2009, señala que se puso en conocimiento de la Supervisión que la ejecución del tramo del Km 0 +000 al Km 0+0500 que fue concluido oportunamente, se ha visto perjudicado por las constantes crecidas y Huaycos del Rio Llanacocha por lo que se sugirió considerar dicho tramo con un tratamiento especial, es decir realizar un levantamiento de 200 m aproximadamente de la rasante con la ejecución complementaria de obras de protección. Asimismo, se dejó constancia que no hay disponibilidad de material de agregado.

8. EL CONTRATISTA señala, que la Oficina de coordinación Ancash de la entidad, el 05 de enero de 2009, se constató que existen fuertes precipitaciones pluviales que afectan

el desarrollo normal de los trabajos de la obra obligando a paralizar las maquinarias y personal contratado, y se ha afectado al material de afirmado esparcido, a la plataforma de la carretera trabajada hasta el kilómetro 28+000, todo esto por los derrumbes ocasionados por las fuertes lluvias en la zona desde el 12, 15, 18 hasta el 22 de diciembre de 2008.

9. Mediante constancia emitida por el juez de paz de segunda nominación, se constató que existen fuertes precipitaciones pluviales que ocasionan derrumbes y Huaycos en la carretera desde el día 02 de enero de 2009 hasta la fecha de emisión de la constancia, que afectan al desarrollo normal de los trabajos de la obra, así como la viabilidad de los equipos de la empresa, haciéndose en necesidad de paralizar las maquinarias y personal contratado. Asimismo el mencionado juez, constató que los días 13, 14 y 15 de octubre del 2008, han existido fuertes precipitaciones pluviales en la zona de la provincia de Pallasca, ocasionando derrumbes y huaycos en toda la carretera, lo mismo que ha sido afectado en la ejecución de la obra.

10. Mediante constancia emitida por el Juez de Paz de Segunda Nominación, de fecha 22 de diciembre de 2008, se constató que existen fuertes precipitaciones pluviales que afectan al desarrollo normal de los trabajos de la obra, haciéndose en necesidad de paralizar las maquinarias y personal contratado, constatándose además que se ha afectado al material de afirmado esparcido, a la plataforma de la carretera trabajada hasta el kilómetro 28+000, todo esto por los derrumbes ocasionados por las fuertes lluvias en la zona desde el 12, 15, 18 hasta la fecha de emisión de la constancia.

11. Mediante constancia emitida por el Juez de Paz de Segunda Nominación, Primer Accesitario del Distrito de Conchucos, Provincia de Pallasca, Departamento de Ancash, de fecha 10 de enero de 2009, se constató que existen las fuertes precipitaciones pluviales que ocasionan derrumbes y huaycos en la carretera desde el día 02 de enero de 2009 hasta la fecha de emisión de la constancia, que afectan el desarrollo normal de

los trabajos de la obra, así como la viabilidad de los equipos de la empresa, haciéndose en necesidad de paralizar las maquinarias y personal contratado.

12. EL CONTRATISTA, considera que en atención a los hechos expuestos se acredita, que han actuado de manera diligente durante la ejecución del contrato, advirtiendo en todo momento al Supervisor de los inconvenientes en la ejecución de dicha obra, sin embargo ante la ausencia del mismo y su inconducta e incumplimiento en levantar las observaciones por parte de la entidad, debe declararse nula y dejarse sin efecto la Resolución Directoral N° 1694-2009-MTC/21 y, se declare la validez y eficacia de la resolución de contrato comunicada por su parte.

13. EL CONTRATISTA señala que es quien debe cumplir con cancelar el total de los gastos arbitrales.

c) ABSOLUCION DE LA EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DEL DEMANDADO.

1. La entidad rechaza la excepción deducida por EL CONTRATISTA, señalando que el contrato de ejecución de obra N° 351-2008-MTC/21, fue suscrito por el Consorcio conformado por las empresas Cobert Contratistas Generales S.A.C. y Porfisa Contratistas Generales S.A.C., que ha actuado como tal en la ejecución del contrato e inclusive solicitó el arbitraje como consorcio, conforme se desprende de la carta N° 041-2009/RL.

IV) CONSIDERANDOS:

A continuación corresponde emitir el pronunciamiento del Tribunal respecto a las pretensiones de las partes, evaluando cada uno de los puntos controvertidos fijados en la Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos.

V) DECLARACIÓN PREVIA

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que este Proceso Arbitral se constituyó de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación, (ii) que en momento alguno se recusó a los miembros del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Arbitraje; (iii) que la entidad presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos; (iv) que EL CONTRATISTA fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; y, (vi) que, este Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal emite el Laudo correspondiente conforme a los siguientes términos:

VI) ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en el presente caso la cuestión sometida a arbitraje y que debe resolverse mediante el presente laudo está determinada en los puntos controvertidos fijados por el Tribunal, en base a las pretensiones promovidas por la partes y aceptados por éstas conforme consta en dicha acta.

El Tribunal para resolver los puntos controvertidos, podrá modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. El Tribunal declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o el valor probatorio asignado.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DEL DEMANDADO PRESENTADO POR EL CONTRATISTA.

1. EL CONTRATISTA, señala que la demanda, debió ser dirigida a cada una de las empresas que conforman el consorcio, toda vez que esta no tiene personería jurídica, razón por la cual no tienen legitimidad para obrar.

2. En toda controversia, debe individualizarse a las partes, a efectos para que debatan la cuestión litigiosa aquellas personas idóneas o habilitadas por la Ley para hacerlo, es decir que las partes tengan legitimidad para obrar.

3. En ese sentido, la legitimidad para obrar, llamada también legitimidad sustantiva o ***“legitimatio ad causam”***, supone la correcta adecuación que debe existir entre la demandante y del demandado en el proceso. Sobre esto, señala **Devis Echeandia**¹ ***“... En los procesos contenciosos, la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o de mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado en ser la persona***

¹ **DEVIS ECHANDIA, Hernando.** En: "Teoría General del Proceso". Tomo I, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 297.

que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante".

4. De igual manera, **Monroy Gálvez²** afirma que ***"... en un proceso hay legitimidad para obrar cuando las partes materiales, es decir, las conformantes de una relación jurídica sustantiva, son también las partes en la relación jurídica procesal"***.

5. En ese sentido, la legitimidad para obrar implica que el proceso se lleva a cabo entre los mismos sujetos que integran la relación jurídica material. Si el o los titulares en la relación jurídica sustantiva no son los mismos en la relación jurídica procesal, no hay legitimidad para obrar.

6. Devis Echendía,³ señala que la excepción es una especial manera de ejercer el derecho de contradicción o defensa en general, que le corresponde a todo demandando, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos. Asimismo, Carnelutti,⁴ considera que la excepción es una contrarrazón formulada por el demandando para destruir la razón del demandante y desvirtuar sus pretensiones.

7. El artículo 445° de la Ley General de Sociedades, establece que el consorcio, es aquel:

" ... cual dos o mas personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía.

Corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y aquellas a que se ha comprometido. Al

² **MONROY GALVEZ, Juan.** "Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano". En: Themis, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 27 y 28. Pág. 124.

³ **DEVIS ECHANDÍA, Hernando.** Teoría General del Proceso. Buenos Aires: Universidad, 1984, tomo I, p. 264.

