

Expediente No. 561-142-14

PROVIAS DESCENTRALIZADO – CONSORCIO VIAL AREQUIPA

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE	PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DESCENTRALIZADO – PROVIAS DESCENTRALIZADO (en adelante, PROVIAS o el demandante)
DEMANDADO	CONSORCIO VIAL AREQUIPA (en adelante, el CONSORCIO o el demandado)
TIPO DE ARBITRAJE	Institucional y de Derecho
TRIBUNAL ARBITRAL	Alberto Quintana Sánchez Sergio Tafur Sánchez Juan Peña Acevedo
SECRETARIA ARBITRAL	Silvia Rodríguez Vásquez Secretaria General de Conciliación y Arbitraje

Resolución N° 19

En Lima, a los nueve días del mes de junio del año dos mil dieciséis, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda{ contestación de la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, por unanimidad, dicta el siguiente Laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. Existencia del Convenio Arbitral e Instalación del Tribunal Arbitral

1.1 El Convenio Arbitral

El convenio se encuentra establecido en la Cláusula Decimosexta del Contrato N° 038-2014-MTC/21 “Elaboración del Estudio Definitivo para la Construcción de la Carretera Vecinal Emp. AR-105 (Visa Chico) – DV Atusire – Dv. Chaucalla – Yanque, Tramo Dv. Chaucalla Yanque, (LONG = 21.664 Km)” celebrado con fecha 17 de febrero de 2014.

1.2 Instalación del Tribunal Arbitral

El 28 de abril de 2015 se instaló el Tribunal Arbitral constituido por los árbitros, Alberto Quintana Sánchez como Presidente del Tribunal Arbitral, y los doctores Sergio Tafur Sánchez y Juan Peña Acevedo, en calidad de árbitros; con la asistencia de ambas partes, en donde se fijaron las reglas aplicables al presente proceso.

II. Normatividad aplicable al Proceso Arbitral

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación al presente proceso arbitral las reglas establecidas en la referida Acta, lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado - D.L. N° 1017 (en adelante Ley de Contrataciones) y su Reglamento aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF (en adelante el Reglamento) y supletoriamente el D.L. N° 1071 que norma el Arbitraje (en adelante la Ley de Arbitraje).

Asimismo, se estableció que en caso de deficiencia o vacío de las reglas que anteceden, el Tribunal resolvería en forma definitiva del modo que considere apropiado, mediante la aplicación de los Principios Generales del Derecho.

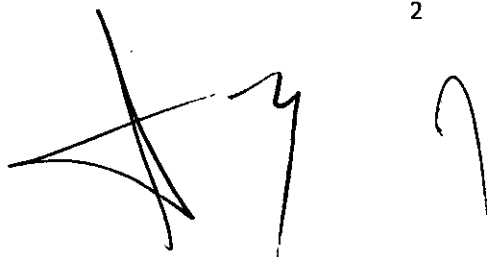
III. De la Demanda Arbitral presentada por PROVÍAS

3.1. Mediante escrito de fecha 20 de mayo de 2015 PROVÍAS presentó su demanda arbitral contra el CONSORCIO, planteando las siguientes pretensiones:

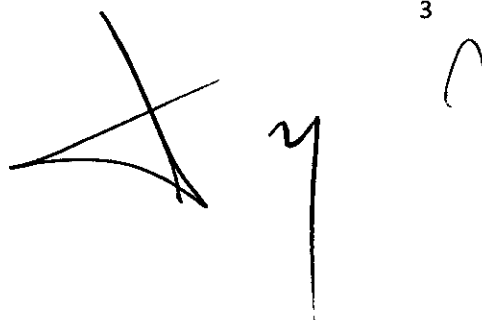
- 3.1.1. **Primera pretensión principal:** que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla de fecha 13.10.2014, por la cual el Consorcio Vial Arequipa otorgó 5 días a PROVÍAS para la aprobación y pago correspondiente del Informe N° 2, bajo apercibimiento de resolver el Contrato N° 038-2014-MTC/21 por causas imputables a PROVÍAS.
- 3.1.2. **Segunda pretensión principal:** que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 294950 de fecha 20.10.2014, por la cual el Consorcio Vial Arequipa resolvió el Contrato N° 038-2014-MTC/21 por causas imputables a PROVÍAS.
- 3.1.3. **Tercera pretensión principal:** que se declare la validez y eficacia de la Resolución Directoral N° 1081-2014-MTC/21 de fecha 21.10.2014, mediante la cual PROVÍAS procedió a resolver el Contrato N° 038-2014-MTC/21 por causas de fuerza mayor y sin responsabilidad de las partes.
- 3.1.4. **Cuarta pretensión principal:** que el CONSORCIO asuma las costas y costos del presente proceso arbitral

3.2. **Respecto a los antecedentes de la demanda,** PROVÍAS sostiene lo siguiente:

- 3.2.1 El 17/02/14 las partes suscriben el Contrato N° 038-2014-MTC/21, cuyo objeto era la "Elaboración del estudio definitivo para la construcción de la Carretera Vecinal EMP. AR-105 (Visa Chico) - DV Atusire - Dv. Chaucalla - Yanque, Tramo Dv. Chaucalla Yanque, (LONG=21.664Km)" por un monto de S/. 827,162.57, incluido IGV, con un plazo de ejecución de 120 días calendario.



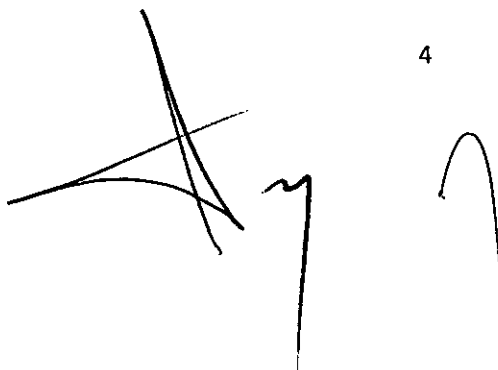
- 3.2.2 El 03/03/14, PROVÍAS efectuó la entrega de terreno al Consultor, la cual estuvo a cargo de la Oficina de Coordinación de Arequipa, suscribiéndose el Acta de Entrega de Terreno
- 3.2.3 Mediante Certificación N° 143-2014-SERNANP-DDE, con 05/05/14, la Dirección de Desarrollo Estratégico del Servicio de Áreas Naturales Protegidas (en adelante SERNANP), comunicó al CONSORCIO que la gráfica de la línea (denominada estudio definitivo para la construcción de la Carretera Vecinal EMP. AR-105 (Visa Chico) – DV Atusire – Dv. Chaucalla – Yanque, Tramo Dv. Chaucalla Yanque. Arequipa) se encontraba superpuesta a la Reserva Paisajística Sub Cuenca del Cotahuasi y su Zona de Amortiguamiento, según Informe N° 364-2014-SERNANP-DDE, precisándose que debía dar cumplimiento a lo establecido en el Decreto Supremo N° 003-201-MINAM.
- 3.2.4 Con Carta N° 010-2014-AMC/Estudio-Chaucalla, de 12/05/14, el demandado comunica que consultó al SERNANP si la vía se encontraba superpuesta a la Reserva Paisajística Sub Cuenca del Cotahuasi y su Zona de Amortiguamiento. El SERNANP confirmó con la Certificación N° 143-2014-SERNANP-DDE que la gráfica de la línea (denominada estudio definitivo para la construcción de la Carretera Vecinal EMP. AR-105 (Visa Chico) – DV Atusire – Dv. Chaucalla – Yanque, Tramo Dv. Chaucalla Yanque. Arequipa) se encontraba superpuesta a la Reserva Paisajística Sub Cuenca del Cotahuasi y su Zona de Amortiguamiento, adjuntando para ello el Informe N° 364-2014-SERNANP-DDE donde se precisa e indica que se debe dar cumplimiento a lo establecido en el Decreto Supremo 003-2011-MINAM.
- 3.2.5 Con Oficio N° 1257-2014-MTC/21 de 22/05/14, PROVÍAS solicitó al SERNANP la emisión de compatibilidad sobre el proyecto a fin de dar cumplimiento a lo establecido en el Artículo 1° del Decreto Supremo N° 03-2011-MINAM. En el ítem 116.1 se menciona lo siguiente: *"Las entidades competentes para suscribir contratos de licencia u otras modalidades contractuales, de otorgar autorizaciones, permisos y concesiones, solicitarán al SERNANP la emisión de Compatibilidad previamente al otorgamiento de derechos orientados al aprovechamiento de recursos naturales, y/o a la habilitación de infraestructura en las Áreas Naturales Protegidas de administración nacional, y/o sus Zonas de Amortiguamiento, o en las Áreas de Conservación Regional"*. En base a ello PROVÍAS alcanzó la información elaborada por el CONSORCIO.
- 3.2.6 Con Oficio N° 596-2014-SERNANP-DGANP de fecha 06/06/14, el SERNANP devolvió a PROVÍAS el expediente de solicitud de emisión de compatibilidad, alcanzando copia de la Resolución Presidencial N° 57-2014-SERNANP, por la cual se establecen los requisitos mínimos de solicitud de compatibilidad mencionando lo siguiente:
- "Al respecto, al efectuar la revisión del expediente alcanzado se denota lo siguiente:
- De acuerdo al texto alcanzado indican que habrá 4 canteras (Sayllo, Larapja, Jatun Siri, Sanahuayco), 2 fuentes de agua, y 11 depósitos de material excedente, entre otros; dichos componentes auxiliares forman parte de la actividad de construcción del camino vecinal, pero no indican las coordenadas UTM; datum y zona (en formato WORD y/o Excel), a fin de poder observar si se encuentra dentro de la Reserva Paisajística Subcuenca del Cotahuasi, en su Zona de Amortiguamiento o fuera de las mismas.



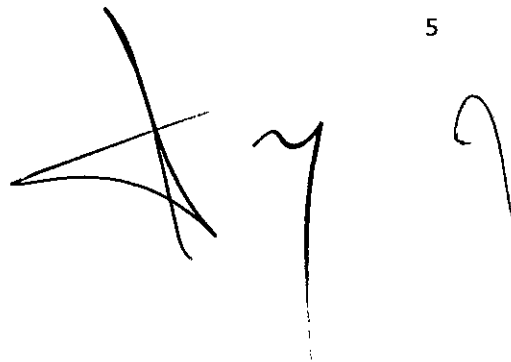
- Incluir el shape file del camino vecinal AR 105 así como todos los componentes auxiliares.
- Es necesario incluir el área a utilizar para la actividad de construcción del camino vecinal AR – 105, en la cual estén inmersos todos los componentes auxiliares de la actividad, la cual será expresa en m² y/o hectáreas.
- Se indica en el texto presentado al DME de la progresiva 20+350, pero ello no sería concordante ya que el punto final del camino vecinal AR-105 es 19+112.00, lo cual es necesario especificar.
- De igual manera una de las fuentes de agua a utilizar por la actividad de construcción del camino vecinal está ubicada en la progresiva 19+706, pero el punto final del camino Vecinal AR105 es 19+112.00, lo cual es necesario aclarar.

Por lo antes mencionado se efectúa la devolución del expediente, y a su vez se alcanza copia de la Resolución Presidencial N° 57-2014-SERNANP, que establece los requisitos mínimos de solicitud de compatibilidad."

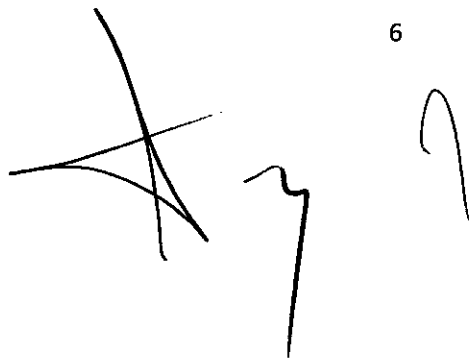
- 3.2.7 Mediante Informe N° 176-2014-MTC/21.UGE/ASE de 16/06/14, el Especialista en Medio Ambiente IV de la Unidad Gerencial de Estudios señaló que el SERNANP requiere información detallada, la misma que debería ajustarse a la Resolución Presidencial N° 57-2014-SERNANP, por lo que recomendó trasladar tal requerimiento al CONSORCIO.
- 3.2.8 Con Oficio N° 501-2014-MTC/21.UGE de 18/06/14, PROVÍAS alcanzó al CONSORCIO el requerimiento efectuado por SERNANP, respecto a la emisión de compatibilidad.
- 3.2.9 Con Carta N° 015-2014/AMC/Estudio-Chaucalla recibida el 23/06/14, el CONSORCIO remite a PROVÍAS la información solicitada para la emisión de compatibilidad requerida por el SERNANP (Expediente N° 11372-2014).
- 3.2.10 Con Oficio N° 1495-2014-MTC/21 de 25/06/14, PROVÍAS remitió información complementaria al SERNANP para la emisión de compatibilidad necesaria para la continuación del estudio definitivo.
- 3.2.11 Con Oficio N° 763-2014-SERNANP-DGANP, de 10/07/14, en atención al Oficio N° 1495-2014-MTC/21, el SERNANP devolvió el expediente.
- 3.2.12 Con Oficio N° 1634-2014-MTC/21 de 16/07/14, se remitió al SERNANP el expediente efectuando correcciones e incorporaciones correspondientes, subsanando las observaciones que fueron planteadas por el Oficio N° 763-2014-SERNANP-DGANP.
- 3.2.13 Con Oficio N° 1813-2014-MTC/21 de 08/08/14, PROVÍAS remitió información complementaria correspondiente al SERNANP para la emisión de compatibilidad. Se alcanzó como información complementaria la precisión de las áreas poligonales detalladas en el Informe N° 230-2014-MTC/21.UGE/ASE.
- 3.2.14 Según Oficio N° 1016-2014-SERNANP-DGANP de 08/09/14, el SERNANP dio respuesta a la solicitud de compatibilidad, concluyendo que la actividad es NO COMPATIBLE con la naturaleza jurídica y condición del Área Natural Protegida, al existir una superposición respecto a la Reserva Paisajística Subcuenca del Cotahuasi.
- 3.2.15 A través del Oficio N° 842-2014-MTC/21.UGE de 15/09/14, se comunicó al CONSORCIO, la respuesta del SERNANP a la solicitud de compatibilidad, ajuntándose el Oficio N° 1016-2014-SERNANP-DGANP.



- 3.2.16 Por Carta N° 021-2014-AMC/Estudio-Chaucalla de 23/09/14, el CONSORCIO comunicó que había recibido el Oficio N° 842-2014-MTC/21.UGE el 16/09/14 y señaló que presentaría el Informe N° 02.
- 3.2.17 Por Carta N° 022-2014-AMC/Estudio-Chaucalla de 03/10/14, el CONSORCIO presentó el Informe N° 02.
- 3.2.18 Mediante Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla de 13/10/14 el CONSORCIO efectuó el apercibimiento de resolución de contrato, requiriendo a PROVÍAS para que, en el plazo de 5 días se dé la aprobación y pago correspondiente al Informe N° 02.
- 3.2.19 Con el Oficio N° 2232-2014-MTC/21, recibido por el CONSORCIO el 17/10/14, se contestó las Cartas N° 021-2014-AMC/Estudio-Chaucalla y 022-2014-AMC/Estudio-Chaucalla, devolviendo el Informe N° 02 al Consultor, dándose por no presentado, debido a que el Estudio definitivo contratado resultaba no compatible por no ser concordante con la Categoría, la Zonificación, el Plan Maestro y los Objetivos de Creación de la Reserva Paisajística Subcuenca del Cotahuasi, según lo señalado por el SERNANP; constituyendo una causal de fuerza mayor que imposibilitaba la continuidad del estudio, haciendo de conocimiento del CONSORCIO que el contrato se encontraba en trámite de resolución por la causal de fuerza mayor.
- 3.2.20 Mediante Oficio N° 2255-2014-MTC/21, recibido por el CONSORCIO el 17/10/14, se contestó la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla, en la que se absolvió el apercibimiento de resolución de Contrato, manifestando que SERNANP había concluido que la actividad no era compatible porque no era concordante con la Categoría, la Zonificación, el Plan Maestro y los Objetivos de Creación de la Reserva Paisajística Subcuenca del Cotahuasi; constituyendo una causal de resolución de contrato por fuerza mayor, que imposibilitaba la continuación del estudio. Asimismo, se le hizo de conocimiento que el contrato en referencia se encontraba en trámite de resolución por dicha causal de fuerza mayor; asimismo, que lo solicitado no se encontraba enmarcado en ninguna de las causales previstas en el artículo 168° del Reglamento.
- 3.2.21 A través de la Resolución Directoral N° 1081-2014-MTC/21 se resolvió el Contrato por causa de fuerza mayor, sin responsabilidad de las partes por la razón antes anotada. Mediante Carta Notarial N° 117281 con fecha 22/10/14 (a horas 3pm), se notificó la Resolución Directoral N° 1081-2014-MTC/21.
- 3.2.22 Con la Carta Notarial N° 294950 recibida el 22/10/14 el consultor resolvió el Contrato, por supuesto incumplimiento de PROVÍAS, al dejar sin efecto la presentación del Informe N° 02 presentado el 03/10/14.
- 3.3. **Respecto de la primera pretensión principal de la demanda, PROVÍAS señala lo siguiente:**
- 3.3.1 Que la falta de compatibilidad del Estudio Definitivo, por el pronunciamiento de SERNANP, genera la resolución del Contrato por caso fortuito o fuerza mayor sin responsabilidad de las partes.



