

Expediente N° 975-37-16

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: Consorcio Supervisor Huaura (o la demandante)

DEMANDADO: Provías Nacional (o el demandado)

TRIBUNAL ARBITRAL: Dr. Manuel Diego Aramburú Yzaga.
Dr. Juan Huamaní Chavez
Dr. Víctor Manuel Huayama Castillo

En Lima, a los 13 días del mes de Marzo de 2017, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley los reglamentos aplicables y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración, analizado y valorado todas las pruebas, y deliberado en torno a las pretensiones planteadas, dicta el siguiente laudo para poner fin, a la controversia:

I. ANTECEDENTES.-

EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL, DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DE TRIBUNAL ARBITRAL.-

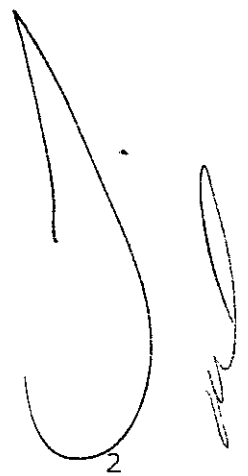
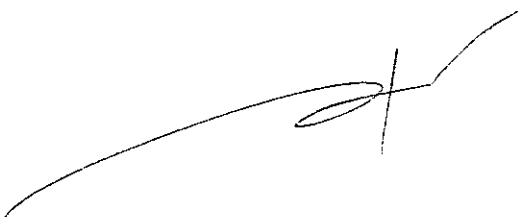
El Convenio Arbitral. Está contenido en la Cláusula Vigésimo Cuarta del denominado Contrato de Supervisión de Obra N° 042-2013-MTC/20, celebrado el 22 de marzo de 2013 (en adelante el "Contrato").

Instalación del Tribunal Arbitral. Con fecha 21 de junio de 2016, se realizó la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral constituido por los árbitros, doctor Manuel Diego Aramburú Yzaga como Presidente del Tribunal Arbitral, y los doctores Juan Huamaní Chavez y Víctor Manuel Huayama Castillo en calidad de árbitros; con la asistencia del Dr. Álvaro Efraín Prialé Torres en representación de Consorcio Supervisor Huaura y Alfonso Roberto Carbajal Sánchez en representación de Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

En dicho acto, se establecieron las reglas del arbitraje.

II. DESARROLLO DEL PRESENTE ARBITRAJE.-

PRETENSIONES:


2

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE DECLARE NULO Y/O INVÁLIDO Y/O INEFICAZ EL OFICIO N° 1964-2015-MTC/20.5 MEDIANTE EL CUAL PROVIAS NACIONAL APLICÓ A NUESTRO CONSORCIO UNA PENALIDAD ASCENDENTE A S/. 668,479.39 SOLES POR SUPUESTAMENTE INCURRIR EN LA CAUSAL SEÑALADA EN EL NUMERAL 20.2.2 DE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA POR: I) NO ADOPTAR OPORTUNAMENTE LAS ACCIONES NECESARIAS PARA UN CORRECTO TRABAJO QUE PERMITA CONTROLAR LA SEÑALIZACIÓN DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA Y II) POR NO HABER ADOPTADO LAS ACCIONES NECESARIAS PARA QUE EL CONTRATISTA EJECUTE LA SEÑALIZACIÓN QUE LA OBRA REQUIERE CON EL FIN EVITAR ACCIDENTES Y BRINDAR LA SEGURIDAD SUFICIENTE AL USUARIO.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE ORDENE A PROVIAS NACIONAL EL PAGO ASCENDENTE A S/. 668,479.39 SOLES POR CONCEPTO DE DEVOLUCIÓN DEL IMPORTE RETENIDO EN NUESTRAS VALORIZACIONES - PRESENTADAS A PROVIAS NACIONAL- COMO CONSECUENCIA DE LA PENALIDAD APLICADA MEDIANTE OFICIO N° 1964-2015-MTC/20.5.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE CONDENE A PROVIAS NACIONAL AL PAGO DE COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO ARBITRAL.

2.- POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

2.1. Señala que el presente arbitraje ha sido iniciado con dos objetivos primordiales:

En primer lugar, que se ordene a PROVIAS NACIONAL dejar sin efecto la penalidad aplicada contra ellos por supuestamente incurrir en la causal 20.2.2 de los Términos de Referencia del Contrato de Supervisión de Obra N° 042-2013-MTC/20.

Y en segundo lugar, que ordene a PROVIAS NACIONAL la devolución del importe retenido en sus valorizaciones (presentadas a PROVIAS NACIONAL), ascendente a S/. 668,479.39 como consecuencia de la aplicación de dicha penalidad.

Señalan que mediante Oficio N° 1964-2015-MTC/20.5 del 20 de octubre de 2015 (Ver Anexo 1-D), PROVIAS NACIONAL comunicó la aplicación de una penalidad ascendente a S/. 668,479.39, por el derrumbe producido el día 08 de junio de 2015 en el lugar de la obra ya que, a su criterio, el Consorcio no habría cumplido con sus obligaciones referidas al control de la señalización estipulada en el numeral 20.2.2 de nuestros Términos de Referencia.

En respuesta a dicha comunicación, remitieron a PROVIAS NACIONAL el 23 de octubre de 2015 la Carta N° 055-2015/CON-1302-S/RL (Ver Anexo 1-E), a través de la cual manifestaron su disconformidad por la aplicación de la referida penalidad, pues señalan que cumplieron con adoptar todas las acciones, que contempla el contrato, para controlar la señalización de la obra. Señalan que esta posición es la misma que la contenida en el informe pericial de oficio solicitado por la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaura, así como también el informe pericial de parte presentado por el Contratista en el marco del proceso penal que se viene siguiendo por la presunta comisión del delito de homicidio culposo y lesiones culposas.

2.2. Respecto al caso en concreto indican que el 05 de marzo de 2013, PROVIAS NACIONAL el CONSORCIO VIAL HUAURA, conformado por las empresas CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S.A. SUCURSAL DEL PERU - JJC CONTRATISTAS GENERALES S.A., (en adelante, "El Contratista") suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N° 036-2013-MTC/20 para la ejecución de la Obra "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Huaura - Sayán - Churín, Tramo : Huaura - Sayán - Puente Tingo", ubicada en la provincia de Huaura, (en adelante, "La Obra"), por el monto de S/. 531'425,832.29 (Quinientos Treinta y Un Millones Cuatrocientos Veinticinco Mil Ochocientos Treinta y Dos con 29/100 Nuevos Soles) incluido el IGV. (Ver Anexo 1-F)

Posteriormente, PROVIAS NACIONAL y el CONSORCIO SUPERVISOR HUAURA, conformado por las empresas HOB CONSULTORES S.A. y ALPHA CONSULT S.A. (en adelante, "La Supervisión de Obra" o "El Supervisor") suscribieron el Contrato de Supervisión de Obra N° 042-2013-MTC/20 (Ver Anexo 1-G), para la Supervisión de la obra por el monto de S/. 33'423,969.53 (Treinta y Tres Millones Cuatrocientos Veintitrés Mil Novecientos Sesenta y Nueve y 53/100 Nuevos Soles) incluido el IGV.