⁴ Citado por **DEVIS ECHANDÍA, Hernando.** Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Madrid: Aguilar, 1966, p. 203.

hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato.”

8. Efectivamente, por el contrato de consorcio, no se constituye una persona jurídica distinta a las empresas que la conforman, sin embargo ha suscrito el contrato de Ejecución de Obra a Precios Unitarios N° 351-2008-MTC/21 y ha asumido las obligaciones de la misma como consorcio, asimismo, ha solicitado se someta a arbitraje la controversia como consorcio y ha contestado la demanda conforme a aquella situación.

9. El consorcio, conforme a la constitución del mismo, realizado con fecha 8 de julio de 2008 y adicional de fecha 16.06.2009, celebrados ante Notaria de Lima Dr. Aurelio Días Rodríguez, que ha sido adjuntado al proceso, establece como duración del consorcio hasta la liquidación final del contrato, lo que no ha sucedido, por lo que el consorcio se encuentra vigente, en consecuencia no resulta amparable la excepción deducida por EL CONTRATISTA.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: SI CORRESPONDE O NO SE DECLARE LA NULIDAD Y/O SE DEJE SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 351-2008-MTC/21 PARA EJECUTAR LOS TRABAJOS NECESARIOS PARA LA OBRA REHABILITACIÓN DEL CAMINO VECINAL CONCHUDOS-MAYAS, COMUNICADA POR EL CONSORCIO VIAL SUR I, MEDIANTE CARTA NOTARIAL N° 002-VJR-2009 DE FECHA 6 DE JULIO DE 2009.

En este extremo de la controversia, la pretensión de la demanda tiene por objeto determinar la ineficacia de la Resolución Contractual realizada por EL CONTRATISTA, por tanto el análisis de esa pretensión conlleva determinar si el mencionado acto resolutivo cumplió o no con el procedimiento contractual de resolución, esto es, si éste contiene los requisitos de forma y de fondo que fundamentan su existencia y efectos jurídicos vinculantes.

A este efecto, el Tribunal advierte que el Contrato de Ejecución de Obra a Precios unitarios N° 351-2008-MTC/21 establece en la cláusula 33.4 el proceso a seguir en estos casos:

33.4 El Proceso de resolución del Contrato es el siguiente: si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que la satisfaga en un plazo dentro de un plazo de quince (15) días calendario, bajo apercibimiento de que el contrato quede resuelto de pleno derecho. Si la parte perjudicada es PROVIAS DESCENTRALIZADO, éste ejecutará las garantías que **EL CONTRATISTA** hubiera otorgado como son: garantía de Fiel Cumplimiento y la garantía por el monto diferencial de la oferta, cuando la resolución quede consentida o cuando el laudo arbitral se declare procedente de resolver el Contrato, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios ulteriores que pueda exigir.

En caso que surgiera alguna controversia respecto a la Resolución del Contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los procedimientos de arbitraje.

El procedimiento supone la existencia de los siguientes requisitos:

- Requerimiento de cumplimiento mediante carta notarial.
- Transcurso del plazo de 15 días calendarios,
- Persistencia del incumplimiento contractual.

En el presente caso, EL CONTRATISTA efectúa el requerimiento de cumplimiento mediante Carta Notariales N° 026-2009-CVS/RL recepcionada a la Entidad el 01 de abril de 2009, N° 027-2009-CVS/RL recepcionada a la Entidad el 17 de abril de 2009 y N° 030-2009-CVS/RL recepcionada por la Entidad el 27 de abril de 2009.

De acuerdo con esas comunicaciones, EL CONTRATISTA le imputa a la Entidad los siguientes incumplimientos:

Carta Notarial N° 026-2009-CVS/RL

- Ausencia del Supervisor en la Obra desde el 01 de diciembre al 19 de marzo de 2009.
- Incumplimiento de dicho profesional respecto de la tramitación de valorizaciones de los avances, lo que ha causado haber llegado a desfinanciarse la Obra, por no poder cobrar la suma de S/.34,844.85 (valorización N° 6).
- No dar solución a los primeros 500 m de la carretera los cuales pasa por el medio del lecho del río haciendo que sea viable construir afirmado.
- No cumplir el Supervisor con disponer y poner en obra los equipos ofertados en su propuesta.
- Haber abierto el Supervisor un Cuaderno de Obra denominado “alterno”.

Por todos estos hechos mencionados nos hemos visto obligados a suspender los trabajos en obra hasta poder definir con claridad cada una de estas situaciones suscitadas que no permiten continuar con la ejecución de la obra. Ante el incumplimiento de los funcionarios a cargo de la obra de las obligaciones contractuales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 225° y 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, concedemos a su representada un plazo de 15 días para revertir dicha situación, bajo apercibimiento de resolver el contrato de pleno derecho.

Carta Notarial N° 027-2009-CVS/RL

- Persistencia del Cuaderno de Obra paralelo que se da luego por no permanecer en obra el Supervisor, no habiendo recibido comunicación formal por parte de dicho profesional solicitando el cuaderno de obra.
- Sabotaje a la maquinaria por gente de la zona, hechos materia de denuncia.
- Negativa del Supervisor de tramitar valorizaciones presentadas.
- Falta de absolución de consultas (Asiento N° 182 y Asiento N° 183) por mala concepción del proyecto, las que requieren opinión del proyectista.
- No se han evaluado ni cuantificado los trabajos de remoción de derrumbes.

De lo antes expuesto concluimos que no podemos continuar con la ejecución de la obra en tanto y en cuanto la supervisión continúe con sus acciones negligentes que nos esta generando un grave perjuicio económico.

Carta Notarial N° 030-2009-CVS/RL

- Reitera ausencia permanente del Supervisor en obra (anexando constancia del Gobernador del Distrito de Conchudos, de fecha 20.03.2009).
- Instigación por parte del Supervisor a los pobladores y autoridades de la zona para que causen daños materiales a sus equipos y se secuestre a sus trabajadores (anexando constancia de la denuncia)

Zulia.

Su despacho Señor Director Ejecutivo ha quedado al tanto de estos hechos, esperamos que se adopten las medidas correctivas en la más breve plazo, en tanto por razones de seguridad nos mantendremos lejos de la zona de la obra, por otro lado es conveniente precisar que a la fecha aun no se han solucionados los problemas de orden técnico presentados en obra expuesto en

Nuestra carta N° 0027-2009-CVS/RL

Finalmente la Resolución Contractual se hace efectiva mediante Carta Notarial N° 040-2009/RL entregada a la Entidad el 11 de setiembre de 2009,

De estos actuados el Tribunal comprueba que el procedimiento resolutivo llevado a cabo por EL CONTRATISTA en la parte formal cumple con los requisitos de haber efectuado un requerimiento, hacerlo por vía notarial y haber transcurrido el plazo de apercibimiento.

Por tanto, para determinar si la resolución contractual realizada por EL CONTRATISTA tiene validez y eficacia, el Tribunal debe comprobar si en autos resulta probado alguno de los incumplimientos imputados a la Entidad.

A continuación, el Tribunal analizará tales imputaciones

Ausencia del Supervisor en Obra

EL CONTRATISTA considera que dicho incumplimiento está demostrado con la Constancia del Gobernador de fecha 20 de marzo del 2009, en virtud de la cual se afirma que el Supervisor no permaneció en obra entre los períodos del 01 de diciembre al 31 del 2008, 01 de enero al 31 y 15 e marzo al 19 de marzo del 2009.