- 3.3.2 Pese a la comunicación de PROVÍAS, el CONSORCIO presentó el Informe N° 2, mediante Carta N° 021-2014-AMC7Estudio-Chaucalla de fecha 23/09/14, demostrado una mala fe contractual debido a que el contrato ya no podía ser ejecutado por la opinión de SERNANP.
- 3.3.3 Según los Términos de Referencia, el Informe N° 2 debía contener el Informe de Ingeniería de la Carretera, el Informe de Ingeniería del Puente y el Informe Ambiental, por lo que no podía presentarse el mencionado informe pues para su elaboración era necesario la aprobación del trazo para el Estudio Definitivo, la cual se encontraba condicionada a la opinión de SERNANP.
- 3.3.4 Asimismo, PROVÍAS señala que dentro de la Cláusula Cuarta del Contrato, se estableció lo siguiente:
"Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación de los servicios deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos ejecutados, a fin que PROVÍAS cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato."
En base a esta cláusula, PROVÍAS alega que el CONSORCIO ha presentado el apercibimiento de Resolución Contractual, el cual sirvió para la resolución del contrato, en el día 10, momento en el cual no podía existir incumplimiento de su parte debido a que tenía hasta esa fecha para pronunciarse respecto a su aprobación o formular alguna observación, pudiendo considerarse un incumplimiento imputable a ellos recién a partir del día 11.
- 3.3.5 Dentro de la línea anterior, alega que el apercibimiento contractual realizado por el CONSORCIO es nulo e ineficaz, lo cual trae como consecuencia la nulidad de la resolución contractual efectuada por el CONSORCIO al no haberse seguido el procedimiento establecido en el artículo 169° del Reglamento, el cual señala lo siguiente:
"Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato."
PROVÍAS cuestiona la resolución contractual efectuada por el CONSORCIO señalando que no puede ser válida por la violación del artículo antes señalado, por lo que el error en que ha incurrido al momento de computar los plazos de parte del CONSORCIO para su apercibimiento, no puede beneficiarlo. Dentro de ello, PROVÍAS alega que no debe otorgársele valor jurídico a un documento nulo.
- 3.3.6 Mediante Carta N° 023-2014-AMC/Chaucalla de 13/10/14, el CONSORCIO otorgó a PROVÍAS 05 días para aprobar y pagar el Informe N° 02, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
- 3.3.7 No obstante lo señalado anteriormente, PROVÍAS señala que la continuidad del estudio estaba supeditada a la certificación de la actividad por parte de SERNANP, siendo esta la que declaró que el estudio no era compatible, lo que se impedía la continuidad del contrato, generando una imposibilidad no imputable a las partes, añadiendo que ello era de conocimiento del CONSORCIO de forma previa a la presentación del Informe N° 02.



- 3.3.8 Asimismo, PROVÍAS menciona que uno de los requisitos, entendido como condición para la presentación del Informe N° 2, era tener la aprobación administrativa por parte de SERNANP para el trazo del Estudio Definitivo de la construcción de la carretera vecinal, por lo que el CONSORCIO no pudo haber presentado el Informe N° 02 ante la falta de una de las condiciones previas. Por ello, la respuesta dada por SERNANP mediante Oficio 1016-2014-SERNANP-DGANP de 08/09/14, constituye una condición irresistible que imposibilitaba de manera definitiva la continuación del contrato.
- 3.3.9 Dentro de esa postura PROVÍAS, en coordinación con el CONSORCIO, plantearon al SERNANP una variante (al eje de la carretera proyectada inicialmente) desde la progresiva 0+000 hasta 9+707.12, cambio de ubicación de las canteras, acceso a las canteras, depósitos de material excedente, campamento y patio de máquinas; a pesar de ello no se consiguió que la actividad sea compatible por parte de SERNANP debido a que no se tenía definido el eje de la carretera (porque se traslapaba desde el inicio hasta el km 9+707.12 con la reserva paisajística subcuenca del Cotahuasi), siendo que no cabe elaborar un estudio sin inicio, sin conectividad a una vía existente.
- 3.3.10 Ante lo señalado en el párrafo anterior, PROVÍAS cuestiona como se ha podido presentar el informe N° 2 sin haber tenido definido el eje de la carretera ni el permiso del SERNANP debido a que este debía contener el levantamiento topográfico, trazo y diseño geométrico al 100%, estudio hidrológico al 100%, estudio de suelos al 100%, estudio de canteras y fuentes de agua al 100%, diseño de pavimento al 100%, estudio de geología y geotecnia al 100%; asimismo, el Informe ambiental, conteniendo: Plan de trabajo, Objetivos del EIA -Estudio de Impacto Ambiental-, Marco Legal (Análisis legal, autorizaciones y permisos), Descripción y análisis del proyecto de infraestructura, Determinación del área de influencia del proyecto, Línea de base ambiental, Diagnóstico arqueológico, el Plan de consulta pública, mapas temáticos, planos y los avances en el trámite del CIRA, avances de los resultados del PACRI.
- 3.3.11 Debido a que la aprobación de parte del SERNANP no se llegó a realizar, se ha generado una imposibilidad de continuar con el contrato. En ese sentido, PROVÍAS menciona que no se podría haber presentado el Informe N° 2 de parte del CONSORCIO si no se contaba con el eje de la carretera autorizado por SERNANP. PROVÍAS concluye señalando que lo solicitado por el CONSORCIO no es técnicamente válido porque el Informe N° 2 dependía de la comunicación que debía efectuar SERNANP sobre la compatibilidad del estudio definitivo, lo cual no llegó a suceder.
- 3.4. **Respecto a la Segunda y Tercera pretensiones principales**, PROVÍAS señala lo siguiente:
- 3.4.1. Que no ha incumplido ninguna de sus obligaciones debido a que la comunicación efectuada por SERNANP, donde se menciona que el

Estudio resulta no compatible, es una condición irresistible, extraordinaria e imprevisible.

- 3.4.2. Mediante Oficio N° 2255-2014/MTC/21, recibido el 17/10/14, PROVÍAS cumplió con contestar la solicitud de aprobación y pago del Informe N° 2 realizada por el CONSORCIO, devolviendo el mismo y teniéndolo como no presentado en base a la comunicación donde se detallaba que el estudio resultaba no compatible.
- 3.4.3. PROVÍAS señala que los hechos que se desarrollaron constituyen una causal de resolución por fuerza mayor, toda vez que no se esperaba que el SERNANP comunique que el estudio resultaba no compatible condicionando, de esa forma, la continuidad del contrato.
- 3.4.4. Dentro de lo expuesto, PROVÍAS menciona que el objeto del contrato era la Elaboración del estudio definitivo para la construcción de la Carretera Vecinal EMP. AR-105 (Visa Chico) – DV Atusire – Dv. Chaucalla – Yanque, Tramo Dv. Chaucalla Yanque, por lo que la construcción se requería para la apertura de una nueva carretera, por la cual se comunicaría a la localidad de Yanque; al no contarse con el permiso para la intervención a nivel de construcción en los primeros 9 kilómetros, no se tenía definido el trazo que seguiría el eje de la carretera, situación que impedía cumplir con el objeto del contrato y que generaba la resolución contractual por causal de Fuerza Mayor y sin culpa de las partes.
- 3.5. **Respecto a la Cuarta pretensión principal**, PROVÍAS expone que existe una mala fe contractual dentro de las acciones realizadas por el CONSORCIO al pretender el pago de una acreencia que no le corresponde llegando a generar el presente proceso arbitral.

IV. De la Contestación a la Demanda Arbitral por parte del CONSORCIO VIAL AREQUIPA

- 4.1. Mediante Resolución N° 01 del 25 de mayo de 2015 se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado a EL CONSORCIO, quien la contestó por escrito de fecha 19 de junio de 2015, solicitando que sea declarada infundada en todos sus extremos y, a su vez, formuló reconvencción.

- 4.2. **Respecto a los antecedentes**, el demandado sostiene lo siguiente:

- 4.2.1. El monto del contrato ascendía a la suma de S/. 827,162.57 Nuevos Soles, incluido IGV, el cual sería pagado de la siguiente manera, según la Cláusula Cuarta del Contrato:

Primer pago:	30% del costo del contrato a la aprobación del Informe N° 1
Segundo pago:	20% del costo del contrato a la aprobación del Informe N° 2
Tercer pago:	30% del monto total del contrato a la aprobación del Informe N° 3 (borrador del informe final)



Cuarto pago:

20% del monto total del contrato a la Resolución de Aprobación del Informe N° 3 (informe final)

- 4.2.2. El plazo para la ejecución del estudio se fijó en 120 días calendario, el mismo que fue iniciado el día 03/03/14.
- 4.2.3. Con fecha 07/05/14 el SENANRP, mediante la Certificación N° 143-2014-SERNANP-DDE, solicitada por el CONSORCIO, comunica que la ubicación de la línea denominada "Estudio Definitivos de la construcción de la carretera vecinal Emp. Ar-105 (Visca-Chico) – Dv. Atusire – Dv. Chaucalla – Yanque, tramo Dv. Chaucalla – Yanque, Arequipa" se encontraba superpuesta a la Reserva Paisajística Subcuenca del Cotahuasi, así como su zona de Amortiguamiento.
- 4.2.4. Mediante Oficio N° 842-2014-MTC/21.UGE, notificado el 16/09/14, PROVÍAS informa, de manera oficial al CONSORCIO sobre la conclusión del procedimiento de certificación que determinó que la actividad materia del Contrato no era compatible con la naturaleza jurídica y condición del área natural protegida.
- 4.2.5. El CONSORCIO, ante la comunicación efectuada por PROVÍAS, el 23/09/14 remitió la Carta N° 021-2014-AMC/Estudio-Chaucalla por la cual hizo de su conocimiento que se habían concluido los trabajos de campo y gabinete, ingeniería, ambientales y sociales de acuerdo a los términos de referencia contratados, correspondientes al Informe N° 2, habiendo transcurrido 7 meses desde el inicio de la consultoría.
- 4.2.6. Con fecha 03/10/14 se presentó a PROVÍAS la Carta N° 022/2014/AMC/Estudio-Chaucalla, la cual adjuntaba el Informe N° 2 con el debido sustento técnico; asimismo, se solicitó el pago de S/. 162,432.51 Nuevos Soles correspondientes al segundo pago establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato.
- 4.2.7. Ante la falta de un pronunciamiento de parte de PROVÍAS, el CONSORCIO remitió la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla, notificada el 13/10/14, realizando el apercibimiento de resolución de contrato por incumplimiento de sus obligaciones contractuales.
- 4.2.8. Con fecha 17/10/14, 14 días después de haber recibido el Informe N° 2 y 4 días después de haber recibido el apercibimiento de resolución del contrato, mediante Oficio N° 2231-2014-MTC/21, PROVÍAS devolvió el Informe N° 2 señalando que la certificación de no compatibilidad realizada por el SERNANP constituye una causal de fuerza mayor que imposibilita la continuación del contrato. Dentro de la comunicación efectuada por PROVÍAS no hizo referencia al apercibimiento de resolución contractual realizado por el CONSORCIO ya que solo se limitó a devolver el Informe N° 2.
- 4.2.9. Mediante Carta Notarial remitida el 22/10/14, el CONSORCIO resolvió el contrato por la falta de aprobación del Informe N° 2 y la falta de pago de la suma de S/. 162,432.51 Nuevos Soles correspondientes al segundo pago establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato.
- 4.2.10. Con fecha 22/10/14 el CONSORCIO recibió el Oficio N° 972-2014-MTC/21.UGE, por el cual, PROVÍAS adjunta la Resolución Directoral N° 1081-2014-MTC/21, de fecha 21/10/14, donde se dispuso resolver el



contrato debido a que el estudio no era compatible porque no era concordante con la Categoría, la Zonificación, el Plan Maestro y los Objetivos de Creación de la Reserva Paisajística Subcuenca del Cotahuasi, según lo señalado por el SERNANP.

4.3. Respecto de la primera pretensión principal de PROVÍAS, señala lo siguiente:

- 4.3.1. Que la decisión de resolver el contrato por fuerza mayor y el hecho de que no exista responsabilidad para ninguna de las partes no significa que evada la responsabilidad de pago sobre lo que, efectivamente, ha trabajado el CONSORCIO.
- 4.3.2. Con referencia a la afirmación de PROVÍAS sobre que el Trazo para el Estudio Definitivo era necesario para la presentación del Informe N° 2, el CONSORCIO señala que según los Términos de Referencia, el informe solo estaba condicionado a la aprobación del Informe N° 1, dentro de los 45 días de haberse aprobado este. Asimismo, como parte integrante del Informe N° 2 se exigía el levantamiento topográfico, trazo y diseño geométrico al 100%, sin embargo, el Trazo al 100% era un requisito tanto del Informe N° 1 como del Informe N° 2, como consta en los Términos de Referencia.
- 4.3.3. El CONSORCIO alega que, al haber PROVÍAS aprobado y pagado en su integridad el Informe N° 1, el trazo estuvo concluido y aprobado al 100%, incluso, antes de la presentación del Informe N° 2, mediante el Oficio N° 444-2014-MTC/21.UGE recibida el 09/06/14.
- 4.3.4. Con referencia a la viabilidad del proyecto, el CONSORCIO señala como antecedente que los propios Términos de Referencia indicaban que en el año 2013, el proyecto estaba plenamente saneado antes de proceder con la contratación de la consultoría materia del contrato.
- 4.3.5. Dentro de los argumentos expuestos, el CONSORCIO alega que PROVÍAS no ha podido justificar técnicamente cómo llega a la conclusión de que el certificado del SERNANP condicionaba la aprobación del Trazo para el Estudio Definitivo. En la misma línea, en el acápite "Términos de Referencia para la Evaluación Ambiental" se precisa que uno de los permisos y/o autorizaciones, a cargo del CONSORCIO, era el de SERNANP (de ser necesario), no obstante, en ningún extremo de los términos de referencia ni del contrato se indica que la certificación del SERNANP se debía dar en un momento determinado de la Consultoría o que condicionaba algún paso, documento o informe.
- 4.3.6. Con referencia al apercibimiento de resolución del contrato, el CONSORCIO señala que la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla fue remitida el 13/10/14, último día que tenía PROVÍAS para la aprobación del Informe N° 2 y, por consiguiente, el pago de la suma adeudada; sin embargo, PROVÍAS devolvió el Informe N° 02 el 17/10/14, mediante Oficio N° 2232-2014-MTC/21, sin emitir pronunciamiento sobre el apercibimiento realizado.