2.3.- Indican que la vigencia y duración se establecida en la cláusula a cuarta

"CLAUSULA CUARTA: VIGENCIA, DURACIÓN, INICIACIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO

- 4.1 *El presente Contrato tiene vigencia desde el día siguiente de su suscripción y rige hasta el consentimiento de la liquidación de LA SUPERVISIÓN DE OBRA, y se efectúe el pago correspondiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 149° de EL REGLAMENTO.*
- 4.2. *Durante la vigencia del presente Contrato, los plazos se computarán en días calendario, de conformidad con lo establecido en el artículo 151° de EL REGLAMENTO.*
- 4.3. *El plazo de LA SUPERVISIÓN DE OBRA es de 822 (Ochocientos Veintidós) días calendario, acorde a lo establecido en el Numeral 1.8. del Capítulo 1, Sección Específica de las Bases Integradas del Concurso Público, incluyendo el periodo de revisión del proyecto y liquidación final, contados a partir de la fecha en que se expida la orden de inicio por parte de PROVIAS NACIONAL, teniendo en consideración los siguientes plazos:*

<i>Etapas de Revisión del Estudio</i>	<i>30 días calendario</i>
<i>Etapas de Supervisión de Obra</i>	<i>720 días calendario</i>
<i>Etapas de Supervisión de Obra</i>	<i>72 días calendario</i>

4.4 *Las actividades de LA SUPERVISIÓN DE OBRA, se iniciarán solamente cuando medie una orden explícita de inicio; la que será notificada oficialmente a LA SUPERVISIÓN DE OBRA, por PROVIAS NACIONAL; la cual no estará supeditada a la entrega del Adelanto Directo."*

2.4.- Indican que el 23 de abril de 2013, se realizó la Entrega del terreno; por lo que, el 24 de abril del 2013, fue la fecha de inicio del servicio de Supervisión de la Obra.

2.5.- Mediante Resolución Directoral N° 252-2016-MTC/20 de fecha 22 de abril de 2016 (Ver Anexo 1-H), la Entidad declaró procedente en parte la Ampliación de Plazo N° 29 por seis (06) días calendario, de los veinte (20) solicitados por el Contratista, trasladándose de esta manera la fecha de término de la obra del 14 de julio de 2016 al 20 de julio de 2016.

En el artículo segundo del referido acto administrativo, la Entidad otorgó la Ampliación de Plazo N° 20 al Contrato de Supervisión de Obra N° 042-2013-MTC/20 del 22 de marzo de 2013, suscrito entre el Supervisor y la Entidad por seis (06) días calendario; trasladándose el término de la Etapa de Supervisión de Obra al 20 de julio de 2016 y para la Etapa de elaboración del Informe Final, Revisión y Liquidación de Contrato de Obra al 30 de setiembre de 2016, en aplicación del Artículo 202° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

2.6.- Mediante Resolución Directoral N° 224-2016 MTC/20 de fecha 13 de abril de 2016 (Ver Anexo 1-I), la Entidad aprobó la Prestación Adicional N° 08 de los Servicios de Supervisión por S/. 945,643.15 incluido I.G.V., con precios unitarios ofertados al mes de octubre del 2012, que representa una incidencia específica de 2.829% del monto del Contrato de Supervisión Original y una incidencia acumulada por adicionales de obra, ascendente a 5.584%; la presente prestación se genera por la Ampliación de Plazo de Supervisión de Obra N° 18, por un total de 47 días calendario.

2.7.- Indican que mediante Resolución Directoral N° 211-2016-MTC/20 de fecha 08 de abril de 2016 (Ver Anexo 1-J), la Entidad declaró procedente en parte, la Ampliación de Plazo N° 28 por sesenta y nueve (69) días calendario, de los noventa y siete (97) solicitados por el Contratista, trasladándose de esta manera la fecha de término de la obra del 06 de mayo de 2016 al 14 de julio de 2016, lo cual generó el trámite de nuestra Prestación Adicional N° 09 de los Servicios de Supervisión por S/. 1'368,585.18 incluido I.G.V., con precios unitarios ofertados al mes de octubre del 2012, que representa una incidencia específica de 4.095% del monto del Contrato de Supervisión Original y una incidencia acumulada por adicionales de obra, ascendente a 9.679%; la entidad mediante la Resolución Directoral N° 312-2016-MTC/20 de fecha 12 de mayo de 2016, resolvió la aprobación respectiva.

2.8.- Mediante Oficio N° 1964-2015-MTC/20.5 del 20 de octubre de 2015 (Ver Anexo 1-D), PROVIAS NACIONAL comunicó la aplicación de una penalidad ascendente a S/. 668,479.39, por el derrumbe producido el día 08 de junio de 2015 en el lugar de la obra ya que, habrían incumplido con las obligaciones referidas al control de la señalización estipulada en el numeral 20.2.2 de los Términos de Referencia.

2.9.-Mediante carta del 23 de octubre de 2015 - Carta N° 055-2015/CON-1302-S/RL (Ver Anexo 1-E), el consorcio manifiesta su disconformidad por la aplicación de la referida penalidad, toda vez que cumplieron con el contrato, de manera que el derrumbe ocurrido el día 08 de junio de 2015, se produjo por circunstancias que "no nos resulta imputable", lo que se corrobora con el informe pericial de oficio solicitado por la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaura en el proceso penal que se viene siguiendo por la presunta comisión del delito de homicidio culposo y lesiones culposas (Ver Anexo 1-Q) y con el informe pericial de parte presentado por el Contratista en el marco del referido proceso penal (Ver Anexo 1-T).

3.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE DECLARE NULO Y/O INVÁLIDO Y/O INEFICAZ EL OFICIO N° 1964-2015-MTC/20.5 MEDIANTE EL CUAL PROVIAS NACIONAL APLICÓ A NUESTRO CONSORCIO UNA PENALIDAD ASCENDENTE A S/. 668,479.39 POR SUPUESTAMENTE INCURRIR EN LA CAUSAL SEÑALADA EN EL NUMERAL 20.2.2 DE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA POR: I) NO ADOPTAR OPORTUNAMENTE LAS ACCIONES NECESARIAS PARA UN CORRECTO TRABAJO QUE PERMITA CONTROLAR LA SEÑALIZACIÓN DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA Y II) POR NO HABER ADOPTADO LAS ACCIONES NECESARIAS PARA QUE EL CONTRATISTA EJECUTE LA SEÑALIZACIÓN QUE LA OBRA REQUIERE CON EL FIN EVITAR ACCIDENTES Y BRINDAR LA SEGURIDAD SUFICIENTE AL USUARIO.

3.1.-Señalan que el acto administrativo no es válido pues no se dictó conforme el ordenamiento aplicable.

3.2.- Indican que el Oficio N° 1964-2015-MTC/20 del 20 de octubre de 2015, mediante el cual se comunicó la aplicación de penalidades por incurrir supuestamente en la causal tipificada en el numeral 20.2.2 de los Términos de Referencia del Contrato, ha sido dictado contraviniendo

normas legales y reglamentarias, por lo que deberá ser declarado nulo o inválido o dejarse sin efecto en instancia arbitral.