Frente a esa imputación, la Entidad ha presentado en autos el Oficio N° 121- 2009-MDC, de fecha 30 de abril del 2009, firmado por diversas autoridades locales, que desvirtúan el testimonio del gobernador, y por el contrario afirman lo contrario:

OF. N° 121 - 2009 -MDC
Señores
PROVIAS DESENTRALIZADO
Huaraz.-

Asunto : Hace conocer permanencia de Supervisor
Ref. : obra "Rehabilitación del Camino Vecinal
Conchucos - Mayas"

De nuestra especial consideración
Nos es sumamente grato dirigirnos al Despacho de su cargo, para expresarle el saludo afectuoso de la población del distrito de Conchucos Provincia de Pallasca; al mismo tiempo hacer conocer a su despacho que el Ing. Julio Antonio Blanco Gonzales - Supervisor de la Obra: "Rehabilitación del camino Vecinal Conchucos - Mayas", ha permanecido en nuestra jurisdicción realizando su trabajo en los periodos comprendidos desde el 01 de diciembre del 2008 hasta el 18 de enero del 2009; del 18 hasta al 24 de marzo del 2009; del 28 hasta el 30 de marzo del 2009 y del 04 hasta el 19 de abril del 2009; asimismo cuenta en forma permanente con una oficina, camioneta para su movilidad y su personal de apoyo; en tal sentido informamos a su despacho para su conocimiento y demás fines.
En espera de contar con su amable atención, nos suscribimos de usted, no sin antes testimoniarle nuestro aprecio personal.

Atentamente


MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CONCHUCOS
ALCALDE
JUANIS MIRANDA TIRADO
D.N.I. 3757770


MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CONCHUCOS
REGIDOR
GREGORIO LAZARO SALINAS
D.N.I. 22527787


PODER JUDICIAL
PALLASCA
JUEZ DE PAZ SENENDA NOMINACION
CONCHUCOS - PALLASCA

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CONCHUCOS
REGIDOR
GREGORIO LAZARO SALINAS
D.N.I. 18026996


PODER JUDICIAL
PALLASCA


MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CONCHUCOS
REGIDOR
JUSTO PANIÑO CRESPO
D.N.I. 177092


PODER JUDICIAL
PALLASCA

MUNICIPALIDAD DISTRITAL CONCHUCOS
REGIDOR
JUSTO PANIÑO CRESPO
D.N.I. 177092

MDC - PROVIAS DESENTRALIZADA
REHABILITACION DE CAMINO VECINAL
CONCHUCOS - MAYAS (R.R. 919 Km 07)

Además de la existencia del testimonio por parte de varios alcaldes que desvanece el mérito de la prueba aportada por EL CONTRATISTA para sustentar la causal de incumplimiento invocada, la Entidad ha presentado una Aclaración realizada por el Gobernador, en la que se retracta de su testimonio:

EL QUE SUSCRIBE EL GOBERNADOR DEL DISTRITO DE CONCHUCOS,
PROVINCIA DE PALLASCA, REGION ANCASH: EMITE LA SIGUIENTE: 000025

ACLARACION

Dejamos constancia que en forma erronea hemos indicado mediante constancia que el Ing. JULIO ANTONIO BLANCO GONZÁLES, no ha permanecido en el Distrito de Conchucos por los periodos del 01/12/08 al 31/12/08, del 01/01/09 al 31/01/09 y del 15/03/09 hasta el 19/03/09; cuando en realidad esta es una situación que no podemos certificar a razón que por nuestras múltiples labores desarrolladas por nuestro cargo no nos ha permitido realizar seguimiento a la permanencia de la persona indicada.

Por lo cual se expide la presente aclaración, para los fines que estime conveniente de la que doy fé firmandolo.



Conchucos, 28 de Abril del 2009

En cuanto, a la otra prueba consistente en el siguiente documento:

MEGA INVERSIONES S.R.L.
 ACTIVIDADES DE ARQUITECTURA E INGENIERIA
 VENTA DE ARTICULOS DE FERRETERIA

MZA. G - LOTE 07 - URB. EL LIMONAL - AMARILIS - HUANUCO

R.U.C. 20489532981
 GUIA DE REMISION - REMITENTE
 001 - Nº 000172

FECHA DE INICIO DEL TRASLADO: DIA 15, MES 12, AÑO 2008

DOMICILIO DE PARTIDA: URB. Primavera Mz G - Lote 7 - Amarilis

DOMICILIO DE LLEGADA: Jr Victor Aguirre 358 - Chorrillos

DESTINATARIO: PELLE

VEHICULO MARCA Y PLACA Nº: PQR-445

ITEM	DESCRIPCION (Detallada de los Bienes)	CANTIDAD	UNID. DE MED.	PESO
01	Copiadora de Escritorio Minolta P. 1500	-	-	-

TRANSPORTISTA: UC

MOTIVO DEL TRASLADO: 1. VENTA, 2. VENTA SUJETA A CONFIRMACION DEL COMPRADOR, 3. COMPRA, 4. CONSIGNACION, 5. DEVOLUCION, 6. TRASLADO ENTRE ESTABLECIMIENTOS, 7. TRASLADO DE BIENES PARA TRANSFORMACION (A) EXHIBICION, (B) DEMOSTRACION, (C) RECOJO DE BIENES TRANSFORMADOS, 8. TRASLADO POR EMISOR ITINERANTE DE COMPROBANTES DE PAGO, 9. TRASLADO ZONA PRIMARIA, 10. IMPORTACION, 11. EXPORTACION, 12. OTROS, 13. OTROS

IMPRESA FILM E.I.R.L. RUC 70489430470

DESTINATARIO

El Tribunal aprecia que no está probado en autos que la firma que aparece en este documento sea la del Supervisor. En efecto, cabe señalar que EL CONTRATISTA no ha presentado un peritaje que respalde su afirmación, es decir que mediante el cotejo de firma sirva de sustento para concluir que ésta es la del referido profesional.

EL CONTRATISTA ha alegado que la Entidad ha reconocido la ausencia del Supervisor por cuanto le resolvió a éste su contrato. Sobre este punto, el Colegiado ha verificado que tal afirmación resulta inexacta.

En efecto, mediante Resolución Directoral Nº 1041-2009-MTC/21 de fecha 16 de junio de 2009, la Entidad resolvió el Contrato Nº 357-2008-MTC/21, suscrito con el Ingeniero Julio Antonio Blanco Gonzáles, encargado de la Supervisión Externa de la Obra, como consecuencia del incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales y legales, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de dicha resolución. En los

considerandos consta claramente que el acto resolutorio no se funda en la causal de supuesta ausencia del Supervisor en obra:

Que, en relación a la no permanencia del Supervisor Externo en Conchucos, obra en los actuados la Constancia de fecha 20 de marzo del 2009, expedida por Gobernador del Distrito de Conchucos Antero Oré Quiñónez, mediante la cual deja constancia que el Ing. Julio Antonio Blanco Gonzales entre los periodos del 01 de Diciembre al 31 de Diciembre del 2008, del 01 de Enero al 31 de Enero del 2009, y del 15 de Marzo al 19 de Marzo del 2009, ha verificado que en las fechas en mención el referido Supervisor no ha permanecido en el Distrito de Conchucos ni en la obra de Rehabilitación del Camino Vecinal Conchucos – Mayas, que se viene ejecutando por PROVIAS DESCENTRALIZADO; que no obstante ello, el Informe N° 100-2009-MTC/21.UGTR-ZCZ de la Especialista en Administración de Contratos refiere que el mencionado Gobernador mediante carta aclaratoria de fecha 28 de abril del 2009, que obra en los actuados, se ha retractado de lo expresado en la Constancia del 20 de marzo del 2009, y que ha indicado que por sus múltiples labores, no ha podido certificar ni realizar seguimiento a la permanencia del Supervisor en obra; de modo que habiendo duda sobre la veracidad de lo expresado por el Gobernador en su Constancia del 20 de marzo del 2009, debe disponerse la resolución del contrato del Supervisor sólo por la causal referida a efectuar una declaración falsa;

Atendiendo a todas las consideraciones anteriormente expuestas, el Tribunal aprecia que no existe prueba que lleve a la convicción racional de que se ha evidenciado la ausencia del Supervisor en Obra, razón por la cual este supuesto incumplimiento imputable a la Entidad no ha sido probado en autos.