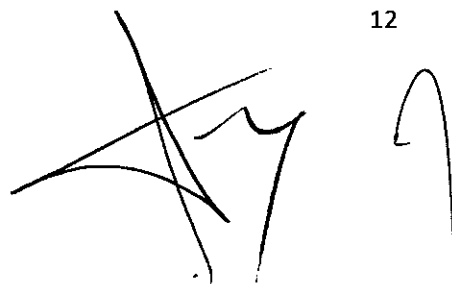


- 4.3.7. El CONSORCIO considera que al no haberse presentado alguna comunicación de parte de PROVÍAS con referencia al apercibimiento y que la devolución del Informe N° 2 fue realizada 14 días después de haberse presentado, se ha convalidado la situación de incumplimiento de obligaciones contractuales generando la validez de la resolución del contrato efectuada en el apercibimiento.
- 4.3.8. En la línea de lo argumentado anteriormente, el CONSORCIO considera que ante la certificación de no compatibilidad por parte del SERNANP, la continuidad de la ejecución de la consultoría material del contrato se vio frustrada, teniendo como consecuencia la resolución del contrato por motivos de fuerza mayor; sin embargo, esto tuvo consecuencias económicas negativas dentro del CONSORCIO debido a la expectativa económica durante la vigencia contractual.
- 4.3.9. Asimismo, el CONSORCIO señala que el hecho de que la compatibilidad ambiental haya determinado la no continuación del estudio, no tiene porqué perjudicarlos económicamente ya que se ha llegado a generar un gasto equivalente al 80% de sus recursos para el cumplimiento de los Informes N° 1 y N° 2.
- 4.3.10. Considerando lo anterior, el CONSORCIO considera incorrecto que la no continuidad del contrato no genere consecuencias económicas negativas, por lo que PROVÍAS no puede eximirse de su responsabilidad del pago por lo efectivamente trabajo, por parte del demandado, amparándose en la no continuación de la consultoría configurándose un enriquecimiento indebido.
- 4.3.11. El CONSORCIO señala que PROVÍAS no puede catalogar como imposible la presentación del Informe N° 2 sin ningún pronunciamiento técnico sobre el fondo; de igual forma, el demandado alega que, hasta la fecha, no ha recibido ningún documento oficial en el que se rechace u observe el contenido del Informe N° 2.
- 4.3.12. Por lo antes expuesto, el CONSORCIO alega que si PROVÍAS no ha emitido pronunciamiento dentro del plazo que contaba para ello, según la cláusula cuarta del contrato, y lo expuesto en los párrafos anteriores, no puede desconocer el trabajo efectivamente realizado.
- 4.3.13. Con referencia al cómputo de plazos para el apercibimiento, la resolución del contrato presentada por PROVÍAS se ha realizado al noveno día de notificado el apercibimiento y no al sexto día como correspondía según el plazo otorgado, por lo que igual se configuró el incumplimiento de parte del demandante. Por lo expuesto, el CONSORCIO señala que la Carta N° 023-2014-AMC, de 13/10/14, por la cual efectúa el apercibimiento de resolución de contrato, es válida y la primera pretensión de PROVÍAS debe ser declarada infundada.
- 4.4. **Respecto de la segunda y tercera pretensión principal de PROVÍAS, el CONSORCIO señala lo siguiente:**
- 4.4.1. Que lo afirmado por PROVIAS, con referencia a la respuesta del apercibimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales, no es



cierto debido a que, conforme a lo apreciado en el Oficio N° 225-2014-MTC/21, recibido el 17/10/14, no existe pronunciamiento respecto del referido apercibimiento, ni siquiera alguna mención al incumplimiento de las obligaciones limitándose a la devolución del Informe N° 2 por la inviabilidad del proyecto.

- 4.4.2. Con referencia a la causal de fuerza mayor por la cual PROVÍAS no aprobó el Informe N° 2 junto con la falta de pago del importe correspondiente, el CONSORCIO señala que la referida causal que precisó la no continuación de la consultoría no puede eximir a PROVÍAS de pagar los trabajos que efectivamente se realizaron.
- 4.4.3. Con referencia al apercibimiento realizado, el CONSORCIO señala que si bien PROVÍAS contaba con 10 días para aprobar el Informe N° 2, presentado el 03/10/14, al no haberse manifestado con referencia a la aprobación u observación del informe en el único documento que cursaron (Oficio N° 2255-2014-MTC, recibido el 17/10/14) se ha convalidado el apercibimiento configurándose la situación de incumplimiento de obligaciones.
- 4.4.4. Con referencia a la Resolución Directoral N° 1081-2014-MTC/21, notificada el 22/10/14, por la que se resuelve el contrato, el CONSORCIO sostiene que PROVÍAS informa, de manera oficial, el 16/09/14, mediante Oficio N° 842-2014-MTC/21.UGE que la conclusión del procedimiento de certificación determinó que la actividad materia del Contrato no era compatible con la naturaleza jurídica y condición del área natural protegida; por lo que, a pesar de haber recibido el Informe el día 03/10/14, recién el 17/10/14, el demandante procede a devolverlo con el Oficio N° 2255-2014-MTC/21 sin emitir pronunciamiento sobre el fondo del mismo ni sobre el apercibimiento de resolución de contrato.
- 4.4.5. El CONSORCIO alega que si la consecuencia de la determinación realizada por el SERNANP era la resolución del contrato por motivo de fuerza mayor, por qué PROVÍAS notifica la Resolución Directoral N° 1081-2014-MTC/21 el 22/10/14 si tenía conocimiento de la no compatibilidad desde antes del 16/09/14.
- 4.4.6. Por ello el CONSORCIO estima que la resolución del contrato efectuada mediante Carta Notarial N° 294950 de 20/10/14, es válida y eficaz.
- 4.5. **Respecto de la cuarta pretensión principal de PROVÍAS**, el CONSORCIO señala que al haber acreditado que las tres pretensiones principales del demandante carecen de sustento, aseverando que deben ser declaradas infundadas, por lo que los costos y costas no pueden serle atribuibles.
- 4.6. **Como fundamento de derecho**, el CONSORCIO sustenta su contestación en la Cláusula Cuarta del Contrato, los Términos de Referencia respecto del contenido de los Informes N° 1 y 2 (páginas 39, 40, 41, 42 y 43) y los artículos 167° y 168° del Reglamento.



V. De la Reconvención presentada por el CONSORCIO:

5.1. Mediante el referido escrito de 19 de junio de 2015, el CONSORCIO formuló reconvención contra PROVÍAS, planteando las siguientes pretensiones:

- 5.1.1. **Primera Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral declare que el requerimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales bajo apercibimiento de Resolución del Contrato N° 038-2014-MTC/21, efectuado mediante Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla presentada por el Consorcio Vial Arequipa el 13/10/15 ha sido convalidado por Provías Descentralizado ante la falta de pronunciamiento dentro del plazo conferido.
- 5.1.2. **Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal:** Como consecuencia de la declaración de convalidación por parte de Provías Descentralizado de la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla presentada el 13/10/15, que el Tribunal Arbitral declare válida y eficaz la resolución del contrato efectuada por Consorcio Vial Arequipa mediante Carta Notarial N° 294950 remitida el 22/10/14
- 5.1.3. **Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal:** Como consecuencia de la declaración de convalidación por parte de Provías Descentralizado de la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla presentada el 13/10/15, que el Tribunal Arbitral declare nula e ineficaz la Resolución Directoral N° 1081-2014-MTC/21 de fecha 21/10/14 que resuelve el contrato por causas de fuerza mayor sin responsabilidad para las partes
- 5.1.4. **Segunda Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral apruebe el Informe N° 2 presentado por Consorcio Vial Arequipa mediante Carta N° 022-2014-AMC/Estudio-Chaucalla y ordene el pago a favor del Consorcio de S/. 162,432.51 por dicho concepto, ante la falta de pronunciamiento de PROVIAS dentro del plazo de 10 días establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato N° 038-2014-MTC/21.
- 5.1.5. **Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral ordene a Provías Descentralizado el pago de S/. 162,432.51 por concepto de Indemnización por Enriquecimiento Indebido, correspondiente a los trabajos efectivamente realizados por el Consorcio Vial Arequipa desde el inicio de la consultoría hasta la presentación del Informe N° 2 mediante Carta N° 022-2014-AMC/Estudio-Chaucalla remitida el 03/10/14
- 5.1.6. **Tercera Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral Descentralizado ordene el pago de S/. 58,415.44 correspondiente a la utilidad que el Consorcio Vial Arequipa pretendía obtener con la ejecución de la consultoría material del Contrato N° 038-2014-MTC/21, según el Plan de Utilización del Adelante Directo, en vista que la ejecución del referido contrato fue frustrada por la incompatibilidad declarada por el SERNANP.



- 5.1.7. **Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral ordene a Provías Descentralizado el pago de S/. 58,415.44 a favor del Consorcio Vial Arequipa por concepto de Indemnización de Daños y Perjuicios, comprendida por el Lucro Cesante con el que ha sido perjudicado al haberse frustrado la continuidad de la ejecución del Contrato N° 038-2014-MTC/21 por la incompatibilidad declarada por el SERNANP.
- 5.1.8. **Cuarta Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral disponga que PROVÍAS asuma los costos y costas del proceso.
- 5.2. **Con referencia a los fundamentos de hecho,** el CONSORCIO sustenta sus pretensiones en los argumentos esgrimidos a lo largo de su escrito de contestación de demanda, precisando ciertos puntos:
- 5.2.1. **Con referencia a la pretensión subordinada de Enriquecimiento Indebido,** el CONSORCIO señala que PROVÍAS no puede eximirse de su responsabilidad de pago por lo efectivamente trabajado por el demandando, amparándose en la no continuación de la consultoría.
- 5.2.2. Asimismo, señala que el sustento para que esto sea materia de arbitraje se da en el Clausula Arbitral contemplada en el contrato con el fin de evitar recurrir al Poder Judicial para las controversias que surgieran con motivo de la ejecución del mismo.
- 5.2.3. Dentro de lo expuesto, el CONSORCIO señala que pese a que la figura del enriquecimiento indebido se encuentra contemplada en el Código Civil Peruano vigente, existe una relación intrínseca entre: (i) la indebida actuación de Provías Descentralizado durante la ejecución del contrato, (ii) el perjuicio de nuestra representada que se ha visto empobrecida económicamente y, (iii) el beneficio de PROVÍAS con lo efectivamente trabajado en el informe N° 2.
- 5.2.4. Por lo mencionado, el CONSORCIO solicita que si el Tribunal Arbitral no dispone la aprobación del Informe N° 2, se pague, por concepto de Enriquecimiento Indebido, la suma de S/. 162, 432.51
- 5.2.5. **Con referencia al pago del lucro cesante,** el CONSORCIO señala que le corresponde S/. 58, 415.44 debido a que el contrato fue resuelto por el incumplimiento de las obligaciones contractuales de PROVÍAS. Asimismo, al existir una ganancia que ha dejado de obtener como consecuencia del hecho imputable a PROVÍAS, por incumplimiento de obligaciones contractuales, se ha ocasionado un detrimento económico al demandado, el cual debe ser resarcido.

VI. Contestación de la Reconvención por parte de PROVÍAS

- 6.1 Mediante Resolución N° 4, de 03 de agosto de 2015, se tuvo por contestada la reconvención, de acuerdo al escrito presentado por PROVÍAS de fecha 31 de julio de 2015, en el cual dedujo además excepción de incompetencia.

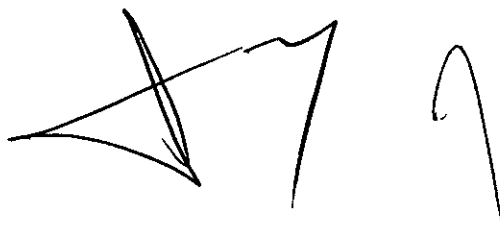


6.2 Sobre la primera pretensión principal y la primera y segunda pretensión accesoria de aquella , PROVÍAS señala:

- 6.2.1. Que el CONSORCIO ha modificado sus pretensiones con referencia a su solicitud de arbitraje que habían presentado en un inicio y que se llegó a acumular en el presente proceso.
- 6.2.2. Asimismo, el demandante alega que el CONSORCIO no puede aseverar que se ha configurado un incumplimiento contractual debido a que el día en que fue efectuado el apercibimiento, PROVÍAS se encontraba dentro del plazo para poder pronunciarse respecto del Informe N° 2, por lo que este punto no constituye materia controvertida.
- 6.2.3. Dentro de lo expuesto, PROVÍAS señala que el CONSORCIO tenía pleno conocimiento de las dificultades del estudio desde el primer pronunciamiento emitido por el SERNANP, de fecha 07/05/14, en esa línea, se le informó de la imposibilidad de continuación del estudio debido al pronunciamiento del SERNANP con fecha 16/09/14. En concordancia con lo anterior, el demandante señala que el CONSORCIO no ha señalado los hechos que habrían originado la convalidación que alegan, por lo que solo se remiten a señalar que esta se habría dado por no existir un pronunciamiento de parte de PROVÍAS. Por lo expuesto, el demandante señala que el CONSORCIO está buscando que el Tribunal Arbitral, por medio de la convalidación, valide una inaplicación de cláusulas contractuales y normas de derecho público, como la ley de contrataciones y el reglamento.
- 6.2.4. A su vez, PROVÍAS menciona que no existió obligación de pronunciarse sobre el apercibimiento contractual, presentado por el CONSORCIO, debido a que en el momento en que fue remitido no existía ningún tipo de incumplimiento de parte del demandante. Por ello, al no existir un apercibimiento contractual válido por parte del demandado, no procedía resolución de contrato ya que de darse se generaría una vulneración al Artículo 169° del Reglamento.
- 6.2.5. En consecuencia, el apercibimiento no ha cumplido con los requisitos de validez que le corresponden conforme al Reglamento ni con el presupuesto de la acción, el cual radica en el incumplimiento de alguna obligación de parte de PROVÍAS.
- 6.2.6. Con respecto a la solicitud de convalidación, PROVÍAS alega que no puede existir una convalidación tácita debido a que nos encontramos en el marco de derecho público, donde las normas buscan garantizar la seguridad jurídica y son de obligatorio cumplimiento por lo que no ha existido convalidación debido a que se cometió un error que conllevó a la nulidad del procedimiento de resolución contractual.

6.3 Con respecto a la segunda pretensión principal, PROVÍAS señala lo siguiente:

- 6.3.1. Que el Informe N° 2 no puede aprobarse debido a que fue la comunicación del SERNANP la que concluyó que la actividad del



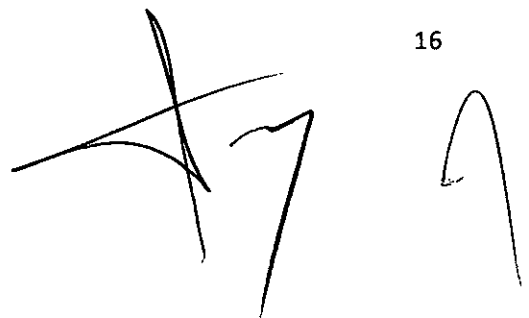
estudio es no compatible, por lo que al no contar con el estudio definitivo aprobado, el cual es necesario para ejecutar una obra se ha imposibilitado la continuidad del contrato.

- 6.3.2. Asimismo, PROVÍAS alega que la finalidad que guardaba el contrato era la realización de un estudio para la construcción de una carretera vecinal; en ese sentido, el Informe solo sería aprobado siempre que se verificasen las condiciones que planteaba el contrato (Términos de referencia), por lo que al no presentarse dichas situaciones en el presente caso, por un evento externo a las partes, no se puede aprobarse el mencionado informe.
- 6.3.3. PROVÍAS señala que el CONSORCIO tenía pleno conocimiento de los problemas suscitados con SERNANP desde el mes de mayo de 2014 y, pese a ello, presentó el Informe N° 2, por lo que el demandante asevera que el demandado ha actuado con mala fe contractual y con el único fin de obtener un beneficio económico indebido.
- 6.3.4. El demandante señala que la Cláusula Cuarta del contrato establece que el responsable de otorgar la conformidad de los servicios deberá hacerlo en un plazo que no exceda los diez (10) días calendario de ser estos ejecutados, a fin de que PROVIAS cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato. Por ello, cuando se presentó una condición irresistible para la continuidad del contrato, se procedió a devolver el Informe N° 2.

6.4 Respecto a la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal, PROVÍAS señala:

- 6.4.1. Que no existe enriquecimiento indebido debido a que al Consorcio se le ha pagado por el Informe N° 1 y, recién, cuando el SERNANP remite su comunicado donde se afirma la incompatibilidad del estudio es que ya no se continúa con el contrato por motivo de fuerza mayor.
- 6.4.2. En base a ello, la solicitud que remite el CONSORCIO no es técnicamente válida debido a que el informe N° 02 estaba supeditado a la comunicación del SERNANP.
- 6.4.3. Con respecto al fin del contrato, PROVÍAS señala que el CONSORCIO no fue contratado por trabajos efectivamente realizados sino por los Informes conforme a lo señalado en los Términos de Referencia.
- 6.4.4. PROVÍAS señala que para que exista un enriquecimiento sin causa deben coexistir diversos elementos, entre ellos: la ventaja patrimonial de una parte en desmedro del otro y sin que existas justificación alguna para ello, por lo que en el referido caso no se presenta la ventaja ya que el Informe presentado por el CONSORCIO no será usado en razón de la imposibilidad decretada por el SERNANP.