3.3.- Señalan que se les aplicó la penalidad supuestamente por i) no adoptar oportunamente las acciones necesarias para un correcto trabajo que permita controlar la señalización durante la ejecución de la obra y ii) por no haber adoptado las acciones necesarias para que el contratista ejecute la señalización que la obra requiere con el fin evitar accidentes y brindar la seguridad suficiente al usuario.

3.4.- Indican que el referido oficio presenta errores en cuanto a la incorrecta aplicación de la penalidad: respecto a que aparentemente la supervisión no adoptó oportunamente las acciones necesarias para un correcto trabajo que permita controlar la señalización durante la ejecución de la obra:

3.5.- Señalan que en los Informes Mensuales de Supervisión Socio Ambiental remitidos a la Entidad se detallan las actividades de supervisión ambiental para el control entre otros de la señalización de seguridad, señalización informativa y el mantenimiento vial de acuerdo a lo exigido por el Plan de Manejo Socio Ambiental contenido en el Expediente Técnico. (Ver Anexo 1-K).

Efectivamente, mediante la Carta N° 264-2015/CON-1302-S/JS de fecha de recepción 16 de junio de 2015 (Ver Anexo 1-L), se comunicó a la Entidad que se había producido un derrumbe en el sector Km. 87+790 - Km. 87+860, razón por la cual se remitió el Informe Especial N° 01, en el que se incluían los Informes de los Especialistas que tuvieron participación técnica en los trabajos ejecutados en dicho sector.

3.6.- Dichos informes fueron los siguientes: N° 080-2015/CON-1302-S/ETTDV-VRCH, N° 011-2015/CON-1302-S/EGG del Especialista en Geología y Geotécnica, a través del cual se describe la situación del

proyecto y las acciones preventivas adoptadas, N° 025-2015/CON-1302-S7EIA del Especialista Ambiental, a través del cual indicó que en la ejecución de los trabajos se tomaron las medidas de seguridad necesarias. Asimismo, se describió la señalización colocada antes de ejecutar el corte de talud, lo cual permaneció en campo después de ejecutado el corte hasta la caída del derrumbe.

3.7.-Indican por tanto que, el Supervisor oportunamente adoptó las medidas preventivas pertinentes para minimizar los riesgos, como se puede observar de las fotografías detalladas en los informes antes mencionados. Y señalan que, en los precitados informes se ha brindado evidencia del control efectuado en la colocación y mantenimiento de la señalética en los frentes de trabajo dentro de los sectores del área de influencia directa del proyecto.

3.8.-Indican que los informes de manejo ambiental han sido debidamente evaluados por la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales (DIGASA) habiéndose emitido en su oportunidad la conformidad en el cumplimiento del Plan de Mantenimiento y Seguridad Vial al haberse cumplido con la colocación de señales provisionales preventivas, con los dispositivos auxiliares de señalización en los frentes de obra y zonas peligrosas, tal y como se aprecia con la documentación que se adjunta a la presente en calidad de medio probatorio N° 10 (Ver Anexo 1-M).

3.9.- Que mediante Carta N° 265-2015/Con-1302-S/JS (Ver Anexo 1-N) el Supervisor solicitó autorización a la Entidad para el cierre de la vía al tránsito nocturno debido al riesgo de ocurrencia de derrumbes durante la etapa de construcción. Sin embargo, mediante Carta N° 981-2015-MTC/20.5 de fecha de recepción 23 de junio de 2015 (Ver Anexo 1-O), la Entidad comunicó al Supervisor que se había evaluado las implicancias que pueda derivar de dicha acción con los usuarios de la zona y vio por

conveniente mantener normalmente el tránsito nocturno en toda la zona.

3.10.- Indican que dicha decisión fue comunicada al Contratista el 24 de junio de 2015, mediante Carta N° 287-2015/CON-1302-S/JS (Ver Anexo 1-P), señalando que el personal del Contratista coordine con el personal de la supervisión respecto al seguimiento permanente de la señalización.

Por todo ello, resulta falso señalar que el Supervisor no adoptó oportunamente las acciones necesarias para un correcto trabajo que permita controlar la señalización durante la ejecución de la obra.

3.11.- Indican además que en el peritaje del Ing. Carlos Carhuavilca se indicó en la página 16 de la pericia lo siguiente:

“De la revisión de los Informes mensuales de Supervisión, del archivo fotográfico y videos de la obra, se puede observar que la obra siempre contó con señales de seguridad vial y el personal de obra y pobladores fueron permanentemente capacitados en temas de seguridad”

Asimismo, el perito en la página 22 de su Informe Pericial señaló lo siguiente:

“El Supervisor y el Contratista de la obra, se desempeñaron con apego a lo establecido en sus Términos de referencia, lo establecido en los reglamentos que norman la construcción de carreteras y las buenas prácticas de la ingeniería y lo señalado en sus respectivos contratos.”

3.12.- Manifiestan además que el peritaje elaborado por el Ing. Jorge Alva Hurtado, en la página 012 indicaba que durante la ejecución de la

- obra se realizaron diversas actividades de seguridad, entre ellas se colocó:

“(...) Señalización en toda la vía en especial de las zonas que presentan desprendimientos de roca, advirtiéndolo a los trabajadores y usuarios.

Paneles informativos con números de emergencia y avisos de condiciones de la vía (...)”

3.13.- Indican que ello demuestra que la labor de la supervisión no sólo fue siempre la correcta, ajustándose a las disposiciones legales correspondientes adoptando oportunamente las acciones necesarias para un correcto trabajo que permita controlar la señalización durante la ejecución de la obra, razón por la cual la penalidad formulada por la Entidad no se ajusta a derecho.

3.14.- Respecto a que aparentemente la supervisión no adoptó las acciones necesarias para que el contratista ejecute la señalización que la obra requiere con el fin evitar accidentes y brindar la seguridad suficiente al usuario.

3.15.- Indican que de manera constante se efectuó en obra inspecciones a la señalización y seguridad vial, cuyo cumplimiento ha sido verificado de manera permanente por parte del Supervisor, lo cual fue debidamente reportado en los informes mensuales de obra y los informes mensuales de supervisión ambiental.

En ese sentido señalan que el supervisor adoptó oportunamente las acciones necesarias para un correcto trabajo que permita controlar la señalización durante la ejecución de la obra, razón por la cual la penalidad formulada por la Entidad no se ajusta a derecho.

4.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE ORDENE A PROVIAS NACIONAL EL PAGO ASCENDENTE A S/. 668,479.39 POR CONCEPTO DE DEVOLUCIÓN DEL IMPORTE RETENIDO EN NUESTRAS VALORIZACIONES (PRESENTADAS A PROVIAS NACIONAL) COMO CONSECUENCIA DE LA PENALIDAD APLICADA MEDIANTE OFICIO N° 1964-2015-MTC/20.5.

Señalan que les asiste el derecho a que PROVIAS NACIONAL les pague el importe ascendente a S/. 668,479.39 en calidad de devolución del importe retenido como consecuencia de la aplicación de la penalidad.