Incumplimiento del Supervisor respecto de la tramitación de valorizaciones de los avances.

Conforme consta en el cuaderno de Obra, que a partir de la segunda quincena de octubre de 2008 la Obra se encontraba en gran parte paralizada por eventos de lluvias y huaycos (Asiento 052, 053, 054, 062, 063, 064, 065, 071, 073, 075, 076,077, 078, 79, 080, 081, 082, 083, 084, 085, 086, 088, 090, 092, 094, 097) hasta el 08 de noviembre de 2008 en que cesa el período de fuertes lluvias y se reinician trabajos.

ASIENTO N.º 100 (SABADO 08/11/2008)
 DEL SUPERVISOR
 Se verifica el presente día que han cesado las lluvias
 intensas que han caído en la zona de la obra por
 13 días y que obligan a suspender o paralizar la
 ejecución de las partidas críticas (ruta crítica).
 La plataforma se observa con bastante humedad se
 realizan limpiezas de derrumbes y acumulación de
 barro y se traza y se realiza "vereda" de muros
 de contención.

En la segunda quincena del mes de noviembre se reanudaron los trabajos y, en la
 segunda quincena de diciembre se tramitaron valorizaciones correspondiente a los
 metrados ejecutados desde el 16 de noviembre hasta el 15 de diciembre de 2008
 (asiento 141). Igualmente, en la segunda quincena de noviembre se reiniciaron las
 lluvias por algunos días, recrudesciendo desde el 19 de diciembre de 2008 (asiento 145,
 146, 147) paralizando la obra.

Asiento N.º 50. Del Contratista 24/12/08
 En la fecha se deja constancia de las persistencias
 de lluvias por lo que se solicita la ampliación
 de plazo N.º 03, los cuales cubren los días del 01
 al 13, 21, 22 y del 26 al 30 de Noviembre, así mismo
 se solicitan también se considere los días de lluvias
 del mes de Diciembre, del 01, 02 y del 12 al 22 de
 Diciembre para lo cual, consideramos la causal aun
 abierta. Se presenta el expediente de ampliación
 correspondiente para su revisión y evaluación.

En enero nuevamente se presentan los eventos de lluvia que paralizan los trabajos en su totalidad y ocasionan derrumbes, situación que impide ejecutar la obra:

Asiento N° 164 (Sábado 03/01/09)
Del Supervisor.
Se verifica que la obra se encuentra paralizada pues el acceso se bloquea por los derrumbes ocasionales por los fuertes vientos impidiendo movilizar maquinarias y personal.

Asiento N° 165 Del Contratista 05/01/09
La obra paralizada totalmente los trabajos se logran reanudar si no persisten las lluvias y si se desbloquea la vía debido a los derrumbes y huecos que se van produciendo se solicitará ampliación de plazo por los días paralizados.

Esta situación llevará a la Paralización de Obra por el período del 21.01.2009 al 15.03.2009.

Respecto de la Valorización N° 06, se ha verificado en el cuaderno de obra que el Supervisor aprobó los siguientes metrados:

ASIENTO N° 178 (JUEVES 15/01/2009)		
DEL SUPERVISOR		
Verificamos el presente día que continúa llouendo en el valle de conchura: situación que impide ejecutar trabajos.		
A continuación consignamos los metrados de los pocos trabajos realizados en el periodo del 16/1/08 al 15/01/09 que mejoramiento consistió en ejecución de obras de Arte (Puentes y baden)		
Los metrados verificados son:		
BADEN		
04.02.01.	Excavación no clasificada	163.09 m ³
04.02.02	Rellenos con Material Armado Compact.	25.06 m ³
04.02.03	Encofrado y Desencof. Badén	81.60 m ²
PONTONES Y PUENTES		
04.05.01	Excavaciones no clasificada	142.88 m ³
04.05.02	Encofrado y Desencof. Pontones (Estribos)	142.88 m ²
04.05.03	Concreto Ciclopecu Estribos	96.06 m ³
04.05.04	Encofr. y Desencof. Losa Mariza	24.80 m ²
04.05.05	Falsa Puente	40.00 m ²
04.05.06	Arrio de Encofrado $F_y = 4200 \text{ Kg/cm}^2$	1,295.58 Kg
04.05.07	Concreto losa Mariza	14.16 m ³
04.05.08.	Rellenos compactad. Material Ptopeu	92.14 m ³

EL CONTRATISTA observó que la Supervisión no alcanzó los mismos metrados cuando presentó la Valorización N° 06 a la Entidad:

Asiento N° 193 - Del Contratista 21/01/07
En atención al asiento anterior formalizamos
nuestro pedido de consulta en el sentido de la
gestión de la consulta pertinente al Proyectista, al
fin que podamos ejecutar la obra correspondiente
al tramo del Km 0+000 al Km 0+800, puesto que
en la actualidad la traza se encuentra al nivel
del río y toda obra que se ejecute desaparecería,
sin embargo queremos mostrar nuestra discrepancia
con la valoración presentada por la supervisión de
en el Asiento N° 178 por lo que se debe a relación
pero sin embargo en la valoración presentada a
PROVIAS de Llanuzza con signo otros lo que provoca
un desajuste de la obra, lo que sería
responsabilidad enteramente de la supervisión y
podría por lo tanto una Resolución de Contrato por lo que
en la fecha dejamos constancia que se han ejecutado
las siguientes obras.

Para el Tribunal se evidencia que se presenta respecto de la Valorización N° 06 una discrepancia respecto a los metrados ejecutados, en tal caso resultaba de aplicación el artículo 257º del REGAC:

Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

DECRETO SUPREMO N° 084-2004-PCM

Artículo 257.- Discrepancias respecto de valorizaciones o metrados

Si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la Entidad, según sea el caso, se resolverán en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

Sólo será posible iniciar un procedimiento de conciliación o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles después de ocurrida la controversia si la valorización de la parte en discusión representa un monto superior al cinco por cien (5%) del contrato actualizado.

La iniciación de este procedimiento no implica la suspensión del contrato ni el incumplimiento de las obligaciones de las partes.

En ese sentido, resulta claro para el Tribunal que no estamos ante un supuesto de incumplimiento, sino ante una discrepancia que debe resolverse en la liquidación del contrato y que da lugar, en ciertos casos a iniciar un arbitraje para superar el impase, pero que no fundamenta una causal válida de resolución.