6.5 Respecto a la tercera pretensión principal, PROVÍAS alega lo siguiente:



- 6.5.1. Que no pueden ser imputados con referencia al pago de utilidades ya que la resolución del contrato se dio sin culpa de las partes por lo que, de conformidad con el artículo 44° de la Ley de Contrataciones, no existe responsabilidad para ninguna de ellas.
- 6.5.2. Asimismo, el presente contrato era uno de suma alzada, por tanto el monto del contrato es único, correspondiendo el pago por los Informes aprobados, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato, por lo que de no poderse continuar con el contrato no cabe la aprobación ni pago por utilidad.
- 6.6 **Respecto a la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal**, PROVÍAS señala que en el presente caso no se ha presentado un hecho antijurídico debido a que fue el pronunciamiento del SERNANP el que imposibilitó la continuidad del contrato suscrito con el CONSORCIO; por lo que al no existir uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil no resulta posible indemnización alguna.
- 6.7 **Respecto a la cuarta pretensión principal**, PROVÍAS señala que en base a los argumentos expuestos en su escrito de contestación de demanda, se puede apreciar la ausencia de fundamentos de hecho y de derecho de parte del CONSORCIO por lo que debería ser responsable de los costos y costas que se generen por la tramitación del presente proceso arbitral.

VII. De la excepción de incompetencia deducida por PROVÍAS

- 7.1 Mediante el referido escrito de fecha 31 de julio de 2015, PROVÍAS deduce excepción de incompetencia en contra de la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal. Al respecto PROVÍAS señala:
- 7.1.1. Que el enriquecimiento sin causa no ha sido determinado por las partes como una materia arbitrable dentro de los alcances del convenio arbitral, así como tampoco ha sido una materia sometida a decisión del tribunal arbitral, pues las partes, en el convenio arbitral, no acordaron que se podría llevar como pretensión del arbitraje por lo que el Tribunal Arbitral es incompetente para resolver dicha pretensión.
- 7.1.2. Dentro de lo señalado, PROVÍAS fundamenta su posición en lo expuesto en el Convenio Arbitral ubicado en el contrato donde se señala que:
"Las partes acuerdan que las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o nulidad del Contrato, se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje"
- 7.1.3. Por lo expuesto, señala que el enriquecimiento sin causa es una obligación que nace de una fuente distinta del Contrato, en ese sentido, no puede asumirse que el enriquecimiento deviene por algún motivo de la ejecución del contrato por la naturaleza que guarda este remedio ya que de ser el caso se daría un enriquecimiento con causa.



VIII. Audiencia de Fijación Puntos Controvertidos

- 8.1 Por Resolución 05 de fecha 28 de agosto de 2015 se dejó constancia de que EL CONSORCIO no absolvió el traslado conferido sobre la Excepción de Incompetencia deducida y se citó a las partes a Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, la misma que se llevó a cabo el 09 de setiembre de 2015, con la asistencia del pleno del Tribunal y de ambas partes.
- 8.2 En dicho acto, el Tribunal Arbitral invocó a las partes para que llegaran a un acuerdo conciliatorio, manifestando los representantes de las partes que no era posible llegar a un acuerdo conciliatorio. No obstante, en aquella oportunidad se dejó abierta la posibilidad de que ellas logren dicho acuerdo en cualquier etapa del arbitraje.
- 8.3 Posteriormente, el Tribunal Arbitral con la participación y precisiones de las partes, estableció los puntos controvertidos, sobre la base de las pretensiones y defensas planteadas:

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla de fecha 13.10.2014, por la cual el Consorcio Vial Arequipa otorgó 5 días a PROVIAS para la aprobación y pago correspondiente del Informe N° 2, bajo apercibimiento de resolver el Contrato N° 038-2014-MTC/21 por causas imputables a PROVIAS.

Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no se declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 294950 de fecha 20.10.2014, por la cual el Consorcio Vial Arequipa dispuso resolver el Contrato N° 038-2014-MTC/21 por causas imputables a PROVIAS.

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no se declare la validez y eficacia de la Resolución Directoral N° 1081-2014-MTC/21 de fecha 21.10.2014, mediante la cual PROVIAS procedió a resolver el Contrato N° 038-2014-MTC/21 por causas de fuerza mayor y sin responsabilidad de las partes.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no se declare que el requerimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales bajo apercibimiento de resolución del Contrato N° 038-2014-MTC/21, efectuado mediante Carta N° 023-2014-AMC/Estudio- Chaucalla, presentada por Consorcio Vial Arequipa, ha sido convalidado por Provías Descentralizado, ante la falta de pronunciamiento dentro del plazo conferido.

Quinto Punto Controvertido: De determinarse de manera afirmativa el punto anterior, determinar si corresponde o no que se declare válida y eficaz la resolución del Contrato efectuada por el Consorcio Vial Arequipa, mediante Carta Notarial N° 294950 remitida el 22/10/14.

Sexto Punto Controvertido: De determinarse de manera afirmativa el cuarto punto controvertido, determinar si corresponde o no declarar nula e ineficaz la Resolución Directoral N° 1081-2014-MTC/21 de fecha 21/10/14,



que resuelve el contrato por causas de fuerza mayor, sin responsabilidad de las partes.

Sétimo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal apruebe el Informe N° 2 presentado por Consorcio Vial Arequipa mediante Carta N° 022-2014-AMC/Estudio-Chaucalla y ordene el pago a favor del Consorcio de S/ 162,432 por dicho concepto, ante la falta de pronunciamiento de PROVIAS dentro del plazo de 10 días establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato N° 038-2014-MTC/21.

Octavo Punto Controvertido: En caso se desestime el punto anterior, determinar si corresponde o no ordenar a Provías Descentralizado a que pague S/. 162,432.51 al Consorcio, por concepto de indemnización por enriquecimiento indebido, correspondiente a los trabajos efectivamente realizados por el Consorcio Vial Arequipa, desde el inicio de la consultoría hasta la presentación del Informe N° 2, mediante Carta N° 022-2014-AMC/Estudio-Chaucalla remitida el 03/10/14.

Noveno Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene el pago de S/ 58,415.44 correspondiente a la utilidad que el Consorcio pretendía obtener con la ejecución de la consultoría materia del Contrato, según el Plan de Utilización del Adelanto Directo, en vista que la ejecución del referido contrato habría sido frustrada por la incompatibilidad declarada por el SENANP.

Décimo Punto Controvertido: En caso se desestime el punto anterior, determinar si corresponde o no que se ordene a Provías Descentralizado el pago de S/ 58,415.44 a favor del Consorcio, por concepto de Indemnización por daños y perjuicios, comprendida por el lucro cesante, al haberse frustrado la continuidad de la ejecución del Contrato por la incompatibilidad declarada por el SERNANP.

Décimo Primero Punto Controvertido: Determinar a quién corresponde asumir el pago de los costos y costas que irroge el presente arbitraje.

- 8.4 El Tribunal Arbitral dejó establecido que se reservaba la facultad de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere apropiado, sin que éste sea necesariamente el establecido en el Acta y que, de determinarse al pronunciarse sobre alguno de ellos, que carece de objeto pronunciarse sobre otros con los que guarde vinculación por la secuencia lógica de razonamiento, podrá omitir pronunciarse sobre estos últimos, expresando las razones de dicha omisión sin que ello genere algún tipo de nulidad.
- 8.5 En la misma audiencia se admitieron los medios probatorios de la demanda, contestación de la demanda, acumulación de pretensiones y contestación a la acumulación de pretensiones.

IX. Cierre de Etapa Probatoria

Mediante Resolución N° 9 de 05 de noviembre de 2015 se declaró el cierre de la etapa probatoria, otorgándose el plazo de cinco días hábiles, para que presenten sus alegatos escritos.



X. Alegatos

Con fecha 12 de noviembre de 2015, dentro del plazo conferido, PROVÍAS y EL CONSORCIO presentaron sus alegatos escritos, solicitando informe oral.

XI. Informe Oral

Con fecha 22 de diciembre de 2015 se realizó la Audiencia de Informe Oral con la participación del Tribunal Arbitral y la asistencia de las partes, en la que ambas tuvieron plena oportunidad de exponer sus alegatos finales. En dicha Audiencia la Secretaría Arbitral dejó constancia que PROVÍAS no había acreditado el pago de la tasa administrativa del Centro de Arbitraje, razón por la cual no era posible pasar a etapa de laudo. El pago de la referida tasa ha sido acreditado durante el plazo para laudar.

XII. Plazo para laudar

Mediante Resolución N° 16 de fecha 03 de mayo de 2016 se otorgó a PROVÍAS el plazo de diez (10) días para que cumpla con cancelar la tasa del Centro, declarándose que los autos se encontraban en estado para laudar, por lo que fijó el plazo para expedir el laudo en treinta (30) días hábiles.

XIII. Cuestiones Preliminares

Que antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes y la Ley a la que se sometieron de manera incondicional.
- Que en momento alguno se ha recusado a alguno de los árbitros o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
- Que EL DEMANDANTE presentó su demanda dentro del plazo dispuesto y ejerció plenamente su derecho de defensa.
- Que EL DEMANDADO fue debidamente emplazado con la demanda, contestándola, reconviniendo y ejercitando plenamente su derecho de defensa.
- Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas.
- Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
- Que las decisiones del Tribunal Arbitral no han sido materia de objeción o reconsideración durante el desarrollo del proceso.
- Que el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente proceso arbitral.



- Las partes en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos solicitaron al Tribunal Arbitral que éste se pronuncie sobre diversos puntos por ellas propuestos.
- En dicha Audiencia, luego de oír a las partes, el Tribunal Arbitral procedió a fijar los Puntos Controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas con la conformidad de las partes.
- Al respecto, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que procederá a pronunciarse respecto de los Puntos Controvertidos fijados, en la forma y en el orden que considere conveniente, para resolver de manera adecuada la totalidad de las controversias materia del presente arbitraje.

XIV. CONSIDERANDO

14.1. Análisis del Primer, Cuarto, Quinto y Sexto Puntos Controvertidos

- 14.1.1. En este apartado, el Tribunal Arbitral analizará las pretensiones planteadas por las partes, contenidas en el primer, cuarto, quinto y sexto puntos controvertidos, que están referidos a lo siguiente:

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla de fecha 13.10.2014, por la cual el Consorcio Vial Arequipa otorgó 5 días a PROVIAS para la aprobación y pago correspondiente del Informe N° 2, bajo apercibimiento de resolver el Contrato N° 038-2014-MTC/21 por causas imputables a PROVIAS.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no se declare que el requerimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales bajo apercibimiento de resolución del Contrato N° 038-2014-MTC/21, efectuado mediante Carta N° 023-2014-AMC/Estudio- Chaucalla, presentada por Consorcio Vial Arequipa, ha sido convalidado por Provias Descentralizado, ante la falta de pronunciamiento dentro del plazo conferido.

Quinto Punto Controvertido: De determinarse de manera afirmativa el punto anterior, determinar si corresponde o no que se declare válida y eficaz la resolución del Contrato efectuada por el Consorcio Vial Arequipa, mediante Carta Notarial N° 294950 remitida el 22/10/14.

Sexto Punto Controvertido: De determinarse de manera afirmativa el cuarto punto controvertido, determinar si corresponde o no declarar nula e ineficaz la Resolución Directoral N° 1081-2014-MTC/21 de fecha 21/10/14, que resuelve el contrato por causas de fuerza mayor, sin responsabilidad de las partes.

- 14.1.2. El Tribunal Arbitral considera pertinente para iniciar el análisis, repasar los conceptos de nulidad e ineficacia que sustentan la pretensión contenida en el primer punto controvertido.
- 14.1.3. Sobre el particular, de acuerdo con Taboada, los negocios o actos jurídicos *ineficaces* son aquellos que nunca han producido efectos jurídicos, o aquellos que habiéndolos producido, dejan de producirlos posteriormente por la aparición de una causal sobreviniente a la celebración del mismo negocio¹.

¹ Taboada Córdova, Lizardo (2002) "Nulidad del acto jurídico". Grijley. Lima. pp. 11-12

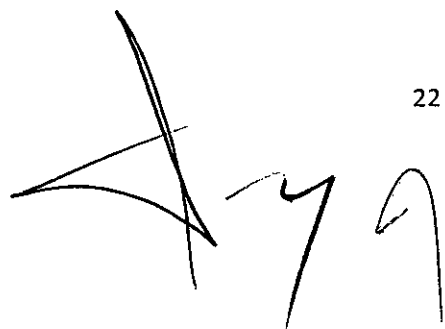


- 14.1.4. Al respecto, de acuerdo con el autor antes citado², la ineficacia puede ser de dos tipos: *ineficacia originaria*, también llamada *estructural* o *intrínseca*, e *ineficacia funcional*.
- 14.1.5. En los supuestos de *ineficacia originaria*, el negocio o nunca produce efectos jurídicos por haber nacido muerto o los ya producidos dejan retroactivamente de surtir eficacia jurídica por haber nacido el acto que los generó gravemente enfermo. En tal sentido, la ineficacia originaria se presenta en dos supuestos: la *nulidad* y la *anulabilidad*, recibiendo ambas el nombre genérico de *invalidéz* en el Código Civil.
- 14.1.6. En este punto, resulta importante indicar que de acuerdo con lo establecido en el Código Civil, que es de aplicación supletoria a los contratos estatales, los actos jurídicos son nulos cuando³: (i) falta la manifestación de voluntad del agente; (ii) se haya practicado por persona absolutamente incapaz; (iii) su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable; (iv) su fin sea ilícito; (v) adolezca de simulación absoluta; (vi) no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad; (vii) la ley lo declara nulo; y (viii) en el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa. En tanto que son anulables⁴: (i) por incapacidad relativa del agente; (ii) por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación; (iii) por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero; y (iv) cuando la ley lo declara anulable.
- 14.1.7. Por su parte, los supuestos de *ineficacia funcional* son todos aquellos en los cuales un negocio jurídico que venía produciendo normalmente efectos jurídicos, deja de producirlos en adelante por la aparición de una causal sobreviniente a la celebración del negocio jurídico; siendo los supuestos típicos de ineficacia funcional la *resolución* y la *rescisión*.
- 14.1.8. De lo señalado hasta el momento se desprende, entonces, que la nulidad es un supuesto de ineficacia, siendo que nuestro Código Civil reconoce expresamente los supuestos que originan la nulidad de un acto jurídico, disponiendo además en el artículo 220 que esta puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público y, de igual forma, puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.
- 14.1.9. En el caso materia de análisis, PROVIAS sostiene que la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla de fecha 13 de octubre de 2014, por la cual el CONSORCIO le otorgó cinco días para la aprobación y pago del Informe N° 2, bajo apercibimiento de resolver el contrato por incumplimiento; es nula y/o ineficaz, pues considera que en ese momento PROVIAS se encontraba dentro del plazo que la normativa de contratación estatal le

² Ibidem. p. 12

³ Código Civil. Art. 219

⁴ Código Civil. Art. 221



fijaba para otorgar conformidad y proceder al pago del referido Informe N° 2; es decir, señala PROVIAS, que no se encontraba dentro de una situación de incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

- 14.1.10. Si bien no lo señala expresamente, de los argumentos que sustentan su pretensión se desprende que PROVIAS postula que el acto jurídico contenido en la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla es nulo por contener un imposible jurídico, esto es un apercibimiento de resolución contractual por incumplimiento (con la correspondiente exigencia de las obligaciones presuntamente incumplidas), cuando no sería posible jurídicamente que se presente tal situación de incumplimiento contractual en la medida que el plazo legal que justamente tenía para cumplir aún no había vencido.
- 14.1.11. En esta coyuntura, el Tribunal Arbitral considera conveniente remitirse a las normas de contratación estatal aplicables al caso, para efectos de evaluar la pretensión planteada por PROVIAS.
- 14.1.12. Sobre el particular, de acuerdo con el literal c) del artículo 40 del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, a todo contratista le asiste el derecho de resolver el contrato si es que la Entidad ha incumplido algunas de sus obligaciones esenciales. Para estos efectos, es necesario que el Contratista emplace a la Entidad mediante carta notarial y esta última no haya subsanado su incumplimiento⁵.
- 14.1.13. En línea con lo establecido en la Ley, el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, referido al procedimiento de resolución de contrato, establece lo siguiente: "Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. (...) Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato" (subrayado agregado).
- 14.1.14. Los dispositivos antes citados permiten concluir que la normativa de contratación estatal ha establecido claramente que el requerimiento para

⁵ "Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento." (subrayado agregado)



el cumplimiento de obligaciones, fijado como requisito previo a la resolución contractual por incumplimiento, se debe dar en un contexto en el que una de las partes esté incumpliendo la obligación reclamada. Ello en razón a que sería absurdo que se reclame el cumplimiento de una obligación que no ha sido incumplida, máxime si se considera que esta exigencia de cumplimiento va acompañada de un apercibimiento de resolución contractual.