Indican que por economía procesal, se reiteran los fundamentos expuestos para la primera pretensión principal, solicitando que se tomen en cuenta al analizar esta pretensión.

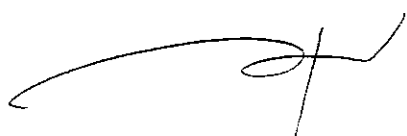
5.- FUNDAMENTOS DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE SE CONDENE A PROVIAS NACIONAL AL PAGO DE COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO ARBITRAL.

5.1.- Al respecto, en atención a los argumentos expuestos y considerando que existe sustento lógico y jurídico que ampare nuestra demanda, solicitamos que el pago de los costos y costas que irroque la tramitación del presente proceso, sea pagado íntegramente por la Entidad.

5.2.- Por lo expuesto, esta pretensión deberá declararse Fundada.

6.- POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Mediante escrito de fecha 8 de setiembre de 2016 PROVIAS NACIONAL contesta la demanda negándola en todos y cada uno de sus extremos y plantea su posición de la siguiente manera:



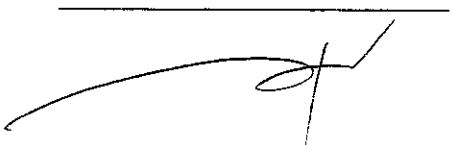
6.1.- PROVIAS NACIONAL reconoce que con fecha 22 de marzo de 2013, suscribió el Contrato de Supervisión N° 043-2013-MTC/201 con el Consorcio Supervisor Huaura.

6.2.- Que el 12 de febrero de 2015, se dio inicio a la ejecución en el corte de Talud, dentro del sector Km.87+690 - Km.88+025, donde se observaron derrumbes constantes en su ejecución. Como consecuencia de ello el 16 de febrero de 2015, mediante Orden de Campo N° 13, la Supervisión decide autorizar, el tendido de los taludes de V3:H1 (72°) a V1.5:H1 (52° con el horizontal) desde el Km. 87+750 al Km. 87+940 sin banquetta.

6.3.- Producto de la decisión tomada por la Supervisión, mediante la Carta N° 0149-15-CVH-OBRA de fecha 25 de febrero de 2015, el Contratista elaboró nuevos planos de las Secciones Transversales con la modificación de taludes de corte y los remitió a la Supervisión. Mediante Carta 123-2015/CON-1302-S/JS, de fecha 17 de marzo de 2015, la Supervisión evaluó la enunciada modificación y decidió autorizar los planos de las Secciones Transversales propuestas por el contratista.

6.4.- El 24 de abril de 2015, se culminó con los cortes de talud, excepto del subsector Km. 87+750 al Km. 87+790, debido a la presencia de rocas. Indican que el 15 de mayo de 2015, se dio inicio a la construcción de la escollera (enrocado del talud inferior) y continuó hasta el 8 de junio de 2015, fecha en la que ocurrió el derrumbe de 15,000 metros cúbicos de materiales sueltos en el Sector Km.87+790 al Km. 87+860 de la obra.

6.5.- Como consecuencia del derrumbe, se ocasionó un accidente vial, donde fallecieron varias personas. Como consecuencia la Fiscalía inició investigación y encargó al ingeniero geólogo - Ing. Jhon Felipe Quijano



Chávez- un informe pericial oficial, el mismo que determinó en su dictamen que la responsabilidad del accidente recae sobre el contratista, el Supervisor y la Entidad, solo en el extremo que por normativa en contratación pública, la Entidad es responsable del Expediente Técnico.

6.6.- Indica que PROVIAS NACIONAL realizó su propia investigación y como consecuencia de ello con fecha 16 de octubre de 2015, emitió el Informe N° 037-2015-MTC/20.5, el que concluye que tanto el Supervisor y el Contratista incumplieron sus obligaciones contractuales.

6.7.- Indican que, mediante Informe N° 853-2015-MTC/20.3, de fecha 16 de octubre de 2015, la Unidad Gerencial de Asesoría Legal de la Entidad concluyó que si es viable que se le requiera al contratista para que este proceda con limpiar el derrumbe y con la eliminación a un Depósito de Material Excedente (DME), entre otros.

6.8.- Luego, con fecha 20 de octubre de 2015, PROVÍAS NACIONAL remitió el Oficio 1964-2015-MTC/20 a la Supervisión, en el cual se le comunicó la aplicación de la penalidad de conformidad con el numeral 20.2.2 de los Términos de Referencia, por no haber cumplido con adoptar las acciones necesarias para que el Contratista de la Obra ejecute un correcto trabajo en la señalización de obra.

6.9.- PROVIAS NACIONAL procede inmediatamente a contestar las pretensiones:

Indican, como cuestión previa que la decisión de modificar el expediente técnico no fue comunicada a PROVIAS NACIONAL.

6.10.- Señalan que si bien este hecho no está directamente vinculado a la aplicación de la penalidad, si existe un grado de relación, porque la aplicación de la penalidad fue a causa de lo acontecido en el derrumbe

del 8 de junio de 2015. Y que PROVIAS NACIONAL en sus informes de forma preliminar concluyó que tanto el contratista como la Supervisión habrían incumplido sus obligaciones contractuales. Siendo que se debió prever todo tipo de medidas de seguridad, peor aun cuando lo indicado en el Expediente Técnico fue modificado de forma unilateral por parte de la misma Supervisión y el contratista, sin conocimiento y conformidad de la Entidad.

6.10.- Señalan que la propuesta de modificación del talud en el sector precipitado fue aprobada por la Supervisión con Orden de Campo N° 13; por lo que, señalan que, las deficiencias del cambio propuesto por el Contratista no pueden ser imputables a la Entidad, ya que tanto el Supervisor como el Contratista mantuvieron a la Entidad al margen de esta decisión. Señalan que esta situación se agrava, pues en el Expediente Técnico ya se había identificado al tramo del Km. 87+770 - Km. 88+020 como un Sector Crítico de la Obra (el SCO N° 74). Por lo que el Contratista y el Supervisor, tenían conocimiento y, debieron comunicar a PROVIAS NACIONAL la propuesta de modificación para que se otorgue la conformidad de la misma.

6.11.- Señalan que la falta de comunicación configura el incumplimiento del artículo 193° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado pues la Supervisión no tiene autoridad por sí sola para modificar los términos contractuales -en este caso modificar el Expediente Técnico- sin previo aviso y autorización de la Entidad. Concluyendo que la Entidad queda al margen no solo de las deficiencias aprobadas por la Supervisión, sino de sus implicancias en la Obra, esto es las nuevas medidas de seguridad de tránsito que debieron ser efectuadas para asegurar la integridad de la población.

6.12.- Respecto de la Primera Pretensión Principal señalan que en la Cláusula Segunda del Contrato de Supervisión de Obra se pactó como régimen legal aplicable que en el numeral 20.2.2 de los Términos de

- Referencia, en la Cláusula Vigésima, las partes pactaron la aplicación de penalidades por el supuesto de no haber adoptado las acciones necesarias para un correcto trabajo de señalización (diurna-nocturna) durante la ejecución de obra, como sigue a continuación:

6.13.- Señalan que en el Informe Técnico N° 853-2015-MTC/20.3 de la Unidad Gerencial de Obras, se verificó que el Supervisor obligó al contratista a tomar nuevas medidas necesarias al cambiar el talud en su punto de equilibrio con una carretera abierta al tráfico de los usuarios, pero que no se habría obligado al contratista a tomar medidas adecuadas.