Por tanto en este extremo tampoco se encuentra probada la causal que habilite la resolución contractual.

Falta de absolución de consulta (Asiento N° 182 y Asiento N° 183) por mala concepción del proyecto, las que requieren opinión del proyectista.

En el asiento 182 de fecha 21 de enero de 2009, EL CONTRATISTA requirió dar solución a los primeros 500 m de la carretera los cuales pasa por el medio del lecho del río haciendo que sea viable construir afirmado.

La Entidad sostiene que corresponde al Contratista comunicarle, dentro de los dos días siguientes de anotadas las ocurrencias presentadas en la obra conforme al artículo 251º del REGAC, lo que no ha hecho, por lo que no procede trámite alguno.

De acuerdo a dicho artículo:

Artículo 251.- Consultas sobre ocurrencias en la obra

Las consultas se formulan en el Cuaderno de Obra y se dirigen al inspector o supervisor, según corresponda.

Las consultas cuando por su naturaleza, en opinión del inspector o supervisor, no requieran de la opinión del Proyectista serán absueltas por éstos dentro del plazo máximo de cinco (5) días siguientes de anotadas las mismas. Vencido el plazo anterior y de no ser absueltas, el contratista dentro de los (02) dos días siguientes acudirá a la Entidad, la cual deberá resolverlas en un plazo máximo de cinco (5) días, contados desde el día siguiente de la recepción de la comunicación del contratista.

Las consultas cuando por su naturaleza, en opinión del inspector o supervisor, requieran de la opinión del Proyectista serán elevadas por éstos a la Entidad dentro del plazo de dos (02) días siguientes de anotadas, correspondiendo a ésta en coordinación con el Proyectista absolver la

consulta dentro del plazo de diez (10) días siguientes de la comunicación del inspector o supervisor. Para este efecto los proyectistas establecerán en sus respectivas propuestas económicas para los contratos de diseño de la obra original los montos convenientes para cumplir esta obligación.

Si, en ambos casos, vencidos los plazos, no se absuelve la consulta, el contratista tendrá derecho a solicitar ampliación de plazo contractual por el tiempo correspondiente a la demora.

Esta demora se computará sólo a partir de la fecha en que la no ejecución de los trabajos materia de la consulta empiece a afectar el calendario de avance de obra.

Para el Tribunal se trata de una consulta que por su naturaleza requería la opinión del proyectista, por lo que en efecto se verifica un incumplimiento del Supervisor, empero dicho incumplimiento no habilita la resolución contractual, ya que conforme al último párrafo, resulta claro que el efecto legal de la no absolución de la consulta es otorgar derecho a solicitar ampliación del plazo contractual por el tiempo correspondiente a la demora.

En todo caso, el Tribunal advierte que, tal como ha expuesto la Entidad, con fecha 31 de julio de 2008 se realizó la entrega del terreno, por lo que recién después de seis meses de iniciarse el plazo contractual, EL CONTRATISTA informó a la Entidad del problema que se suscitaba en los primeros 500 metros.

Si bien es cierto que el Contratista no tiene responsabilidad por hechos materiales imprevistos, sí es responsable de comunicar oportunamente los defectos o fallas manifiestos que pudieron ser percibidos con anticipación, como es el caso del trazo de los primeros 500 m de la carretera.

En efecto, de acuerdo con el REGAC:

SUBCAPÍTULO III

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES

Artículo 210.- Fallas o defectos percibidos por el contratista

El contratista debe comunicar de inmediato a la Entidad de las fallas o defectos que advierta luego de la suscripción del contrato, sobre cualquier especificación o bien que la Entidad le hubiere proporcionado.

La Entidad evaluará las observaciones formuladas por el contratista y se pronunciará en el plazo de siete (7) días hábiles.

Si acoge las observaciones, la Entidad deberá entregar las correcciones o efectuar los cambios correspondientes, empezando a correr nuevamente el plazo de la ejecución de la prestación a partir de ese momento, de ser el caso.

En caso de que las observaciones no fuesen admitidas, la Entidad hará la correspondiente comunicación para que el contratista continúe la prestación del objeto del contrato, bajo responsabilidad de aquella respecto a las mencionadas observaciones.

Adicionalmente, el contrato es claro respecto de los Riesgos del Contratista, asumiendo éste los que no advirtió oportunamente a la Entidad:

VIGESIMA SETIMA: RIESGOS DEL CONTRATISTA

27.1 Correrán por cuenta del Contratista y de acuerdo a Ley, todos los riesgos de pérdidas o daños que sufran los bienes materiales y las lesiones o muerte de personal del Contratista que se produzcan durante el periodo de cumplimiento de Contrato o como consecuencia del mismo y que no constituyan riesgos de excepción.

27.2 No serán riesgos del Contratista los siguientes:

- (a) Los riesgos de fenómenos naturales extraordinarios, guerras, hostilidades, invasiones, actos de enemigos extranjeros, rebelión, revolución, insurrección, golpe militar o usurpación del poder, guerra civil, motín, conmoción o alteración del orden, a menos que se limiten a los empleados del **Contratista**, y contaminación proveniente de cualquier combustible o desecho nuclear o explosivo tóxico radiactivo, y / o
- (b) Las circunstancias que se deban exclusivamente al diseño de las Obras que hayan sido oportunamente advertidas por el **Contratista**.

Atendiendo a esas consideraciones, tampoco encuentra el Tribunal que sea procedente la causal invocada por EL CONTRATISTA como fundamento de resolución contractual por causa imputable a la Entidad.

No cumplir el Supervisor con disponer y poner en obra los equipos ofertados en su propuesta y Haber abierto el Supervisor un Cuaderno de Obra denominado “alterno” .

Respecto del primer extremo no está acreditado en autos tal incumplimiento, y en cuanto a lo segundo, el Cuaderno de Obra denominado “alterno” carece de todo valor.

Artículo 253.- Cuaderno de obra

En la fecha de entrega del terreno, se abrirá el Cuaderno de Obra, el mismo que será firmado en todas sus páginas por el inspector o supervisor, según corresponda, y por el residente.

Dichos profesionales son los únicos autorizados para hacer anotaciones en el Cuaderno de Obra.

El Cuaderno de Obra debe constar de una hoja original con tres (3) copias desglosables, correspondiendo una de éstas a la Entidad, otra al contratista y la tercera al inspector o supervisor. El original de dicho Cuaderno debe permanecer en la obra, bajo custodia del residente, no pudiendo ser retenido por ninguna de las partes. Concluida la ejecución de la obra, el original quedará en poder de la Entidad.

Artículo 254.- Anotación de ocurrencias

En el Cuaderno de Obra se anotarán los hechos relevantes que ocurran durante la ejecución de ella, firmando al pie de cada anotación el inspector o supervisor o el residente, según sea el que efectuó la anotación. Las solicitudes que se realicen como consecuencia de las ocurrencias anotadas en el Cuaderno de Obra, se harán directamente a la Entidad por el contratista o su representante, por medio de comunicación escrita.

El Cuaderno de Obra será cerrado por el inspector o supervisor cuando la obra haya sido recibida definitivamente por la Entidad.

El hecho que el Supervisor incumpla con ciertas prestaciones a su cargo o realice actos que carecen de valor legal, no configuran por si mismos incumplimientos imputables a la Entidad.