- 14.1.15. De forma tal que en el supuesto de comprobarse la hipótesis de que en el marco de la ejecución de un contrato estatal, una de las partes exigiera el cumplimiento de una obligación –como paso previo para la resolución del mismo - cuando dicha obligación no ha sido efectivamente incumplida o cuando el plazo para su cumplimiento aún no esté vencido, tal exigencia de cumplimiento sería nula, por significar un supuesto de imposible observancia jurídica. Con esta premisa corresponde evaluar el caso concreto.
- 14.1.16. En ese sentido, consta en el expediente arbitral que mediante Carta N° 022-2014-AMC/Estudio-Chaucalla, presentada el 03 de octubre de 2014⁶, el CONSORCIO presentó a PROVIAS el Informe N° 2.
- 14.1.17. Asimismo, consta en el expediente arbitral que mediante Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla, presentada notarialmente el 13 de octubre de 2014⁷ (esto es, al décimo día de presentado el Informe N° 2), el CONSORCIO otorgó a PROVIAS un plazo de cinco días para *“la aprobación y pago correspondiente al Informe N° 2, bajo apercibimiento de resolver el contrato”*.
- 14.1.18. De los hechos que están debidamente probados en el expediente arbitral, se desprende que el CONSORCIO, como paso previo a la resolución contractual que luego realizó, exigió a PROVIAS la “aprobación” y pago del Informe N° 02, al décimo día computado desde que este había sido presentado. Entonces, corresponde a este Tribunal Arbitral evaluar si al 13 de octubre de 2014, PROVIAS había ya incumplido su obligación de “aprobar” el Informe N° 2 y de pagar el monto correspondiente por este.
- 14.1.19. Aun cuando el CONSORCIO utiliza el término “aprobar”, el Tribunal Arbitral entiende que lo que señala como una de las obligaciones presuntamente incumplidas por PROVIAS, es la falta de otorgamiento de conformidad al Informe N° 2. En tal sentido, corresponde a este Tribunal Arbitral evaluar el procedimiento de otorgamiento de conformidad establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 14.1.20. En ese sentido, se desprende del artículo 176 del citado Reglamento que la conformidad se erige como el acto a través del cual el órgano de

⁶ Demanda arbitral. Anexo 1-V

⁷ Demanda arbitral. Anexo 1-Y



administración de la Entidad y, en su caso, el órgano establecido en las Bases, verifica, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones estipuladas en el contrato⁸.

- 14.1.21. En este contexto, según lo establecido en el dispositivo mencionado, el órgano responsable puede formular observaciones a la prestación ejecutada por el contratista, dándole un plazo prudencial para su subsanación, dependiendo de la complejidad del bien o servicio; el cual no puede ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario⁹.
- 14.1.22. En este punto, resulta relevante indicar que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el plazo para que el órgano responsable de otorgar la conformidad, lo haga o formule observaciones, es de diez (10) días calendario contados desde la ejecución de la prestación.
- 14.1.23. Cabe indicar que lo establecido en los artículos 176 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, antes citados, es perfectamente concordante con lo previsto en las cláusulas cuarta y novena del Contrato, las cuales determinan lo siguiente:

"CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en nuevos soles, en pagos periódicos (según el detalle que se expone a continuación), luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, así como lo establecido en la liquidación del contrato.

(...) Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación de los servicios deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos ejecutados, a fin que PROVIAS cumpla con el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato. (...)" (subrayado agregado)

"CLÁUSULA NOVENA: CONFORMIDAD DEL SERVICIO

La conformidad del servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y será otorgada por la Unidad Gerencial de Estudios de PROVIAS DESCENTRALIZADO.

De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario (...)"

⁸ "Artículo 176.- Recepción y conformidad

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

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

⁹ "Artículo 176.- Recepción y conformidad

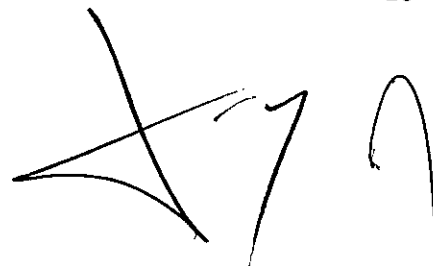
(...) De existir observaciones se consignaran en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al CONSORCIO un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario.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



- 14.1.24 En línea con lo expresado, aplicando lo establecido en los artículos 176 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, así como las cláusulas cuarta y novena del Contrato, se concluye que el plazo de PROVIAS para otorgar conformidad o formular observaciones respecto al Informe N° 2 (10 días calendario contados desde la presentación del Informe N° 2) vencía justamente el 13 de octubre de 2014.
- 14.1.25 De esta manera la obligación de PROVIAS de otorgar conformidad o formular observaciones al Informe N° 2 ("aprobar" en los términos planteados por el CONSORCIO), según lo establecido en las normas legales y contractuales citadas, jurídicamente sólo podría haberse incumplido a partir del 14 de octubre de 2014, esto es recién a partir del día siguiente al que fue presentada la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla, por la cual el CONSORCIO atribuyó un incumplimiento de esta obligación a PROVIAS que jurídicamente no podía configurarse en ese momento.
- 14.1.26 En ese sentido, se concluye que la exigencia realizada por el CONSORCIO se dio en un contexto en el que PROVIAS no estaba incumpliendo la obligación de otorgar conformidad o formular observaciones sobre el Informe N° 2; siendo por ende imposible jurídicamente que el CONSORCIO impute a PROVIAS el incumplimiento de tales obligaciones.
- 14.1.27 Por otro lado, en lo que respecta al presunto incumplimiento de pago advertido por el CONSORCIO, es oportuno indicar que según el artículo 177 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el derecho de pago del CONSORCIO se genera luego de haberse otorgado conformidad sobre la prestación ejecutada¹⁰. Del mismo modo, es necesario indicar que, según la cláusula cuarta del Contrato, antes citada, el pago debe efectuarse dentro de los quince (15) días calendario siguientes al otorgamiento de la conformidad.
- 14.1.28 Así las cosas, dado que al 13 de octubre de 2014 PROVIAS no había otorgado conformidad respecto a la Informe N°2 ni había formulado observaciones sobre su contenido, siendo que aún estaba dentro del plazo legal para hacerlo, jurídicamente no podía encontrarse en una situación de incumplimiento de pago, como lo asevera el CONSORCIO.
- 14.1.29 En función de lo manifestado anteriormente, se verifica que cuando el CONSORCIO presentó la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla, el 13 de octubre de 2014, PROVIAS se encontraba en el último día que tenía para otorgar conformidad respecto al Informe N° 2 y, asimismo, aún tenía un plazo mayor para proceder al pago correspondiente.

¹⁰ "Artículo 177.- Efectos de la conformidad

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del CONSORCIO. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo."



- 14.1.30 Así las cosas, se evidencia con claridad que cuando el CONSORCIO imputó a PROVIAS el haber incumplido con el otorgamiento de la conformidad (que el CONSORCIO denomina “aprobación”) y el pago correspondiente al Informe N° 2, en realidad no se habían incumplido tales obligaciones, pues estas no estaban vencidas ya que PROVIAS se encontraba aún dentro del plazo que la normativa y el propio texto del Contrato, le otorgaba para cumplirlas.
- 14.1.31 En virtud de lo manifestado, el acto jurídico contenido en la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla, presentada notarialmente a PROVIAS el 13 de octubre de 2014, es inválido por contener un imposible jurídico, pues no es jurídicamente posible imputar el incumplimiento de una obligación y exigir su cumplimiento –como parte del apercibimiento para la resolución del contrato – si el deudor de dicha obligación aún se encuentra legitimado por ley para cumplirla, al no haber vencido el plazo que la misma ley le otorga para hacerlo.
- 14.1.32 Ahora bien, el CONSORCIO sostiene que el requerimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales bajo apercibimiento de resolución del Contrato, efectuado mediante Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla, habría sido convalidado por PROVIAS, ante la falta de pronunciamiento dentro del plazo que le fue conferido.
- 14.1.33 Sin embargo, el Tribunal Arbitral considera que el vicio que da origen a la nulidad del acto jurídico contenido en la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla es un vicio insubsanable, siguiendo la línea de lo establecido en el artículo 220 del Código Civil¹¹.
- 14.1.34 En línea con lo expresado, el Tribunal Arbitral considera que se debe declarar fundada la pretensión contenida en el primer punto controvertido y, en consecuencia, corresponde declarar la nulidad de la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla, de fecha 13 de octubre de 2014, por la cual el CONSORCIO otorgó cinco días a PROVIAS para la aprobación y pago del Informe N° 2, bajo apercibimiento de resolver el Contrato por incumplimiento.
- 14.1.35 Del mismo modo, corresponde declarar infundada la pretensión contenida en el cuarto punto controvertido, por cuanto no es factible legalmente que PROVIAS haya convalidado el vicio que dio lugar a la nulidad del acto jurídico contenido en la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla, de fecha 13 de octubre de 2014.
- 14.1.36 En tal estado de cosas, resulta relevante indicar que, de acuerdo a la teoría de derecho procesal, la acumulación de pretensiones puede ser

¹¹ “Artículo 220.- La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. (...) No puede subsanarse por la confirmación”. (subrayado agregado)



subordinada, alternativa o accesorio. Es accesorio cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás; de lo que se entiende, *contrario sensu*, que de declararse infundada la principal, las demás siguen la misma suerte.

- 14.1.37 En el presente caso, las pretensiones contenidas en el quinto y sexto puntos controvertidos, son accesorias a la contenida en el cuarto punto controvertido. En ese sentido, al haberse declarado infundada la pretensión contenida en el cuarto punto controvertido, corresponde que las pretensiones contenidas en los puntos quinto y sexto sean también declaradas infundadas.

14.2. ANÁLISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

- 14.2.1. En este apartado el Tribunal Arbitral analizará la pretensión de PROVIAS contenida en el segundo punto controvertido, referida a lo siguiente:

Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no se declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 294950 de fecha 20.10.2014, por la cual el Consorcio Vial Arequipa dispuso resolver el Contrato N° 038-2014-MTC/21 por causas imputables a PROVIAS.

- 14.2.2 Sobre este particular, PROVIAS sostiene que al ser inválida y/o ineficaz la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla, de fecha 13 de octubre de 2014, por la cual el CONSORCIO le otorgó cinco días para la aprobación y pago del Informe N° 2, bajo apercibimiento de resolver el Contrato por incumplimiento, sería inválida y/o ineficaz, también, la Carta Notarial N° 294950, por la cual el CONSORCIO resolvió el Contrato por causas imputables a PROVIAS, al no haber cumplido el procedimiento establecido en la normativa de contrataciones del Estado.
- 14.2.3 En tal orden de ideas, debe entenderse que la nulidad alegada por PROVIAS se sustenta en que la resolución contractual efectuada por el CONSORCIO mediante la Carta Notarial N° 294950, no se ajusta a la forma prescrita en la normativa de contratación estatal.
- 14.2.4 En función a lo expresado en los párrafos que anteceden, resulta importante para el análisis del Tribunal repasar el marco normativo que regula el procedimiento de resolución de un contrato estatal.
- 14.2.5 Como ya se ha dicho, de conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado, todo contratista tiene derecho a resolver un contrato si es que la Entidad ha incumplido una obligación esencial. Para estos efectos, es necesario que el contratista emplace previamente a la Entidad mediante carta notarial y esta última, a pesar de tal emplazamiento, no subsane su incumplimiento.



- 14.2.6 En la línea de lo establecido en la Ley, el artículo 168 de su Reglamento determina que el contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169 del mismo cuerpo reglamentario.
- 14.2.7 Dicho artículo 169 del Reglamento, que regula el procedimiento de resolución contractual, establece lo siguiente:

"Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

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

- 14.2.8 Como puede apreciarse, según el citado artículo 169 del Reglamento, es presupuesto para resolver el contrato que la parte perjudicada requiera a la otra, mediante carta notarial, el cumplimiento de la obligación no cumplida, otorgándole un plazo de cinco días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
- 14.2.9 El dispositivo reglamentario antes citado contempla excepciones a esta regla, las cuales son aplicables en el supuesto que sea la Entidad la que resuelva el contrato por acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos bastará que la Entidad comunique al contratista su decisión de resolver el contrato para que éste sea efectivamente resuelto.
- 14.2.10 Al respecto el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) ha emitido la Opinión N° 093-2014/DTN, cuyo extracto se cita a continuación:

"¿Es ineficaz la resolución por causa imputable al contratista ejercido por el Estado cuando no notificó al contratista las observaciones, y en consecuencia, cuando el contratista no tuvo oportunidad de subsanarlas?" (sic).

Conforme a lo señalado al absolver las consultas anteriores, para que la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista sea eficaz, la Entidad está obligada a requerir previamente dicho cumplimiento, otorgándole un plazo para ello.

No obstante, cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no puede ser revertida, bastará que la Entidad comunique al contratista su voluntad de resolver el contrato mediante carta notarial para que dicha resolución sea eficaz." (subrayado agregado)

- 14.2.11 De lo expresado, debe entenderse que la exigencia del cumplimiento de obligaciones vencidas, efectuada de manera previa a la resolución contractual por incumplimiento, es un presupuesto establecido por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para la validez de dicha resolución. Sólo están exonerados del cumplimiento de este presupuesto los casos de resolución contractual efectuados por las Entidades, en los supuestos específicos previstos por la normativa que antes han sido citados.
- 14.2.12 En el caso concreto, dado que no se trata de una resolución contractual practicada por una Entidad, se entiende que la validez de la resolución contractual efectuada por el CONSORCIO está supeditada al cumplimiento del requerimiento previo previsto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. De no ser ese el caso, tal resolución contractual deviene en inválida, al no haber observado la forma establecida en la ley.
- 14.2.13 En ese sentido, consta en el expediente arbitral que el CONSORCIO alega haber cumplido con el presupuesto previsto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, con la presentación de la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla, de fecha 13 de octubre de 2014, por la cual solicitó a PROVIAS la aprobación y pago del Informe N° 2, otorgándole un plazo de cinco (5) días bajo apercibimiento de resolver el contrato. Sin embargo, tal como se ha analizado de manera extensa en el apartado que antecede, tal comunicación es nula por contener una exigencia que supone un incumplimiento jurídicamente imposible por inexistente en el momento en que fue planteada.
- 14.2.14 Como consecuencia de lo antes señalado, al ser nulo el requerimiento previo a la resolución contractual realizado por el CONSORCIO, debe entenderse que este no ha cumplido con el procedimiento de resolución contractual fijado en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. En tal virtud, la Carta Notarial N° 294950 de fecha 20 de octubre de 2014, a través de la cual el CONSORCIO resolvió el Contrato, debe ser declarada nula, por no haber observado la forma prescrita en la normativa de contratación estatal.
- 14.2.15 Así las cosas, en concordancia con la argumentación expuesta, la pretensión de PROVIAS contenida en el segundo punto controvertido debe ser declarada fundada.

14.3. ANÁLISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO



- 14.3.1. En este apartado, el Tribunal Arbitral analizará la pretensión de PROVIAS contenida en el tercer punto controvertido, referida a lo siguiente:

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no se declare la validez y eficacia de la Resolución Directoral N° 1081-2014-MTC/21 de fecha 21.10.2014, mediante la cual PROVIAS procedió a resolver el Contrato N° 038-2014-MTC/21 por causas de fuerza mayor y sin responsabilidad de las partes.