6.14.- Indican que en la cláusula 20.2.2 del contrato se regula tal supuesto señalando que se aplicará una penalidad equivalente al 2.0% de la valorización del mes, en caso la Entidad detecte la falta de señalización que la Obra requiere con el fin de evitar accidentes y brindar la seguridad suficiente al usuario.

En consecuencia, concluyen que no corresponde declarar nulo y/o inválido y/o ineficaz el Oficio N° 1964-2015-MTC/20.5 mediante el cual la Entidad aplicó a la demandante la penalidad, por lo que la pretensión debe ser declarada INFUNDADA.

6.15.- Respecto a la segunda pretensión indican que conforme a lo sustentado en el Informe N° 853-2015-MTC/20.3 y en el Informe N° 037-2015-MTC/20.5, para PROVIAS NACIONAL la penalidad estuvo acorde con la cláusula 20.2.2 del Contrato de Supervisión por lo que corresponde declarar INFUNDADA esta pretensión del Supervisor.

6.16.- Sobre la pretensión referida al pago de las costas y costos, la Entidad sostiene que no corresponde que se ordene que PROVIAS NACIONAL asuma las costas y costos del arbitraje, ya que según su parecer se ha fundamentado y probado, existen suficientes argumentos

que demuestran que no existe sustento de ninguna de las pretensiones del Supervisor, de tal manera que corresponde que sea el Consorcio Supervisor quién pague la totalidad de los honorarios de los árbitros, secretaría arbitral y sus gastos de defensa.

7.- AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

Con fecha 12 de diciembre de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamento del Tribunal Arbitral, en presencia de ambas partes, se fijaron los puntos controvertidos establecidos en la Demanda Arbitral.

7.1 El Tribunal Arbitral con las partes, estableció como puntos controvertidos los siguientes:

1) Punto Controvertido respecto de la Primera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no declarar nulo y/o inválido y/p ineficaz el Oficio N° 1964-2015-MTC/20.5 mediante el cual Proviás Nacional aplicó al Consorcio una penalidad ascendente a S/ 668, 479.39 Soles por supuestamente incurrir en la causal señalada en el numeral 20.2.2 de los términos de referencia, por i) No adoptar oportunamente las acciones necesarias para un correcto trabajo que permita controlar la señalización durante la ejecución de la obra y ii) Por no haber adoptado las acciones necesarias para que el contratista ejecute la señalización que la obra requiere con el fin de evitar accidentes y brindar la seguridad suficiente al usuario.

2) Punto Controvertido respecto de la Segunda Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL el pago ascendente a S/ 668, 479.39 Soles por concepto de devolución del importe retenido en las valorizaciones del Consorcio -presentadas- a PROVIAS NACIONAL- como consecuencia de la penalidad aplicada mediante Oficio N° 1964-2015-MTC/20.5.

3) Punto Controvertido respecto de la Tercera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no condenar a PROVIAS NACIONAL al pago de costos y costas del proceso arbitral.

8.- ANÁLISIS:

PRIMERO: Que, el presente proceso arbitral se deriva del Contrato de Supervisión de Obra N° 042-2013-MTC/20, celebrado el 22 de marzo de 2013.

SEGUNDO: Que, constituye un principio general de todo proceso el de la Carga de la Prueba el que implica que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos y tiene pretensiones, o a quien los contradice.

TERCERO: Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en los juzgadores respecto a los puntos controvertidos.

Por su parte, el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 que regula el Arbitraje, otorga a los Árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas.

CUARTO: Que conforme el artículo 35° de la Ley de Contrataciones del Estado el contrato debe celebrarse por escrito y se ajustará a la proforma incluida en la Bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección y que asimismo, entrará en vigencia cuando se cumplan las condiciones establecidas para dicho efecto en las Bases y podrá incorporar otras modificaciones expresamente establecidas en el Reglamento.

Que, sin perjuicio de ello, conforme el ordenamiento jurídico peruano, en lo que se refiere al cumplimiento de los Contratos, establece que los Contratos son obligatorios para las partes y que deben cumplirse y respetarse escrupulosamente.

Por tanto, es preciso dejar claramente establecido que éste como todos los casos que se sustentan en un Contrato debe ser resuelto con sujeción al principio de la autonomía de las partes que, en forma fundamental, inspira el derecho contractual, principio que ha sido recogido en el artículo 62° de nuestra Constitución Política.

En tal sentido, los artículos 1352°, 1354° y 1356° del Código Civil consagran el principio de la consensualidad, el principio de la libertad contractual y el carácter obligatorio de las disposiciones contractuales, respectivamente. Al respecto, el artículo 1361° del Código Civil declara como principio rector que *“los Contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”* y el artículo 1362° del mismo cuerpo normativo prescribe que *“los Contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”*.

Del mismo modo, debe tomarse en cuenta el artículo 1352° del Código acotado que establece que *“los Contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos casos que, además, deben observar la forma señalada por ley bajo sanción de nulidad”*; en igual sentido, el artículo 1373° del citado cuerpo normativo dispone que *“el Contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”*.

Todas estas disposiciones consagran el principio jurídico rector de la contratación (*“pacta sunt servanda”*), base del derecho obligacional y contractual que compromete a las partes a cumplir de buena fe las obligaciones pactadas de un Contrato.

Los principios de fuerza obligatoria del Contrato, buena fe y común intención de las partes sostienen que los Contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose legalmente que la declaración expresada

en el Contrato responde a la voluntad común de las partes. En tal sentido, quien niega dicha coincidencia debe probarla.

QUINTO: Que, conforme a la demanda y la contestación de la demanda, en la Audiencia correspondiente, se ha determinado la controversia y por tanto los temas que serán materia del laudo.

Que conforme se ha indicado anteriormente en materia de probanza todo aquel que alega un hecho debe de probarlo. A tales efectos, el Tribunal Arbitral a lo largo del arbitraje ha analizado la posición de la demandante y del demandado, sus alegaciones y las pruebas que han aportado al presente y hace énfasis en que ha analizado y valorado todas las pruebas admitidas.

SEXTO: Que siendo ello así el Tribunal Arbitral evaluó las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a su valoración conjunta, las consecuencias que para las partes se deriven de haber probado o no sus respectivas alegaciones de acuerdo a derecho.

Que, a los efectos de valorar las pruebas aportadas al presente proceso arbitral, que es uno de derecho, debe tenerse en cuenta que la carga de la prueba corresponde a quien alega determinado hecho. Asimismo cabe resaltar que la prueba tiene por objeto que la parte interesada acredite ante el juzgador los hechos que invoca en la sustentación de su posición para crear certeza respecto de ellos. A este respecto, la doctrina señala que:

“La noción vulgar o corriente de probar la recoge y tecnifica la ley para que las partes interesadas en un litigio sepan a qué atenerse en cuanto al modo de hacerlo (...) probar es averiguar la verdad de una cosa, justificarla, hacerla presente (...).