Conforme al artículo 250º del REGAC la actuación del Supervisor debe ajustarse al Contrato, por lo que cualquier conducta del Supervisor que se aparte del Contrato no obliga ni le es oponible al Contratista:

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

Como señala el artículo 1429º del Código Civil para que opere la Resolución de Pleno Derecho la parte que la invoca, debe probar el perjuicio que le ocasiona el incumplimiento.

En el presente caso, no se ha acreditado cómo éstos supuestos incumplimientos del Supervisor le causaron perjuicio al Contratista de manera que se vea imposibilitado de continuar con la ejecución contractual y se habilite la Resolución.

Es por ello, que en cuanto a estas causales, para el Tribunal no existe la convicción racional que se haya materializado un incumplimiento imputable a la Entidad.

Sabotaje a la maquinaria por gente de la zona, hechos materia de denuncia Instigación por parte del Supervisor a los pobladores y autoridades de la zona para que causen daños materiales a sus equipos y se secuestre a sus trabajadores.

Sobre esta causal, si bien existe la denuncia del Contratista, no se ha aportado prueba que demuestre la supuesta participación del Supervisor en tales hechos.

En todo caso, de haber existido estos hechos no serían imputables a la Entidad, sino que se trataría de casos de Fuerza Mayor, hechos de Terceros al margen de la imputabilidad de las partes, que conforme a la cláusula Trigésima Cuarta de Fuerza Mayor, liberaría al Contratista de determinadas responsabilidades por mora siempre que cumpla con el procedimiento contractual previsto en la cláusula:

34.4 Para que los hechos arriba descritos como causas de fuerza mayor o casos fortuitos puedan constituir causas justificables que impidieron o demoraron la ejecución de la Obra, dando lugar a retrasos en la entrega de la misma, EL CONTRATISTA deberá recabar de la Gerencia de Línea, dentro de los quince (15) días calendarios de concluido el hecho, un certificado que de constancia de la existencia del impedimento, sin el cual, de ninguna manera y por ningún motivo habrá lugar a la ampliación del Plazo y/o excepción del pago de penalidades.

En el presente caso, EL CONTRATISTA no ha presentado dicho Certificado, ni ha demostrado que lo haya solicitado conforme a la mencionada cláusula.

Esto mismo resulta de aplicación al caso del requerimiento de la población para el pago por la extracción del material de las canteras de afirmado y agregado (Asiento 117 del Cuaderno de Obra), en este caso también se trataba de un supuesto de Fuerza Mayor en donde el Contratista pudo invocar tal causal y recurrir al procedimiento previsto en la citada cláusula 34, lo que no hizo.

Por todo ello, el Tribunal también concluye en este extremo que no existe causal que fundamente una resolución contractual válida por causa imputable a la Entidad.

Negativa del Supervisor de tramitar valorizaciones presentadas.

Como se indicó anteriormente, la Obra estuvo paralizada desde el 21 de enero del 2009 hasta el 15 de marzo del 2009.

La última anotación del Supervisor es el Asiento N 180 de fecha 16 de enero de 2009.

Conforme consta en autos, el Supervisor mediante Carta N° 088-2009-JABG/Supervisión de fecha 25 de marzo del 2009, observa que el Cuaderno no se encuentra en obra y exige la corrección del caso.

12. A la fecha el Cuaderno de Obra no se encuentra en esta, pues su personal nos ha indicado que el Residente lo tiene en su poder por lo cual les comunico que la Supervisión nos hemos visto perjudicados al no poder acceder a dicho documento para realizar nuestros asientos, por lo cual les indico que deberán corregir de inmediato esta situación.

El Contratista no desvirtuó esa imputación de retención indebida del Cuaderno de Obra, sólo cuestionó que el Supervisor haya (Carta N° 0026-2009-CVSI/RL) solicitado la legalización de un nuevo Cuaderno de Obra “Alternó”.

Ante esta situación, el Tribunal entiende que por un principio de Buena Fe correspondía que el Contratista pusiera en forma inmediata el Cuaderno de Obra a disposición de la Entidad para que constatará la supuesta falsedad de las afirmaciones del Supervisor.

Asimismo, mediante Oficio N° 2005-2009-MTC/21.ANC de fecha 30 de marzo del 2009, la Entidad le imputa al Contratista incumplimiento de obligaciones y le requiere que ponga a disposición y en la obra el Cuaderno de Obra.

Es grato de dirigirme a Ud., para hacerle llegar el reclamo que vienen haciendo el Supervisor Externo el Ing. Julio Antonio Blanco Gonzáles, de la Obra **REHABILITACION DEL CAMINO VECINAL CONCHUCOS – MAYAS (L= 33.815 KM)**, el cual el residente de la Obra del Consorcio Vial del Sur I, tiene en su poder el cuaderno de obras con tal motivo vienen imposibilitando el llenado del cuaderno de obras, en tal se le manifiesta que el cuaderno de obras debe estar a disposición y en la obra para que el supervisor pueda realizar sus anotaciones respectivas, de los trabajos que se vienen haciendo. En caso contrario, estará incumpliendo sus obligaciones,.

Tampoco el Contratista ha aportado prueba que desvirtuó la imputación de tales incumplimientos.

Con fecha 07 de abril del 2009, mediante Carta N° 010-2009-JABG/ SUPERVISIÓN se le imputa al Contratista retención indebida del Cuaderno de Obra :

Por medio de la presente me es grato dirigirme a usted en relación a la ejecución del tramo en referencia, cuya ejecución está a cargo de su representada, con la finalidad de recordarles que a la fecha su representada está incumpliendo de manera reiterada desde el reinicio de los trabajos (16/03/2009) con sus obligaciones contractuales al no permanecer en la obra hasta la fecha el CUADERNO DE OBRA; situación que hemos hecho constatar con autoridades de la localidad y hemos puesto de conocimiento del Provías Descentralizado. De igual forma desde el 21/03/2009 hasta la fecha no se cuenta con la presencia del Residente de Obra, se han realizado algunos trabajos sin Dirección Técnica alguna y se ha paralizado injustificadamente la obra.

Esta imputación tampoco fue respondida por el Contratista (Carta N° 0027-2009-CVSI/RL y Carta N° 0030-2009-CVSI/RL).

El Tribunal advierte que obra en autos la Constancia del Juzgado de Paz de Conchudos de fecha 18 de marzo del 2009, por la cual se da fe que el Supervisor no ha podido tener acceso al Cuaderno de Obra:

CONSTANCIA

Por el presente documento la que suscribe, en calidad de Juez de Paz del distrito de Conchucos da fe que el Ing. Julio Antonio Blanco Gonzáles encargado de la Supervisión de la Obra "Rehabilitación de Camino Vecinal Conchucos - Mayas" no ha podido tener acceso al documento de la obra llamado Cuaderno de Obra pese a haberlo solicitado en obra y en las oficinas de la Empresa Consorcio Vial del Sur 1, por lo cual ha solicitado a nuestro despacho se legalice la apertura de un Cuaderno de Obra Alterno para que allí realice las anotaciones de su trabajo en la obra.

Expedimos la presente constancia a solicitud del interesado, para los fines que estime conveniente.