- 14.3.2 Para efectos de analizar este punto controvertido, el Tribunal Arbitral considera pertinente repasar el marco jurídico que regula la resolución de un contrato estatal por la causal de caso fortuito o fuerza mayor, así como la regulación existente al respecto en el Código Civil.
- 14.3.3 Sobre el particular, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, cualquiera de las partes puede resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.
- 14.3.4 Para comprender que es lo que normativa concibe como caso fortuito o fuerza mayor, debemos remitirnos a lo establecido en el Código Civil, que es de aplicación supletoria en los contratos estatales¹². Así, el artículo 1315 de este Código sustantivo establece que “[c]aso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.
- 14.3.5 Como puede apreciarse, de la definición establecida en el Código Civil se desprende que para que un evento sea calificado como caso fortuito o fuerza mayor, debe reunir las siguientes características: (i) debe ser extraordinario; (ii) debe ser imprevisible; y (iii) debe ser irresistible. A continuación se repasará lo que la doctrina concibe respecto a cada uno de estos elementos.
- 14.3.6 Según Osterling Parodi y Castillo Freyre, la *extraordinariedad* como la propia palabra lo indica, algo fuera de lo ordinario, esto es, fuera de lo común. Se trata de algo dentro del campo de lo excepcional, de un acontecimiento que se produce por excepción, lejos de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra. Lo extraordinario, es pues, lo que atenta o irrumpe en el curso natural y normal de los acontecimientos¹³.
- 14.3.7 A modo de ejemplo, los citados autores sostienen que un robo puede constituir un caso fortuito o de fuerza mayor si se presenta en

¹² Así ha sido establecido en la Opinión N° 011-2014/DTN, emitida por el OSCE

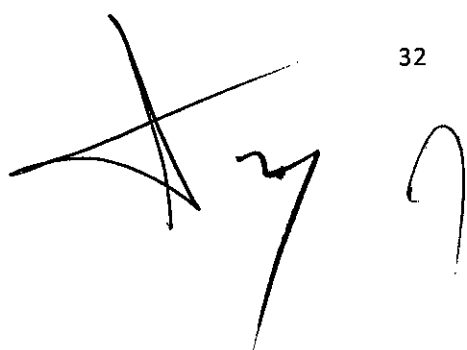
¹³ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario (2003) “Tratado de las Obligaciones”. Vol. XVI. Cuarta Parte. Tomo XI. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 624-625



circunstancias extraordinarias, *v.gr.* en el interior de una embajada, en tanto que si el suceso acaece una zona de reputada peligrosidad, en la cual “lo normal” o habitual es que ocurran actos delincuenciales, ya el supuesto se aleja -y hasta contrapone- de lo extraordinario, no configurando la condición de fuerza mayor o caso fortuito.

- 14.3.8 El segundo elemento, la *imprevisibilidad*, de acuerdo con los autores señalados, se relaciona con el carácter de extraordinariedad. Son dos conceptos que van juntos. Un evento es imprevisible, afirman, cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria. En otras palabras, el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, lo que equivale a decir que el acreedor puede exigir un nivel mínimo de previsión¹⁴.
- 14.3.9 Que un evento sea *irresistible* significa que la persona es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiere o haga, su acaecimiento.
- 14.3.10 Sobre los elementos antes citados, en la Opinión N° 011-2014/DTN, el OSCE ha señalado lo siguiente: “(...) un hecho o evento extraordinario se configura cuando, tal como lo indica la misma palabra, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas. Asimismo, un hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible. Adicionalmente, el que un hecho o evento sea irresistible significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento”.
- 14.3.11 En este punto conviene indicar que la doctrina es unánime en señalar que la diligencia requerida para la aplicación del artículo 1315 del Código Civil (esto es, para calificar un evento como caso fortuito o fuerza mayor) es la extraordinaria, distinta de la diligencia ordinaria establecida en el artículo 1314 del citado Código.
- 14.3.12 De acuerdo con el artículo 1314 del Código Civil, “[q]uien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.
- 14.3.13 A nivel de la doctrina, se considera que la diligencia ordinaria establecida en el artículo 1314 del Código Civil, es la que utilizaría en el cumplimiento de sus obligaciones, el así llamado “buen padre de familia”, modelo o paradigma con el que se compara la conducta del deudor.
- 14.3.14 El “buen padre de familia” ha sido definido como aquel que “ocupa un término medio entre el avaro de cien ojos y el hombre negligente y disipado”, que es “tan diligente como suelen ser de ordinario los hombres”. Es “el hombre cuidadoso y vigilante, como son en general los hombres que se interesan por la marcha

¹⁴ *Ibidem*. Ob cit. p. 626

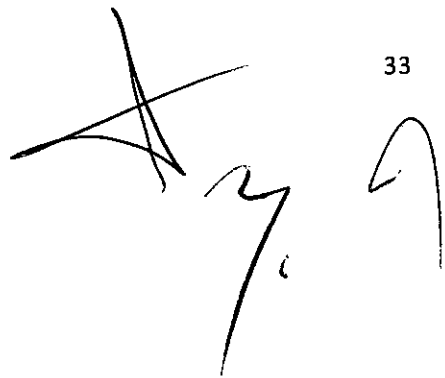


de sus asuntos”¹⁵. El “buen padre de familia” es, en otras palabras, un deudor imaginario que se comporta como un hombre normal, que no tiene una inteligencia superior, pero tampoco es un necio y que pone una cierta dosis de atención y cuidado a sus propios asuntos. Consecuentemente, la pregunta que corresponde a hacerse es si el “buen padre de familia”, colocado en las mismas circunstancias de tiempo y lugar en las que se encontraba el deudor, habría obrado de igual manera.

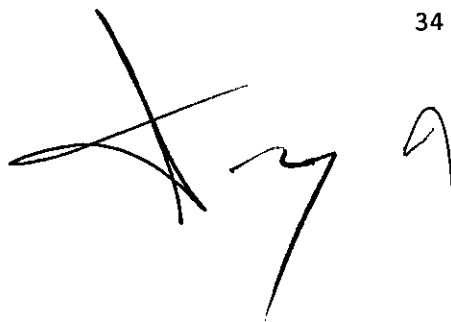
- 14.3.15 A diferencia de la diligencia ordinaria recogida en el artículo 1314 del Código Civil, la diligencia requerida para la aplicación del artículo 1315 de dicho Código es superior, extrema o extraordinaria, lo que implica que el fracaso en la obtención del resultado prometido liberará al deudor, sólo si demuestra que el acontecimiento que lo causó fue extraordinario, irresistible e imprevisible. Y eso supone la exigencia de una diligencia más allá de la ordinaria y la obligación de valerse de medios extraordinarios para vencer el obstáculo que interfiere en el cumplimiento. La liberación del deudor por causas no imputables, recogida en el artículo 1314 es, pues, siempre más benigna para el deudor que la liberación por caso fortuito o fuerza mayor.
- 14.3.16 No obstante lo señalado, para poder comprobar la existencia de una conducta diligente (tanto ordinaria como extraordinaria) no es suficiente comparar al deudor con un “buen padre de familia” abstracto porque una persona de la cual no se ha precisado nada respecto a su tiempo y lugar, simplemente no puede ser imaginada. Se considera por eso que la comparación debe hacerse con un deudor imaginario, colocado en las mismas circunstancias de tiempo y lugar que el deudor. Desde este punto de vista *“para juzgar la conducta de un médico, se le comparará con la que habría demostrado otro médico; para juzgar la conducta del automovilista, se le comparará con la que habría seguido otro automovilista. Y, de igual modo, como no existe una noción de “hombre prudente” tampoco hay un criterio de “médico prudente” o de “automovilista prudente”... Eso depende de las circunstancias del caso: donde se encontraba el automovilista? ¿en la ciudad o la carretera? ¿había algún cruce? ¿era de noche? etc. (...)”*¹⁶
- 14.3.17 Puede verse, pues, que la “no imputabilidad”, de un lado, y el caso fortuito o fuerza mayor, del otro, son dos alternativas que se presentan en el supuesto que el deudor no haya alcanzado el resultado previsto en un contrato debido a una causa externa. La inimputabilidad libera al deudor con sólo demostrar que su conducta fue “normalmente” diligente, mientras que la liberación por caso fortuito o fuerza mayor, sólo procederá si el deudor demuestra haber evitado los obstáculos, valiéndose de medios superiores a los normales o, en general, utilizando medios más exigentes que los que correspondían ser utilizados.

¹⁵ MAZEAUD, Henry y Leon y TUNC, André (1963) op. cit. Tomo I – II. p. 362

¹⁶ Ibidem. pp. 80-81



- 14.3.18 Con el análisis legal y doctrinario efectuado, corresponde determinar si en este caso concreto se suscitó un evento de caso fortuito o fuerza mayor que justifique la resolución del Contrato por esta causa.
- 14.3.19 Según se desprende del expediente arbitral, el Contrato del cual se derivan las controversias que dan origen al presente arbitraje fue suscrito por las partes el 17 de febrero de 2014. Cabe indicar que la entrega del terreno sobre el cual el CONSORCIO realizaría los estudios definitivos objeto del Contrato, se efectuó el 03 de marzo de 2014.
- 14.3.20 Transcurridos poco más de dos meses desde la entrega del terreno, por gestión del CONSORCIO, la Dirección de Desarrollo Estratégico del Servicio de Áreas Naturales Protegidas (en adelante, "SERNANP") emitió la Certificación N° 143-2014-SERNANP-DDE, de fecha 05 de mayo de 2014, donde confirmó que línea denominada "Estudios definitivos de la construcción de la carretera vecinal Emp. Ar- 105 (Visca Chico) – Dv. Atusire – Dv. Chaucalla - Yanque, tramo Dv. Chaucalla – Yanque, Arequipa", ubicada los distritos de Chichas y Toro, provincias de Condesuyos y La Unión, departamento de Arequipa, se encontraba superpuesta a la Reserva Paisajística Sub Cuenca del Cotahuasi (en adelante, "Reserva Paisajística") y su Zona de Amortiguamiento.
- 14.3.21 En virtud de lo anteriormente señalado, PROVIAS, con colaboración del CONSORCIO, solicitó al SERNANP la emisión de un certificado de compatibilidad entre el proyecto que ameritaba los estudios definitivos objeto del Contrato y la Reserva Paisajística. Sin embargo, mediante el Oficio N° 1016-2014-SERNANP-DGANP, de fecha 08 de septiembre de 2014, SERNANP respondió la solicitud de compatibilidad de PROVIAS, concluyendo que la actividad no era compatible con la naturaleza jurídica y condición de la Reserva Paisajística.
- 14.3.22 En el contexto descrito, mediante la Resolución Directoral N° 1081-2014-MTC/21, PROVIAS dispuso resolver el Contrato, bajo el hecho comprobado de que el estudio definitivo objeto de este no era compatible con la Reserva Paisajística, de acuerdo a lo indicado por SERNANP.
- 14.3.23 De acuerdo a lo señalado hasta el momento, se puede concluir que la causal de fuerza mayor que dio lugar a la resolución del Contrato, por parte de PROVIAS fue la incompatibilidad del Estudio Definitivo, objeto del Contrato, con la Reserva Paisajística, según lo verificado por el SERNANP. En tal orden de ideas, para efectos de verificar la validez de la resolución del Contrato por la causal de fuerza mayor, corresponde formular la siguiente interrogante: Atendiendo a las condiciones particulares del caso, ¿reúne tal evento las características de extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad establecidos en el artículo 1315 del Código Civil?



- 14.3.24 En primera instancia, este Tribunal Arbitral evaluará la extraordinariedad de la causal alegada como de fuerza mayor. Debe recordarse que, tal como se ha analizado líneas arriba, un evento extraordinario implica un evento fuera de lo común, que naturalmente no se espera que ocurra. En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que para evaluar la presentación del supuesto de extraordinariedad en este caso concreto, debe examinarse si es fuera de lo común que el trazo de un proyecto como el que ameritaba el Estudio Definitivo objeto del Contrato cruce por un Área Natural Protegida y que sería declarado incompatible con la naturaleza jurídica de ésta.
- 14.3.25 En este contexto, resulta relevante indicar que en los Términos de Referencia para la Evaluación Ambiental, que forman parte del Contrato, se estableció que el CONSORCIO debía elaborar el Estudio Definitivo a su cargo, considerando *"(...) el marco legal general que rige para la protección del medio ambiente en las obras de infraestructura vial en todas sus etapas, así como el específico en que se sustenta la conservación de las áreas naturales protegidas (...) de conformidad con la legislación sobre la materia"*¹⁷ (subrayado agregado).
- 14.3.26 En el mismo documento se estableció que el CONSORCIO debía incluir en el Estudio Definitivo la determinación del Área de Influencia Directa (AID) del Proyecto, analizando, dentro de otros elementos *"[l]as áreas naturales protegidas y su zona de amortiguamiento colindante o cruzadas por la vía"*, considerando, además, *"a las áreas de conservación regional y municipal o incluso las privadas, si las hubiese, así como otros sitios de interés como las áreas RAMSAR"*¹⁸.
- 14.3.27 Del mismo modo, en el Anexo 3 del ya citado documento, se determinó que el CONSORCIO debía obtener distintos permisos y autorizaciones requeridos en el Estudio de Impacto Ambiental, entre ellos, la *"Emisión de Compatibilidad y Opinión Técnica Favorable de SERNANP (De ser necesario)"*.
- 14.3.28 En ese sentido, la información extraída de los Términos de Referencia para la Evaluación Ambiental, que forman parte del Contrato, permiten a este Tribunal Arbitral concluir que existía un porcentaje de probabilidad de que el trazo del proyecto que daba lugar al Estudio Definitivo objeto del Contrato, pasara por un Área Natural Protegida, y que en ese contexto, sería necesario que el CONSORCIO gestionase la emisión de un certificado emitido por el SERNANP que establezca la compatibilidad del proyecto con la naturaleza jurídica de dicha zona; el cual, tenía la posibilidad de ser denegado.

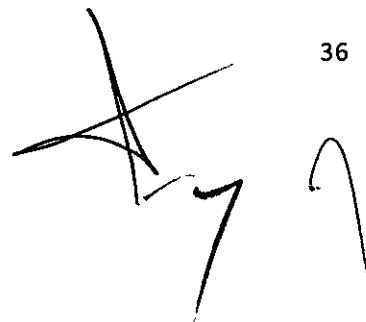
¹⁷ Términos de Referencia. p. 58

¹⁸ Ibídem. p. 64



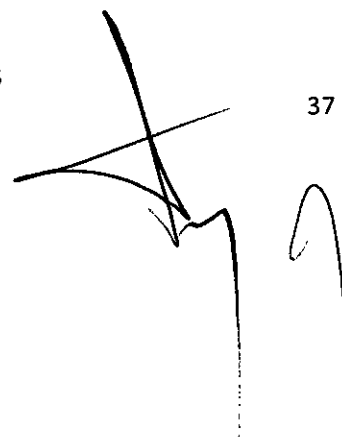
- 14.3.29 Así las cosas, este Tribunal Arbitral puede advertir que no estaba fuera del orden natural de las cosas, que el trazo del proyecto objeto del Estudio Definitivo pasara por un Área Natural Protegida y que, en tal supuesto, se pudiera declarar incompatible. Por tanto, el Tribunal no puede calificar dicho evento como extraordinario. Dicho esto, el Tribunal Arbitral evaluará si el evento puede ser calificado como imprevisible.
- 14.3.30 Para estos efectos, el Tribunal considera relevante que, de acuerdo a lo señalado en los Términos de Referencia del Contrato (Numeral 1.0 Antecedentes), el proyecto objeto del Estudio Definitivo contaba con un Estudio de Preinversión a nivel de Perfil, elaborado en el 2012 y con viabilidad declarada en el 2013, según código SNIP N° 201018.
- 14.3.31 En este punto, resulta importante indicar que de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, la fase de Preinversión de un proyecto de inversión pública, comprende la elaboración del perfil, del estudio de prefactibilidad y del estudio de factibilidad. En este caso, como ya se dijo, el Estudio de Preinversión del proyecto contaba con la viabilidad del perfil.
- 14.3.32 Por otro lado, resulta relevante indicar que la Reserva Paisajística fue creada el 23 de mayo de 2005, es decir, ocho años antes de que se declarase la viabilidad del Estudio de Preinversión perfil del proyecto, mediante el Decreto Supremo N° 027-2005-AG¹⁹.
- 14.3.33 En el contexto expuesto, el Tribunal Arbitral no considera coherente que en la ejecución del perfil del proyecto, PROVIAS no haya podido advertir que su trazo cruzaba por la Reserva Paisajística y, que en tal escenario, cabía la posibilidad de que el proyecto pueda frustrarse por ser incompatible con el Área Natural Protegida. Este Tribunal Arbitral considera que si PROVIAS hubiese actuado con diligencia ordinaria (que es un grado incluso menor a la diligencia exigida para exonerarse del cumplimiento de una obligación por caso fortuito o fuerza mayor) podría haber advertido esta situación, incluso desde antes de realizar la convocatoria para contratar la ejecución del Estudio Definitivo.
- 14.3.34 Por otro lado, es importante señalar que este Tribunal Arbitral advierte que PROVIAS no ha presentado documentos u otros medios probatorios que acrediten que actuó de manera diligente para evitar el evento que frustró la ejecución normal del Contrato. Por el contrario, las comunicaciones cursadas al SERNANP, que obran en el expediente y que tuvieron por objetivo obtener la declaración de compatibilidad del Proyecto con la naturaleza de la Reserva Paisajística, se dieron en un contexto en el que el problema ya había surgido, no teniendo estos un efecto preventivo sino de remediación de una situación dada.