Es obvio que haya diferencia entre la prueba social y la prueba jurídica, dadas las sanciones o consecuencias que el derecho establece si se da o no se da la prueba del hecho o del acto jurídico, verbigracia, la cosa

juzgada, que socialmente no existe. En sentido legal la prueba no es una demostración cualquiera, sino a través de ciertos medios y procedimientos que la ley del proceso prescribe, permite o prohíbe, con mayor o menor severidad (...).

Todo medio que pueda alcanzar el doble fin de hacer conocido del juez un hecho, es decir, darle conocimiento claro y preciso de él, y juntamente darle la certeza de la existencia del hecho, es un medio de prueba.

Como el juez ignora los hechos, pero las partes interesadas si lo conocen, pues lo han creado y los han vivido; deben hacérselos conocer de tal manera que el conocimiento le produzca certeza en su criterio.”²

SETIMO: El Tribunal Arbitral considera, por tanto, se debe pronunciar respecto a los Puntos Controvertidos en el orden en que han sido establecidos.

OCTAVO: Respecto del primer punto controvertido, relativo a la Primera Pretensión Principal de la demanda, se debe determinar si corresponde o no declarar nulo y/o inválido y/o ineficaz el oficio N° 1964-2015-MTC/20.5 mediante el cual Provías Nacional aplicó al Consorcio Supervisor Huaura una penalidad ascendente a S/. 668,479.39 por supuestamente incurrir en la causal señalada en el numeral 20.2.2 de los términos de referencia por: i) no adoptar oportunamente las acciones necesarias para un correcto trabajo que permita controlar la señalización durante la ejecución de la obra y ii) Por no haber adoptado las acciones necesarias para que el contratista ejecute la señalización que la obra requiere con el fin de evitar accidentes y brindar la seguridad suficiente al usuario.

En la demanda arbitral, la demandante solicita que se declare nulo y/o inválido y/o ineficaz el Oficio N° 1964-2015-MTC/20.5 mediante el cual PROVIAS

² ROCHA ALVIRA, Antonio. “De la prueba en el Derecho”. Medellín. Biblioteca Jurídica DIKE. 1990; págs. 19 y 21.

NACIONAL le aplicó una penalidad ascendente a S/. 668,479.39 por supuestamente incurrir en la causal señalada en el numeral 20.2.2 de los términos de referencia ya descrita tal y como sigue:

De nuestra consideración:

Tengo a bien dirigirme a usted con relación a los documentos de la referencia, con los cuales se evalúan los hechos ocurridos el 08.06.2015 debido al derrumbe de 15,000 m³ aproximadamente en el Sector Km. 87+790 - Km. 87+860 de la Obra: "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Huaura - Sayán - Churín, Tramo: Huaura - Sayán - Puente Tingo", con la consecuente pérdida de vidas.

Sobre el particular, luego de la evaluación efectuada a los hechos acaecidos, se ha determinado que su representada habría incurrido en penalidades contractuales, ante la evidencia de no haber supervisado la adopción oportuna de las acciones necesarias para que el Contratista de la Obra ejecute un correcto trabajo, que permitiera colocar la señalización (diurna y nocturna) durante la ejecución de la Obra y/o por no haber adoptado las acciones necesarias para que el CONTRATISTA ejecute la señalización que la Obra requiere, con el fin de evitar accidentes y brindar seguridad al usuario, la misma que se encuentra establecida en el Subnumeral 20.2.2 del Numeral 20.2 de los Términos de Referencia de la Supervisión que señala:

"20.2 Se aplicará una penalidad del 2.0% del presente Contrato, por los siguientes conceptos:

20.2.2 Ante la evidencia objetiva de que no se adoptaron oportunamente las acciones necesarias para un correcto trabajo que permita controlar la señalización (diurna y nocturna) durante la ejecución de LA OBRA y/o por no haber adoptado las acciones necesarias para que EL CONTRATISTA ejecute la señalización que LA OBRA requiere con el fin de evitar accidentes y brindar la seguridad suficiente al usuario".

En ese sentido, se le aplica la penalidad de 2% establecida en el Numeral 20.2 de los Términos de Referencia que forman parte de las Bases Integradas para la contratación del servicio de: "Contratación de la firma consultora que supervisará la Obra: Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Huaura - Sayán - Churín, Tramo: Huaura - Sayán - Puente Tingo" que asciende a la suma de S/. 668 479,39 (seiscientos sesenta y ocho mil cuatrocientos setenta y nueve con 39/100 Nuevos Soles), de acuerdo al detalle siguiente:

De otro lado, el Consorcio sustenta su posición en diversas pruebas entre las que resaltan: (i) el Anexo 1-Q que contiene el informe pericial del Ing. Carlos Enrique Carhuavilca Mechato solicitado por la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaura a cargo de la Dra. Marlene Malqui Falcón, Fiscal Provincial Penal Titular; (ii) el Informe Técnico sobre Evaluación del Fenómeno de Movimiento de Masas ocurrido en el talud superior de la carretera Huaura - Sayán - Churín Km. 87+810 al Km. 87+860.

- (i) En el informe pericial (Anexo 1-Q), el perito señala que el objeto general de las pericias solicitadas por la Fiscalía es determinar si las causas del deslizamiento de rocas en la carretera de penetración Huaura - Churín - Oyón, en el tramo comprendido entre las progresivas Km. 87+790 y Km. 87+860, ocurrido el 8 de junio de 2015 fue producto de un deficiente expediente técnico, una deficiente supervisión de obra por parte del Consorcio Supervisor Huaura, de una deficiente construcción por parte del Consorcio Vial Huaura o producto del accionar de la naturaleza. Debemos resaltar que ese informe pericial que obra en el expediente no fue solicitado por las partes, sino como se ha indicado por la Fiscalía.

INFORME PERICIAL

CARLOS ENRIQUE CARHUAVILCA MECHATO, Ingeniero Civil, con Registro del Colegio de Ingenieros del Perú N° 25287, con 33 años de experiencia profesional, Miembro del Centro de Estudio "Guillermo Vassarely Reyes" y Director del Centro de Arbitraje "Alberto Dedoye Sáenz" del Consejo Departamental de Lima (CDL) del Colegio de Ingenieros del Perú (CIP), Puesto Jurídico, Puesto ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), más para el ejercicio de la profesión suscribe el presente Informe Pericial.

1. SOLICITANTE

El propietario de la finca Parcela, que ha sido requerido por la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huastla a cargo de la Doctora Mariana Malqui Falcon, Fiscalía Provincial Penal, Tlaxiama, a través de su DISPOSICIÓN N° 97 de fecha 18-12-2015.