Conchucos, 18 de Marzo del 2009



En virtud de tales indicios, el Tribunal tiene la convicción racional que el Supervisor no tuvo acceso al Cuaderno de Obra por haber sido retenido indebidamente por el Contratista, razón por la cual no puede imputarse a éste la falta de tramitación de valorizaciones posteriores al levantamiento de la Paralización de la Obra.

Por otro lado, conforme consta en la Carta N° 005-2009-JABG/SUPERVISIÓN de fecha 16 de marzo del 2009, el Supervisor no presentó valorización para el período comprendido del 16 de febrero de 2009 hasta el 15 de marzo de 2009 por cuanto, conforme a las Actas de Paralización por Mutuo Acuerdo, la obra se mantuvo paralizada en todas sus actividades desde el 21 de enero de 2009 hasta el 15 de marzo de 2009.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, este Tribunal considera que con relación a este punto no existe causal que fundamente una resolución contractual válida por causa imputable a la Entidad.

No se han evaluado ni cuantificado los trabajos de remoción de derrumbes.

Los trabajos de remoción de derrumbes configuran trabajos adicionales, los mismos que conforme a la cláusula Novena del Contrato corresponde al Contratista tramitarlos formulando el correspondiente presupuesto que debe presentarlo a la Entidad para su aprobación.

DECIMA NOVENA: DE LAS OBRAS ADICIONALES

- 19.1 PROVIAS DESCENTRALIZADO podrá aprobar, ordenar y pagar directamente al Contratista la ejecución de obras adicionales o modificatorias hasta un equivalente del 10% del monto del contrato (Ley Anual de Presupuesto vigente).
 - 19.2 Las Obras adicionales cuyos montos excedan el 10% del monto total del Contrato (Ley Anual de Presupuesto vigente), requerirán previamente la aprobación de **PROVIAS DESCENTRALIZADO** y la No objeción de los **BANCOS** y para su ejecución y pago la autorización expresa de la Contraloría General de la República.
 - 19.3 La ejecución de obras adicionales, sólo procederá cuando previamente se cuente con la disponibilidad presupuestal y con la aprobación de **PROVIAS DESCENTRALIZADO** mediante Resolución, en los casos en que sus montos por sí solos o restándole los presupuestos deductivos vinculantes sean iguales o no superen el DIEZ por ciento (10%) del **Monto del Contrato original**.
 - 19.4 Los presupuestos adicionales serán formulados con los precios unitarios contratados y/o precios pactados, adicionando los gastos generales fijos y variables propios del Adicional, para lo cual se realizará el análisis correspondiente, teniendo como base o referencia los gastos generales del Presupuesto original contratado.
- 19.4 **EL CONTRATISTA** no tendrá derecho al pago de costos adicionales en que hubiere incurrido y que podrían haberse evitado.

Tampoco en este punto el Contratista ha aportado prueba que demuestre haber presentado el presupuesto adicional correspondiente a los trabajos de remoción para su aprobación por parte de la Entidad.

En tal sentido, el Tribunal aprecia que no existe sustento de la causal invocada para resolver contractualmente el contrato por causa imputable a la Entidad.

En consecuencia, habiéndose comprobado la inexistencia de causal de incumplimiento imputable a la Entidad, la Resolución Contractual llevada a cabo por el Contratista carece de sustento de fondo que habilite un título resolutivo, por lo que corresponde declarar FUNDADA la primera pretensión de la Demanda, consecuentemente PROCEDENTE declarar inválida e ineficaz la resolución de contrato efectuada por el Contratista.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: SI CORRESPONDE O NO QUE SE DECLARE LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 1694-2009-MTC/21 DE FECHA 15 DE SETIEMBRE DE 2009 A TRAVÉS DE LA CUAL LA ENTIDAD DECIDIÓ RESOLVER EL CONTRATO N° 351-2008-MTC/21 POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA.

Para resolver este punto controvertido, el Tribunal deberá efectuar el mismo análisis que realizó respecto de la primera pretensión de la demanda, lo cual conlleva igualmente determinar si el acto resolutivo de la Entidad cumplió o no con el procedimiento contractual de resolución, esto es, si éste contiene los requisitos de forma y de fondo que fundamentan su existencia y efectos jurídicos vinculantes.

Habida cuenta que no pueden coexistir dos resoluciones contractuales, al haberse desvanecido la realizada por el Contratista por ser inválida e ineficaz al carecer de sustento de incumplimiento contractual, corresponde verificar si la resolución efectuada por la Entidad es válida y eficaz o no.

En este caso, la Entidad efectúa el requerimiento de cumplimiento a EL CONTRATISTA, mediante Oficio N° 2534-2009-MTC/21 entregado por conducto Notarial con fecha 13 de agosto de 2009.

De acuerdo con ese documento, la Entidad le imputa al Contratista los siguientes incumplimientos:

- La Obra no ha sido concluida a la fecha, habiendo vencido el plazo contractual el 22 de marzo de 2009.
- Se ha incurrido en demora injustificada en el avance de obra , habiendo llegado a cubrir el monto de la máxima penalidad del 10% del monto del contrato.
- El equipo ofertado de acuerdo al calendario de movilización y utilización de equipos, no se encuentra en obra, el residente no se encuentra en la obra y el cuaderno de obra ha sido retirado, con lo cual se viene incumpliendo con las obligaciones contractuales, demostrando incapacidad técnica.

En tal sentido, de conformidad con el Artículo 226º del Reglamento de Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se le otorga un plazo de 15 días calendario, contados a partir de la recepción del presente, para que su representada concluya la obra de acuerdo a los planos y especificaciones del proyecto, al haber vencido el plazo contractual el 22.03.09, bajo apercibimiento de Resolver el Contrato.

Finalmente la Resolución Contractual se hace efectiva mediante la Resolución Directoral Nº 1694-2009-MTC/21 de fecha 15 de setiembre de 2009.

De estos actuados el Tribunal comprueba que el procedimiento resolutivo llevado a cabo por la Entidad en la parte formal cumple con los requisitos de haber efectuado un requerimiento, hacerlo por vía notarial y haber transcurrido el plazo de apercibimiento.

Por tanto, para determinar si la resolución contractual realizada por la Entidad tiene validez y eficacia, el Tribunal debe comprobar si en autos resulta probado alguno de los incumplimientos imputados a la Entidad.

A continuación, el Tribunal analizará tales imputaciones

La Obra no ha sido concluida a la fecha, habiendo vencido el plazo contractual el 22 de marzo de 2009.

Tal como ha manifestado el Contratista y no ha sido desvirtuado por la Entidad, existe en trámite controversias sometidas a arbitraje respecto a Ampliaciones de Plazo.

En tanto dichas controversias no han sido resueltas no puede comprobarse que el plazo contractual venció el 22 de marzo de 2009, ya que el resultado de tales procesos arbitrales podría variar dicha fecha.

Por tanto, para el Tribunal esta causal no está probada, por lo que no resulta un sustento válido para la resolución contractual por causas imputables al Contratista.

Se ha incurrido en demora injustificada en el avance de obra, habiendo llegado a cubrir el monto de la máxima penalidad del 10% del monto del contrato.

En igual sentido, al existir controversias pendientes sobre aprobación de plazo, este Tribunal no puede corroborar que el Contratista haya acumulado el monto de la máxima penalidad del 10% del monto del contrato.

En efecto, el resultado de los otros procesos arbitrales podría purgar la mora o parte de ella, con lo cual no se alcance el monto máximo.