¹⁹ Fuente: <http://www.sernanp.gob.pe/sub-cuenca-del-cotahuasi>



- 14.3.35 En virtud de lo señalado, este Tribunal Arbitral no considera que el evento en cuestión pueda ser calificado como imprevisible.
- 14.3.36 Por último, en lo que respecta al carácter o presupuesto de irresistible, este Tribunal considera que es incuestionable que el evento hubiera podido ser evitado si es que, diligentemente, se hubiese advertido antes que el trazo del Proyecto cruzaba por un Área Natural Protegida.
- 14.3.37 A la luz de lo expuesto, a criterio de este Tribunal Arbitral, la incompatibilidad del Estudio Definitivo con la Reserva Paisajística, declarada por el SERNANP, no reúne los elementos que configuran un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, según los requisitos establecidos en el Código Civil.
- 14.3.38 No obstante lo anterior, de lo actuado en el arbitraje se desprende que el CONSORCIO ha concordado con PROVIAS en que la incompatibilidad del Estudio Definitivo con la Reserva Paisajística, declarada por el SERNANP, sí constituye un hecho que no permite la continuidad del contrato, siendo que lo que el CONSORCIO reclama es que aun con la resolución del Contrato por esta causa, PROVIAS no se puede liberar del pago del Informe N° 2. Esto ha sido expresado así por el CONSORCIO en su escrito de contestación a la demanda²⁰, en el extracto que se cita a continuación:
- “2. En el desarrollo del sustento de estas pretensiones, nuevamente PROVIAS pretender justificar la no aprobación del Informe N° 2 y la falta de pago de importe correspondiente según la Cláusula Cuarta del contrato, a[m]parándose en la determinación del SERNANP sobre la no compatibilidad de los trabajos materia de la consultoría. Sobre este extremo, nos remitimos al desarrollo de nuestra contestación respecto de la primera pretensión principal de la demanda, y REITERAMOS QUE LA FUERZA MAYOR QUE PRECISÓ LA NO CONTINUACIÓN DE LA CONSULTORÍA, NO EXIME A PROVIAS DE PAGAR AL CONSORCIO POR LOS TRABAJOS EFECTIVAMENTE REALIZADOS” (subrayado agregado)*
- 14.3.39 Se verifica pues que EL CONSORCIO concuerda en señalar que la no compatibilidad de los trabajos materia de la consultoría es la que precisó su no continuación.
- 14.3.40 En tal sentido, siendo que las partes concuerdan en que la incompatibilidad del Estudio Definitivo con la Reserva Paisajística, declarada por el SERNANP, sí constituye un evento que impide la ejecución del contrato y que el ámbito principal de la controversia se centra en la “aprobación” y pago del Informe N° 2, corresponde ratificar la validez de la Resolución Directoral N° 1081-2014-MTC/21, mediante la cual PROVIAS dispuso resolver el Contrato en base a dicha situación.

²⁰ Escrito de contestación a la demanda, presentado por el CONSORCIO, p. 15



- 14.3.41 Como consecuencia de la afirmación antes expuesta, este Tribunal Arbitral considera que corresponde declarar fundada la pretensión contenida en tercer punto controvertido.

14.4. Análisis del Séptimo Punto Controvertido

- 14.4.1. En este apartado, el Tribunal analizará la pretensión del CONSORCIO contenida en el séptimo punto controvertido, referida a lo siguiente:

Sétimo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal apruebe el Informe N° 2 presentado por Consorcio Vial Arequipa mediante Carta N° 022-2014-AMC/Estudio-Chaucalla y ordene el pago a favor del Consorcio de la suma de S/ 162,432 por dicho concepto, ante la falta de pronunciamiento de PROVIAS dentro del plazo de 10 días establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato N° 038-2014-MTC/21.

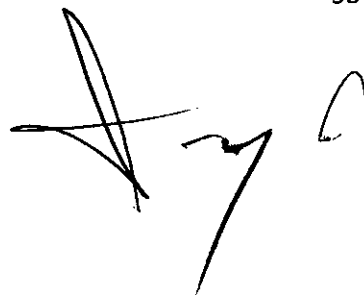
- 14.4.2. Para efectos de evaluar la pretensión contenida en el séptimo punto controvertido, el Tribunal Arbitral estima pertinente analizar los supuestos que dan lugar al pago de una prestación, según la normativa de contratación estatal.
- 14.4.3. En ese sentido, según lo establecido en el artículo 177 del Reglamento, el derecho de pago del CONSORCIO se genera luego de haberse dado conformidad a la prestación ejecutada²¹. En el mismo sentido se expresa el artículo 181 del citado Reglamento²².
- 14.4.4. De tal manera, debe entenderse que el pago, según lo previsto en la normativa de contratación estatal procede cuando la Entidad ha otorgado conformidad a la prestación ejecutada.
- 14.4.5. Cabe indicar que, tal como se ha expresado en líneas anteriores y según lo determinado por el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la conformidad consiste en aquel acto a través del cual el órgano de administración o, en su caso, el órgano establecido en las Bases verifica, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales; siendo que, de acuerdo al artículo 181 del citado Reglamento, el plazo para otorgar conformidad a la prestación o formular observaciones sobre ella es de diez (10) días calendario.

²¹ "Artículo 177.- Efectos de la conformidad

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del CONSORCIO. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo. (...) "

²² "Artículo 181.- Plazos para los pagos

PROVIAS deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del CONSORCIO en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos, a fin que PROVIAS cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato. (...) "



- 14.4.6. En este punto cabe resaltar que lo establecido en la normativa de contratación estatal, concuerda con lo establecido en la cláusula cuarta del Contrato que se cita a continuación:

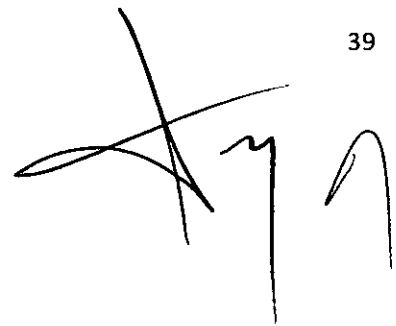
"CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en nuevos soles, en pagos periódicos (según el detalle que se expone a continuación), luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, así como lo establecido en la liquidación del contrato.

(...) Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación de los servicios deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos ejecutados, a fin que PROVIAS cumpla con el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato. (...) (subrayado agregado)

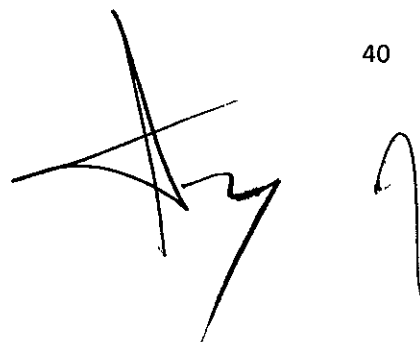
- 14.4.7 De lo antes expuesto se advierte que en el Contrato y en la normativa de contratación estatal se ha establecido de manera imperativa que PROVIAS contaba con un plazo de 10 días calendario para aprobar los informes presentados por el CONSORCIO o formular observaciones sobre estos. La inobservancia de este plazo por parte de PROVIAS no tiene una consecuencia expresa en el sentido de establecer que a su vencimiento debe entender aprobada u observada la prestación efectuada a su favor.
- 14.4.8 Ahora bien, a criterio de este Tribunal Arbitral, en la hipótesis que la Entidad no se pronunciara respecto de la prestación ejecutada por el Contratista, correspondería que se pague el monto correspondiente por el informe presentado. Ello dado que el ordenamiento jurídico no puede amparar el incumplimiento de ninguna Entidad de los plazos previstos en la normativa de contratación estatal, en perjuicio de los contratistas. Sin embargo la ley no le ha dado al silencio de la administración un sentido positivo, razón por la cual no cabe disponer, por la sola omisión en el pronunciamiento, la aprobación de la prestación.
- 14.4.9 En el presente caso, el CONSORCIO solicita que este Tribunal Arbitral "apruebe" el Informe N° 2, por cuanto PROVIAS no habría emitido ningún pronunciamiento respecto a este dentro del plazo establecido en el Contrato y la normativa de contratación estatal y, como consecuencia de ello, que ordene el pago correspondiente según el Contrato.
- 14.4.10 En ese sentido, consta en el expediente arbitral que mediante la Carta N° 022-2014-AMC/Estudio-Chaucalla, presentada el 03 de octubre de 2014²³, el CONSORCIO presentó a PROVIAS el Informe N° 2.
- 14.4.11 Asimismo, consta en el expediente arbitral que mediante Oficio N° 2232-2014-MTC/21, presentado el 17 de octubre de 2014, esto es, 14 días calendario después, PROVIAS devolvió el Informe N° 2, amparándose en

²³ Demanda arbitral. Anexo 1-V



el evento de fuerza mayor al que se ha hecho referencia en apartados precedentes. Cabe indicar que en la carta de devolución no se precisa ninguna observación sobre el contenido del Informe N° 2.

- 14.4.12 A partir de esta sucesión de hechos, el Tribunal Arbitral ha constado en el expediente arbitral que PROVIAS se ha pronunciado extemporáneamente respecto al Informe N° 2 presentado por el CONSORCIO, incumpliendo los plazos fijados en el Contrato y la normativa de contratación estatal.
- 14.4.13 En este contexto resulta relevante indicar que si la causa que motivó a PROVIAS a devolver el Informe N° 2 hubiera sido la incompatibilidad entre el proyecto y la Reserva Paisajística, debió, de manera diligente, emitir un pronunciamiento dentro del plazo fijado en la normativa.
- 14.4.14 Como consecuencia de lo anterior, PROVIAS no solo incumplió los plazos establecidos en el Contrato y la normativa de contratación estatal sino que además y principalmente devolvió el Informe N° 2 sin expresión ni motivo técnico vinculado a su contenido o alcances, amparándose como ha sido dicho únicamente en el evento de fuerza mayor ya tratado.
- 14.4.15 En buena cuenta PROVIAS devolvió el Informe N° 02 luego de vencido el plazo legal de 10 días calendario, sin expresar una observación específica sobre su contenido. En sede arbitral PROVIAS ha señalado que la presentación de dicho informe por parte del CONSORCIO habría constituido un acto de mala fe pues se hizo a sabiendas de que la continuidad del contrato resultaba inviable.
- 14.4.16 A la luz de lo actuado en el proceso el Tribunal Arbitral no comparte tal apreciación, pues no existe prueba o al menos indicios de tal actuación de mala fe, más allá de la presentación del Informe N° 02, el cual constituía una de las obligaciones que debía cumplir EL CONSORCIO hasta en tanto el contrato estuviese vigente. Tanto más si el único fundamento de la devolución del citado informe, efectuado mediante Oficio N° 2232-2014-MTC/21, fue que se había producido un evento de fuerza mayor, el cual en su génesis, como ha sido determinado, se debió justamente a una omisión del propio PROVIAS que podría haber advertido tal situación incluso antes de realizar la convocatoria para contratar la ejecución del Estudio Definitivo, e incluso tampoco se advierte que PROVIAS, cuando ya era conocedora de la situación de incertidumbre que se estaba presentando respecto de la eventual afectación a la reserva paisajística hubiese señalado a EL CONSORCIO que suspenda las actividades a su cargo, a fin de evitar que continúe desarrollando sus actividades necesarias para la realización del Informe N° 2.
- 14.4.17 Por tanto, no habiendo PROVIAS acreditado alguna observación, motivo o fundamento de orden técnico al momento de devolver el Informe N° 02,



corresponde dar conformidad al mismo y, subsecuentemente, ordenar el pago correspondiente.

- 14.4.18 En línea con lo expresado, el Tribunal considera que corresponde declarar fundada la pretensión contenida en el Sétimo Punto Controvertido.

14.5. Análisis del Octavo Punto Controvertido y la Excepción de Incompetencia deducida por PROVIAS

- 14.5.1 En este apartado, el Tribunal analizará la pretensión del CONSORCIO contenida en el octavo punto controvertido, referida a lo siguiente:

Octavo Punto Controvertido: En caso se desestime el punto anterior, determinar si corresponde o no ordenar a Provías Descentralizado a que pague la suma de S/. 162,432.51 al Consorcio, por concepto de indemnización por enriquecimiento indebido, correspondiente a los trabajos efectivamente realizados por el Consorcio Vial Arequipa, desde el inicio de la consultoría hasta la presentación del Informe N° 2, mediante Carta N° 022-2014-AMC/Estudio-Chaucalla remitida el 03/10/14.

- 14.5.2 Del mismo modo, el Tribunal Arbitral analizará la Excepción de Incompetencia deducida por PROVIAS contra la pretensión contenida en el Octavo Punto Controvertido.
- 14.5.3 Sobre el particular, resulta importante destacar que la pretensión que aquí se analiza tiene la condición de subordinada a la contenida en el sétimo punto controvertido, que en este caso es la principal.
- 14.5.4 Al respecto, de acuerdo con lo establecido en la doctrina procesal, las pretensiones subordinadas son aquellas que están sujetas a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada. De tal suerte que se entiende que si la pretensión principal es amparada, carece de objeto emitir un pronunciamiento sobre la pretensión subordinada.
- 14.5.5 En el presente caso, la pretensión contenida en el octavo punto controvertido es subordinada a la contenida en el sétimo punto controvertido, la cual ha sido declarada fundada por este Tribunal.
- 14.5.6 Así las cosas, carece objeto que este Tribunal Arbitral emita pronunciamiento respecto de la pretensión contenida en el octavo punto controvertido, así como también, respecto de la Excepción de Incompetencia deducida contra esta pretensión.

14.6. Análisis del Noveno Punto Controvertido

- 14.6.1. En este apartado, el Tribunal analizará la pretensión del CONSORCIO contenida en el noveno punto controvertido, referida a lo siguiente:

Noveno Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene el pago de la suma de S/ 58,415.44 correspondiente a la utilidad que el Consorcio pretendía obtener con la ejecución de la consultoría materia del Contrato N° 038-2014-MTC/21, según el Plan de Utilización del Adelanto Directo, en vista que la ejecución del referido contrato habría sido frustrada por la incompatibilidad declarada por el SENANP.

14.6.2 De conformidad con su cláusula tercera, el monto total del Contrato asciende a S/. 827 162, 57. Este monto, según lo estipulado en la cláusula cuarta, sería pagado periódicamente al CONSORCIO, de acuerdo al siguiente cronograma:

- Primer pago: 30% del monto del Contrato a la aprobación del Informe N° 1
- Segundo pago: 20 % del monto del Contrato a la aprobación del Informe N° 2
- Tercer pago: 30% del monto del Contrato a la aprobación del Informe N° 3 (Borrador del Informe Final.
- Cuarto pago: 20% del Contrato a la Resolución de Aprobación del Informe N° 3 (Informe Final).