2. OBJETO DEL INFORME PERICIAL

El jefe general de las personas solicitadas por la Fiscalía es el de acompañar a las causas de desahucio en los autos en la comarca de Panatzen (25, 11) Nueva - Churín - Cyén en el tramo comprendido entre las progresas Km. 37-380 y Km. 37-389, con el día 08 de junio de 2015, que ocasionó la muerte de catorce (14) personas (Eduardo Guzmán, Pío Salvador, Alejandro Florentino Acocot Aberca, Shirley Berenice Elus Osorio, Hugo Juan Guzmán Montez, Ricardo Andrés Gómez Ugarte, Hermelinda Luján Andara, Miguel Ángel Ortega Caza, Eusebio Enrique Escobar, Geiner Yos Sánchez Bata, Raúl Amador Vencesla Meléndez, Luis Alberto Gutiérrez Lata, María Guzmán Meléndez y los señores María Luján López y Alberto Guzmán Bata) y lesiones en dos (2) personas (Angel David Pantayo López y Geiner Wólter Luis Guzmán), fue producido de un delictivo expediente homicida, una denuncia supuestamente obra por parte del Concejo Superior Hupura, de una delictiva continuación por parte del Comandante del Hupura al momento del arresto de la pareja, durante la ejecución de obras de rehabilitación y mantenimiento de la Carretera Hupura-Sayán-Churín, zona Hupura - Sayán - Puente Tingo, que venía realizando el Concejo Vital Hupura, con la supervisión del Concejo Superior Hupura, ambos producidos de lotaciones públicas realizadas por la entidad estatal Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones - Provia Nacional (Según la ordenanza de

1. American College of 1952 Officers & Directors (1952-1953)
 George F. Johnson (1952-1953) & George F. Johnson (1953-1954)
 George F. Johnson (1954-1955) & George F. Johnson (1955-1956)

1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025, 2026, 2027, 2028, 2029, 2030, 2031, 2032, 2033, 2034, 2035, 2036, 2037, 2038, 2039, 2040, 2041, 2042, 2043, 2044, 2045, 2046, 2047, 2048, 2049, 2050, 2051, 2052, 2053, 2054, 2055, 2056, 2057, 2058, 2059, 2060, 2061, 2062, 2063, 2064, 2065, 2066, 2067, 2068, 2069, 2070, 2071, 2072, 2073, 2074, 2075, 2076, 2077, 2078, 2079, 2080, 2081, 2082, 2083, 2084, 2085, 2086, 2087, 2088, 2089, 2090, 2091, 2092, 2093, 2094, 2095, 2096, 2097, 2098, 2099, 2100, 2101, 2102, 2103, 2104, 2105, 2106, 2107, 2108, 2109, 2110, 2111, 2112, 2113, 2114, 2115, 2116, 2117, 2118, 2119, 2120, 2121, 2122, 2123, 2124, 2125, 2126, 2127, 2128, 2129, 2130, 2131, 2132, 2133, 2134, 2135, 2136, 2137, 2138, 2139, 2140, 2141, 2142, 2143, 2144, 2145, 2146, 2147, 2148, 2149, 2150, 2151, 2152, 2153, 2154, 2155, 2156, 2157, 2158, 2159, 2160, 2161, 2162, 2163, 2164, 2165, 2166, 2167, 2168, 2169, 2170, 2171, 2172, 2173, 2174, 2175, 2176, 2177, 2178, 2179, 2180, 2181, 2182, 2183, 2184, 2185, 2186, 2187, 2188, 2189, 2190, 2191, 2192, 2193, 2194, 2195, 2196, 2197, 2198, 2199, 2200, 2201, 2202, 2203, 2204, 2205, 2206, 2207, 2208, 2209, 2210, 2211, 2212, 2213, 2214, 2215, 2216, 2217, 2218, 2219, 2220, 2221, 2222, 2223, 2224, 2225, 2226, 2227, 2228, 2229, 2230, 2231, 2232, 2233, 2234, 2235, 2236, 2237, 2238, 2239, 2240, 2241, 2242, 2243, 2244, 2245, 2246, 2247, 2248, 2249, 2250, 2251, 2252, 2253, 2254, 2255, 2256, 2257, 2258, 2259, 2260, 2261, 2262, 2263, 2264, 2265, 2266, 2267, 2268, 2269, 2270, 2271, 2272, 2273, 2274, 2275, 2276, 2277, 2278, 2279, 2280, 2281, 2282, 2283, 2284, 2285, 2286, 2287, 2288, 2289, 2290, 2291, 2292, 2293, 2294, 2295, 2296, 2297, 2298, 2299, 2300, 2301, 2302, 2303, 2304, 2305, 2306, 2307, 2308, 2309, 2310, 2311, 2312, 2313, 2314, 2315, 2316, 2317, 2318, 2319, 2320, 2321, 2322, 2323, 2324, 2325, 2326, 2327, 2328, 2329, 2330, 2331, 2332, 2333, 2334, 2335, 2336, 2337, 2338, 2339, 2340, 2341, 2342, 2343, 2344, 2345, 2346, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2352, 2353, 2354, 2355, 2356, 2357, 2358, 2359, 2360, 2361, 2362, 2363, 2364, 2365, 2366, 2367, 2368, 2369, 2370, 2371, 2372, 2373, 2374, 2375, 2376, 2377, 2378, 2379, 2380, 2381, 2382, 2383, 2384, 2385, 2386, 2387, 2388, 2389, 2390, 2391, 2392, 2393, 2394, 2395, 2396, 2397, 2398, 2399, 2400, 2401, 2402, 2403, 2404, 2405, 2406, 2407, 2408, 2409, 2410, 2411, 2412, 2413, 2414, 2415, 2416, 2417, 2418, 2419, 2420, 2421, 2422, 2423, 2424, 2425, 2426, 2427, 2428, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2434, 2435, 2436, 2437, 2438, 2439, 2440, 2441, 2442, 2443, 2444, 2445, 2446, 2447, 2448, 2449, 2450, 2451, 2452, 2453, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2459, 2460, 2461, 2462, 2463, 2464, 2465, 2466, 2467, 2468, 2469, 2470, 2471, 2472, 2473, 2474, 2475, 2476, 2477, 2478, 2479, 2480, 2481, 2482, 2483, 2484, 2485, 2486, 2487, 2488, 2489, 2490, 2491, 2492, 2493, 2494, 2495, 2496, 2497, 2498, 2499, 2500, 2501, 2502, 2503, 2504, 2505, 2506, 2507, 2508, 2509, 2510, 2511, 2512, 2513, 2514, 2515, 2516, 2517, 2518, 2519, 2520, 2521, 2522, 2523, 2524, 2525, 2526, 2527, 2528, 2529, 2530, 2531, 2532, 2533, 2534, 2535, 2536, 2537, 2538, 2539, 2540, 2541, 2542, 2543, 2544, 2545, 2546, 2547, 2548, 2549, 2550, 2551, 2552, 2553, 2554, 2555, 2556, 2557, 2558, 2559, 2560, 2561, 2562, 2563, 2564, 2565, 2566, 2567, 2568, 2569, 2570, 2571, 2572, 2573, 2574, 2575, 2576, 2577, 2578, 2579, 2580, 2581, 2582, 2583, 2584, 2585, 2586, 2587, 2588, 2589, 2590, 2591, 2592, 2593, 2594, 2595, 2596, 2597, 2598, 2599, 2600, 2601, 2602, 2603, 2604, 2605, 2606, 2607, 2608, 2609, 2610, 2611, 2612, 2613, 2614, 2615, 2616, 2617, 2618, 2619, 2620, 2621, 2622, 2623, 2624, 2625, 2626, 2627, 2628, 2629, 2630, 2631, 2632, 2633, 2634, 2635, 2636, 2637, 2638, 2639, 2640, 2641, 2642, 2643, 2644, 2645, 2646, 2647, 2648, 2649, 2650, 2651, 2652, 2653, 2654, 2655, 2656, 2657, 2658, 2659, 2660, 2661, 2662, 2663, 2664, 2665, 2666, 2667, 2668, 2669, 2670, 2671, 2672, 2673, 2674, 2675, 2676, 2677, 2678, 2679, 26