De ahí que, respecto de esta causal, el Tribunal también aprecia que la misma no está probada, en consecuencia no resulta un sustento válido para la resolución contractual por causas imputables al Contratista.

El equipo ofertado de acuerdo al calendario de movilización y utilización de equipos, no se encuentra en obra, el residente no se encuentra en la obra y el cuaderno de obra ha sido retirado, con lo cual se viene incumpliendo con las obligaciones contractuales, demostrando incapacidad técnica.

Que, de acuerdo a lo establecido en el numeral 16.2 de la Clausula Décima Sexta, del Contrato, se establece textualmente: *“El cuaderno de obra es el medio ordinario de comunicación entre El Contratista y El Supervisor. El original de dicho cuaderno debe permanecer en obra, bajo custodia del Residente y en condiciones de ser exhibido en cualquier momento...”*

Como se concluyó al analizarse el punto controvertido anterior, el Tribunal tiene la convicción racional que el Supervisor no tuvo acceso al Cuaderno de Obra por haber sido retenido indebidamente por el Contratista.

Dicho incumplimiento no ha sido desvirtuado por el Contratista. Por el contrario, con fecha 18 de marzo del 2009, el Juzgado de Paz de Conchudos dio fe que el Supervisor no ha podido tener acceso al Cuaderno de Obra pese a haberlo solicitado en obra y en las oficinas del Contratista. La retención no justificada configura un incumplimiento de lo dispuesto por el REGAC y habilita la resolución contractual.

De otro lado, con fecha 15 de abril del 2009 se llevó a cabo un Constatación de la Situación Física de la Obra y del Retiro de Maquinarias, dicha constatación fue realizada por diversos Alcaldes, así como por el Gobernador, quienes en el Acta de dicha fecha corroboraron lo siguiente:

Observación N° 14

De igual forma se ha verificado que no existe presencia de la brigada pues estas han sido retiradas por la empresa contratista en horas nocturnas desde el día 08/04/2009, por lo cual se constata que se han retirado un cargador frontal, 01 motoniveladora, 02 camiones volquete y que están por retirarse 01 rodillo liso

vibratorio y 01 retroexcavadora. Esta situación ha generado gran malestar y preocupación con las autoridades y pobladores de Conchucos y Mayas pues se está constatando que la empresa contratista ha abandonado la obra pese a haber faltado gran cantidad de trabajos por ejecutarse.

Respuesta 14:

Por la inseguridad de los problemas generados por la supervisión y la Sra. Noemí Lorena Velásquez Reyes, la maquinaria se ha puesto a buen recaudo en la localidad de Cochaconchucos y Chimbote.

Además queremos precisar que la obra no se encuentra abandonada, pues estamos a la espera de respuesta de las cartas enviadas a la dirección ejecutivas, las mismas que pusieron en conocimiento los problemas generados por la supervisión.

En la fecha existe la presencia del contratista en la localidad de Cochaconchucos tanto de personal, material y equipos, las mismas que han sido derivados a esta localidad por seguridad.

El Tribunal aprecia que el Contratista no ha acreditado la situación de inseguridad que alega, la misma que hubiera justificado el retiro de maquinaria de obra. Más allá de presentar copia de su Denuncia, no se ha aportado prueba de terceros (como testimoniales, copia de atestados o de investigaciones judiciales o del Ministerio Público) que corrobore su dicho. Por esa razón, para el Colegiado no está probado en autos tal situación de inseguridad, por tanto, el retiro de la maquinaria resultó injustificado.

Por todo lo anterior, este Tribunal observa que está probado en autos que el Contratista incurrió en incumplimiento contractual, al haber retenido indebidamente el Cuaderno de Obra y haber retirado de la Obra equipos sin autorización de la Entidad y sin mediar causa justificada.

Conforme a la Cláusula Trigésima Tercera, procede la Resolución Administrativa del Contrato, cuando el Contratista incumpla injustificadamente cualquier estipulación contractual, legal y/o reglamentaria sobre la materia, pese haber sido requerido para ello.

TRIGÉSIMA TERCERA: RESOLUCION ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO

33.1 PROVIAS DESCENTRALIZADO podrá resolver administrativamente este Contrato en los casos que **EL CONTRATISTA:**

33.1.1 Incumplan injustificadamente los plazos de inicio ó de ejecución de la obra o de cualquier otra estipulación contractual, legal y/o reglamentaria sobre la materia, pese haber sido requerido para ello.

Tal como se ha expuesto, está probado que el Contratista al retener indebidamente el Cuaderno de Obra incumplió el artículo 253º del REGAC, incurriendo en la causal de resolución contractual prevista en la cláusula 33.1.1 del Contrato.

En consecuencia, habiéndose comprobado la existencia de causal de incumplimiento imputable al Contratista, la Resolución Contractual llevada a cabo por la Entidad cuenta con sustento de fondo que habilita un título resolutivo, por lo que corresponde declarar FUNDADA la segunda pretensión de la Demanda, consecuentemente PROCEDENTE declarar válida e eficaz la resolución de contrato efectuada por Resolución Directoral Nº 1694-2009-MTC/21 de fecha 15 de setiembre de 2009.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE ESTABLECER LA CONDENA DE COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO Y EN SU CASO SEÑALAR A QUIEN CORRESPONDE EL PAGO DE LOS MISMOS.

El artículo 73º de la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo 1071, establece que 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, se podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Atendiendo a que no existe pacto sobre las costas o costos en el convenio arbitral que las partes celebraron, le corresponde al Tribunal Arbitra establecer a quién corresponde asumir las costas y costos de este proceso arbitral.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral, a efectos de regular el pago de tales conceptos, el correcto comportamiento procesal de las partes, y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, al margen del hecho de que en concepto del Tribunal Arbitral tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, por cuanto debían defender sus pretensiones en esta vía.

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera que cada parte debe asumir directamente los gastos, costas o costos en los que incurrió como producto de este proceso arbitral, vale decir, los honorarios de los árbitros, su defensa legal, gastos administrativos, etc.

Disponer que cada parte cubra sus propios gastos y los gastos comunes-honorarios del Tribunal Arbitral y del secretario arbitral, esto es, sus costas y costos, en partes iguales.

En el presente caso, EL CONTRATISTA asumió el pago de los honorarios correspondientes a la entidad, por lo que corresponde se le reembolse el monto pagado, más los intereses legales correspondientes.

Por las razones antedichas, de acuerdo con lo establecido en la Ley General de Arbitraje y en el acta de instalación, se lauda por unanimidad:

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado deducida por EL CONTRATISTA.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión de la Demanda, consecuentemente PROCEDENTE declarar inválida e ineficaz la resolución de contrato efectuada por el Contratista.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión de la Demanda, consecuentemente PROCEDENTE declarar válida e eficaz la resolución de contrato efectuada por Resolución Directoral N° 1694-2009-MTC/21 de fecha 15 de setiembre de 2009.

CUARTO: Respecto de las costas y costos del proceso que se han generado en el presente proceso arbitral, se resuelve que éstos serán asumidos por las partes en partes iguales.

QUINTO: REMITIR al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, copia del presente laudo arbitral.

ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN
PRESIDENTE

WEYDEN GARCIA ROJAS
ÁRBITRO

MARIA BUSTOS DE LA CRUZ
ARBITRO

JORGE HIDALGO SOLORZANO
SECRETARIO