14.6.3 A partir de lo señalado, se entiende que, en condiciones normales, el monto total del Contrato sería abonado al CONSORCIO en cuatro pagos parciales, no contemplándose ningún otro pago adicional.

14.6.4 En este punto resulta importante indicar que el monto total del Contrato responde a la propuesta económica del CONSORCIO, efectuada en el marco del proceso de selección en el que se le adjudicó la buena pro. De forma tal que dicho monto incluye la utilidad que obtendría el CONSORCIO por la ejecución total de la prestación, pues se entiende que ha sido incorporada por el CONSORCIO dentro de su oferta económica.

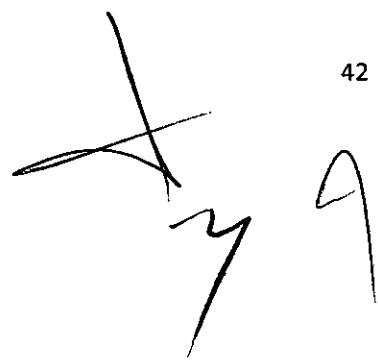
14.6.5 En este sentido, el Tribunal Arbitral considera que el CONSORCIO no puede solicitar aisladamente el pago de la utilidad proyectada por la ejecución de la prestación, pues tal utilidad debía ser percibida de acuerdo a los hitos establecidos expresamente en el Contrato.

14.6.6 Así las cosas, este Tribunal considera que la pretensión contenida en el noveno punto controvertido debe ser declarada infundada.

14.7. Análisis del Décimo Punto Controvertido

14.7.1 En este apartado, el Tribunal analizará la pretensión del CONSORCIO contenida en el décimo punto controvertido, referida a lo siguiente:

Décimo Punto Controvertido: En caso se desestime el punto anterior, determinar si corresponde o no que se ordene a Provías Descentralizado el pago de la suma de S/ 58,415.44 a favor del Consorcio, por concepto de Indemnización por daños y perjuicios, comprendida por el lucro cesante con el que habría sido perjudicado el Consorcio, al haberse frustrado la continuidad de la ejecución del Contrato N° 038-2014-MTC/21 por la incompatibilidad declarada por el SERNANP.



- 14.7.2 Para efectos de analizar la pretensión contenida en el décimo punto controvertido, el Tribunal Arbitral estima necesario remitirse a los conceptos que determinan la existencia de responsabilidad civil, que dan lugar al pago de una indemnización por daños y perjuicios.
- 14.7.3 Al respecto, el Código Civil establece que la responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual, siendo la primera aquella que surge del incumplimiento de un contrato, en tanto la segunda es aquella que proviene del incumplimiento de la regla general de no causar daño. Esto se encuentra regulado en el artículo 1314 y siguientes del Código Civil.
- 14.7.4 Concretamente, el artículo 1321 del Código Civil señala que queda sujeto a indemnizar daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable y culpa leve. Cabe señalar, sin embargo, que en ambos supuestos de responsabilidad nos encontramos con los mismos elementos, que son el daño, la culpa y el nexo causal.
- 14.7.5 De lo actuado en el arbitraje, se desprende que el ámbito de responsabilidad civil que el CONSORCIO le atribuye a PROVIAS es el de responsabilidad contractual.
- 14.7.6 De acuerdo a los artículos 1361²⁴ y 1362²⁵ del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes.
- 14.7.7 En ese sentido, dado un incumplimiento contractual, el primer elemento de la responsabilidad civil es el daño. Su existencia es la base para solicitar una indemnización. De acuerdo al Código Civil tenemos *daño emergente* y *lucro cesante*, siendo que la diferencia entre ambos está dada por la disminución del patrimonio en el primero, y por la privación del aumento o por la supresión de la ganancia esperable en el segundo. Asimismo, tenemos al *daño moral* que es entendido como todo sufrimiento o aflicción generado en la víctima.
- 14.7.8 El segundo elemento de la responsabilidad es la culpa, que ha sido definida de múltiples maneras, destacando particularmente que se trata de *"un hecho ilícito, imputable a su autor"*²⁶. De acuerdo a Mazeaud y

²⁴ El artículo 1361 del Código Civil sobre obligatoriedad de los contratos dispone lo siguiente: *"Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. (...) Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla."*

²⁵ El artículo 1362 del Código Civil sobre buena fe señala lo siguiente: *"Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes."*

²⁶ MAZEAUD, Henri, León y Jean (1960) "Lecciones de Derecho Civil". Parte Segunda. Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa-América. p.110.



Tunc, *"está incurso en culpa el deudor que no pone, en la obtención del resultado prometido, la diligencia que implican el contrato y las circunstancias (...)".*²⁷

- 14.7.9 De acuerdo al Código Civil, la culpa se mide en función a su gravedad, pudiendo consistir en culpa leve, culpa grave o inexcusable y dolo. En ese orden de ideas, procede con culpa leve *"quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar"*²⁸; con culpa inexcusable *"quien por negligencia grave no ejecuta la obligación"*²⁹; y con dolo *"quien de manera deliberada o intencional no ejecuta la obligación"*³⁰
- 14.7.10 Con relación a la culpa leve, esta se define *"como la omisión de aquella diligencia [ordinaria] exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar"*. Como señalan Osterling Parodi y Castillo Freyre, la culpa leve *"[s]e presenta cuando no se presta la atención o no se tiene el cuidado que de ordinario se acostumbra, o que, en general, pondría un buen padre de familia."* En consecuencia, la culpa leve tiene como elemento la falta de una diligencia ordinaria. (...)."
- 14.7.11 Es importante señalar que de acuerdo al artículo 1329 del Código Civil, se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial tardío o defectuoso se deben a culpa leve del deudor. En consecuencia, tendremos que frente al incumplimiento objetivo, se presume que este obedece a culpa del deudor. Si el deudor pretende no ser culpable, no debe solo afirmarlo, sino debe demostrarlo, pues la carga de la prueba le corresponde a él.
- 14.7.12 Con respecto a la culpa inexcusable o culpa grave, ésta viene a ser *"el grado más alto de la culpa la cual requiere una negligencia grave"*³¹. La culpa inexcusable viene a ser *"un grado de culpa tan grave que el Derecho peruano le asigna las mismas consecuencias que al incumplimiento doloso de la obligación"*³². Por ello, se suele asimilar la culpa inexcusable al dolo.
- 14.7.13 En cuanto al dolo, éste viene a ser aquella actitud consciente y deliberada del deudor del incumplimiento o mal cumplimiento de su obligación, no siendo necesaria la presencia de una intención de causar daño a la otra parte. Al respecto, Díez Picazo señala que *"[e]l motivo doloso no tiene que ser un especial ánimo de perjudicar al acreedor [siendo] suficiente el propósito de obtener para sí mismo una ventaja"*³³. En consecuencia, para calificar una determinada

²⁷ MAZEAUD, Henry y León y TUNC, André. "Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual". Tomo I. Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. p. 349.

²⁸ Código Civil, art. 1320.

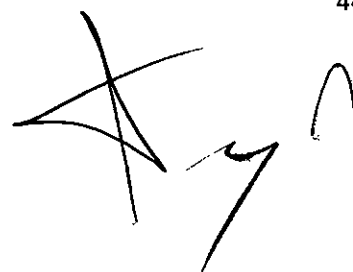
²⁹ Ibídem, art. 1319.

³⁰ Ibídem, art. 1318.

³¹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario (2008) "Compendio de Derecho de las Obligaciones". p. 851

³² Ibídem, p. 851

³³ DIEZ PICAZO, Luis (2010) Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen Primero. Editorial Tecnos. p. 751.



conducta como dolosa es suficiente que se haya infringido *"de un modo voluntario el deber que pesa sobre el deudor, a sabiendas, es decir, conscientemente, con la consciencia necesaria de que con el hecho propio se realiza un acto extrajurídico, debiendo entenderse dolosamente querido o realizado lo que sin ser intencionalmente perseguido aparezca como una consecuencia necesaria de la acción."*³⁴

- 14.7.14 Por último, el tercer elemento de la responsabilidad civil, el nexo causal, significa que la *culpa* debe ser la causa del daño.
- 14.7.15 En el caso de autos el CONSORCIO reclama daños y perjuicios por la suma de S/. 58, 415.44 Nuevos Soles, debido a que el contrato habría sido resuelto por el incumplimiento de obligaciones contractuales de PROVIAS, existiendo una ganancia que habría dejado de obtener como consecuencia del hecho imputable a PROVIAS, por incumplimiento de obligaciones contractuales, lo que le habría ocasionado un detrimento económico, el cual debería en su entendimiento ser resarcido.
- 14.7.16 Tal como puede apreciarse, el fundamento de la reclamación indemnizatoria parte de la premisa de un contrato resuelto por incumplimiento de obligaciones de PROVIAS, lo cual ha sido tratado extensamente en este laudo, habiéndose llegado a determinar que el proceso resolutorio iniciado por el CONSORCIO estuvo viciado en su origen, lo cual conllevó al Tribunal Arbitral a declarar que tal resolución no podía surtir efectos legales.
- 14.7.17 Siendo ello así, en tanto que la reclamación indemnizatoria es sustentada por el CONSORCIO como consecuencia de una resolución contractual que ha sido dejada sin efecto por el Tribunal Arbitral, no resulta posible amparar dicha pretensión.
- 14.7.18 Así las cosas, no corresponde ordenar el pago de una indemnización por daños y perjuicios por lucro en favor de EL CONSORCIO. En ese escenario, este Tribunal Arbitral considera que la pretensión contenida en el décimo punto controvertido debe ser declarada infundada.

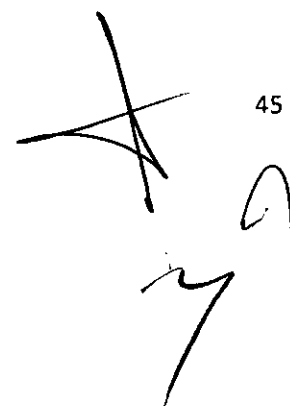
14.8. Análisis del Décimo Primer Punto Controvertido

- 14.8.1 En este apartado, el Tribunal Arbitral el décimo primer punto controvertido, que está referido a lo siguiente:

Décimo Primero Punto Controvertido: Determinar a quién corresponde asumir el pago de los costos y costas que irroque el presente arbitraje.

- 14.8.2 Sobre este particular, es necesario señalar que, de acuerdo con el artículo 70 del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje), los costos del arbitraje comprenden:

³⁴ Ibídem, p. 748.



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

14.8.3. Asimismo, de acuerdo con el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, a falta de acuerdo de partes para distribuir los costos del arbitraje, éstos deben ser de cargo de la parte vencida; sin embargo, el Tribunal tiene la facultad de distribuir y prorratear estos costos entre las partes si estimara que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

14.8.4. En el presente caso, toda vez que no existe un acuerdo entre las partes respecto a la forma cómo se van a imputar o distribuir los costos y costas del arbitraje, corresponde que el Tribunal, atendiendo a las circunstancias, evalúe si dichos costos y costas deben ser asumidos exclusivamente por una de ellas o si deben ser distribuidos entre ambas.

14.8.5. Luego de evaluar las posiciones de las partes, considerando el resultado o sentido de este laudo y, al mismo tiempo, atendiendo a que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía entre ellas que —precisamente— motivó el presente arbitraje, tomando en cuenta además, a efectos de regular el pago de tales conceptos, el buen comportamiento procesal de ambas partes, el Tribunal Arbitral estima razonable que:

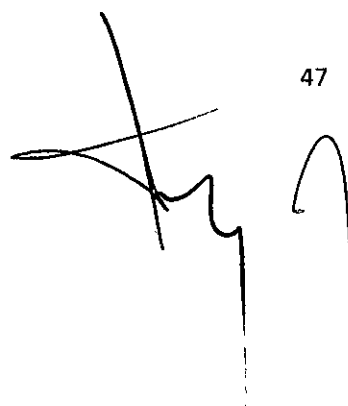
- (i) Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y
- (ii) Cada una de las partes asuma los honorarios y gastos arbitrales que les corresponde.

LAUDO:

1. **DECLARAR FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda interpuesta por PROVIAS, contenida en el Primer Punto Controvertido; en consecuencia, declarar la nulidad de la Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla, de fecha 13 de octubre 2014, por la cual el CONSORCIO otorgó cinco (5) días a PROVIAS para la aprobación y pago correspondiente del Informe N° 2, bajo apercibimiento de resolver el Contrato N° 038-2014-MTC/21 por causas imputables a esta última.
2. **DECLARAR FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la demanda interpuesta por PROVIAS, contenida en el Segundo Punto Controvertido; en consecuencia, declarar la nulidad de la Carta Notarial N° 294950, de fecha

20 de octubre de 2014, por la cual el CONSORCIO dispuso resolver el Contrato N° 038-2014-MTC/21 por causas imputables a PROVIAS.

3. **DECLARAR FUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la demanda interpuesta por PROVIAS, contenida en el Tercer Punto Controvertido; en consecuencia, declarar la validez y eficacia de la Resolución Directoral N° 1081-2014-MTC/21 de fecha 21 de octubre de 2014, mediante la cual PROVIAS procedió a resolver el Contrato N° 038-2014-MTC/21.
4. **DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la reconvencción interpuesta por el CONSORCIO, contenida en el Cuarto Punto Controvertido; en consecuencia, no corresponde declarar que el requerimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales bajo apercibimiento de resolución del Contrato N° 038-2014-MTC/21, efectuado mediante Carta N° 023-2014-AMC/Estudio-Chaucalla, presentada por el CONSORCIO, ha sido convalidado por PROVIAS, ante la falta de pronunciamiento dentro del plazo conferido.
5. **DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la reconvencción interpuesta por el CONSORCIO, contenida en el Quinto Punto Controvertido; en consecuencia, no corresponde declarar válida y eficaz la resolución del Contrato efectuada por el CONSORCIO, mediante Carta Notarial N° 294950 remitida el 22 de octubre de 2014.
6. **DECLARAR INFUNDADA** la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la reconvencción interpuesta por el CONSORCIO, contenida en el Sexto Punto Controvertido; en consecuencia, no corresponde declarar nula e ineficaz la Resolución Directoral N° 1081-2014-MTC/21 de fecha 21 de octubre de 2014.
7. **DECLARAR FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la reconvencción interpuesta por el CONSORCIO, contenida en el Séptimo Punto Controvertido; en consecuencia, corresponde dar por aprobado el Informe N° 2 presentado por el CONSORCIO mediante Carta N° 022-2014-AMC/Estudio-Chaucalla y ordenar el pago a favor del CONSORCIO de la suma de S/ 162 432,00 por dicho concepto.
8. **DECLARAR** que **CARECE DE OBJETO** pronunciarse respecto a la Excepción de Incompetencia deducida por PROVIAS contra la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la reconvencción interpuesta por el CONSORCIO, contenida en el Octavo Punto Controvertido.
9. **DECLARAR** que **CARECE DE OBJETO** pronunciarse respecto a la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la reconvencción interpuesta por el CONSORCIO, contenida en el Octavo Punto Controvertido.



10. DECLARAR INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la reconvencción interpuesta por el CONSORCIO, contenida en el Noveno Punto Controvertido; en consecuencia, no corresponde que el Tribunal Arbitral ordene el pago de S/ 58 415,44 correspondiente a la utilidad que el CONSORCIO pretendía obtener con la ejecución del Contrato N° 038-2014-MTC/21, según el Plan de Utilización del Adelanto Directo.

11. DECLARAR INFUNDADA la Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal de la reconvencción interpuesta por el CONSORCIO, contenida en el Décimo Punto Controvertido; en consecuencia, no corresponde ordenar a PROVIAS el pago de S/ 58 415,44 a favor del CONSORCIO, por Indemnización por daños y perjuicios, comprendida por el lucro cesante con el que habría sido perjudicado el CONSORCIO, al haberse frustrado la continuidad de la ejecución del Contrato N° 038-2014-MTC/21 por la incompatibilidad declarada por el SERNANP.

12. DISPONER, respecto de los gastos arbitrales, se resuelve:

- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y
- (ii) Que cada una de las partes asuma los honorarios y gastos arbitrales que les corresponde.


Alberto Quintana Sánchez
Presidente del Tribunal Arbitral
Sergio Tafur Sánchez
Árbitro
Juan Peña Acevedo
Árbitro