El análisis del perito cubre los diversos aspectos que fueron parte de la pericia, pero a los efectos del presente caso es especialmente relevante lo señalado en la página 16 de su informe. Este señala:

La Supervisión es la encargada de controlar que el Contratista cumpla con todo lo concerniente a la Seguridad e higiene de la obra, así como revisar y aprobar el plan de seguridad vial propuesto por el contratista para la ejecución de las obras.

De la revisión de los Informes mensuales de Supervisión, del archivo Fotográficos y Vídeos de la obra, se puede observar que la obra cuenta con señeros de seguridad vial y el personal de obra y pobladores fueron permanentemente capacitados en temas de seguridad.

Cabe mencionar que la obra tuvo algunas situaciones muy especiales, tales como:

- a) Mantener el tránsito ininterrumpido en la carretera en forma permanente.
- b) Las obras de la Carretera Hidroeléctrica Chaves, ejecutadas por EGE CHAVES, hacen uso de la carretera las 24 horas del día en el tramo Km 72+400 al Km 89+345, para el traslado del material y agregados. En estos tramos es donde se identificó el mayor número de sectores críticos, especialmente normados por el ancho de la vía se requirió ensancharla mediante fuertes cortes en las taludes.
- c) Acondicionar desvíos autorizados para facilitar el libre tránsito de los vehículos de Chaves.
- d) Había que coordinar permanentemente con EGE CHAVES, para ejecutar voladuras.

La presencia de dos coras de gran envergadura en la misma carretera implicó que se duplicaran las medidas de seguridad y de señalización de las vías.

Asimismo, en la página 22 del informe pericial, el perito afirma que en su opinión, la actuación del Projectista, Supervisor y Contratista cumplieron los términos de referencia, así señala expresamente que:

5.6 EMITIR OPINIÓN TÉCNICA QUE PERMITA EL ESCLARECIMIENTO DE LAS CAUSAS QUE DETERMINARON LA OCURRENCIA DEL ACCIDENTE.

En lo que respecta a la recepción del objeto del presente Informe Técnico, debe precisarse que el suscrito ha revisado con detenimiento la información correspondiente al Expediente Técnico, a lo autorizado por el CONTRATISTA durante la ejecución de las obras en la zona del derrumbe del 09.08.2015. Entre los progresivos Km. 87+700 al Km. 87+800 (en algunos informes indican que la progresiva de inicio fue Km. 87+700 y en otros Km. 87+810), la actuación de la SUPERVISIÓN en la revisión del Expediente Técnico y sus acciones durante la ejecución de las obras; lo que me permite afirmar que tanto el PROYECTISTA, el SUPERVISOR y el CONTRATISTA de la obra, se comprometieron con apego a lo establecido en sus Términos de Referencia y establecido en los reglamentos que rigen la construcción de carreteras y las buenas prácticas de la Ingeniería y lo aplicaron en sus respectivos trabajos.

En cualquier caso se precisa, que sus trabajos determinen que se consideren algunos criterios en las procedimientos establecidos para la selección y/o aprobación de determinados cambios en el Expediente Técnico, NO ME ES POSIBLE DETERMINAR CUAL FUE LA CAUSA DETERMINANTE EN LA OCURRENCIA DEL DERRUMBE DEL 03.05.2015, ya que al ser un tema especializado de Geología y Geotecnia, esto deberá ser resuelto por el especialista.

Con base a lo precedentemente señalado, el recurso lleva a plena satisfacción de haber dado respuesta los puntos que me consultan la Fiscalía (Provincia) Penal Comodoro de Rivadavia en el ciudad de Puyo.

Lima: Editora de 2014

CONFIDENTIAL - CONTAINS INFORMATION
EXCLUDED FROM AUTOMATIC
DOWNGRADING AND
DECLASSIFICATION

4. A letter to Carson for the "Herald-Examiner" dated 1934-1935, from
Connel, regarding the "Herald-Examiner" dated 1934-1935.

Received 1997-09-15

- (ii) El Informe Técnico (Anexo 1-T) relativo a la evaluación del Fenómeno de Movimiento de Masas ocurrido en el talud superior de la carretera

Huaura - Sayán - Churín Km. 87+810 al 87+860, elaborado por Jorge Alva Hurtado Ingenieros E.I.R.L en Noviembre de 2015 a solicitud de Consorcio Vial Huaura, señala en el numeral 3.6 relativo a “seguridad en el proceso de ejecución del proyecto” que:

“Se ha evidenciado que las empresas integrantes del Consorcio Vial Huaura, cuentan con los certificados internacionales (ISO 9001, ISO 14001, OHSAS 18001), que respaldan el cumplimiento de rigurosos estándares internacionales en el ámbito de la seguridad, salud, medio ambiente y calidad. Asimismo se ha observado la adecuada gestión de seguridad durante el desarrollo de sus actividades en campo, las que guardan concordancia con la legislación nacional aplicable...”³

Por su parte, el demandado ha aportado como pruebas entre otras: (i) el Informe N° 037-2015-MTC/20.5 del 16 de octubre de 2015 (Anexo 3), con la finalidad de acreditar que la Entidad realizó una evaluación técnica del derrumbe y concluyó que el contratista modificó el ángulo del corte establecido en el Expediente Técnico sin sustento técnico y el Supervisor no ha obligado al Contratista a tomar medidas de seguridad adecuadas con el peligro de un talud en su punto de equilibrio con una carretera abierta al tráfico de usuarios; y (ii) el Informe N° 853-2015-MTC/20.33 de fecha 16 de octubre de 2015, con la finalidad de acreditar que la Entidad sustentó legalmente la procedencia de la aplicación de la penalidad a la Supervisión (Anexo 4), los que se analizan a continuación:

- (i) Informe N° 037-2015-MTC/20.5 del Ingeniero Amaru López Benavides, gerente de la Unidad Gerencial de Obras dirigido a la Dra. Giovanna Sansotta Gutiérrez, gerente de la Unidad Gerencial de Asesoría Legal, ambos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Es necesario

³ Informe Técnico Anexo 1-T de la demanda, página 11.

precisar que se trata de un informe que un funcionario del Ministerio de Transportes y Comunicaciones le dirige a otro.

Este informe establece en su acápite "II.2 CAMBIO DEL PENDIENTE DEL TALUD Y FACTORES DEL DERRUMBE", que:

"El supervisor mediante orden de campo a (sic) modificó el pendiente del talud, de H1:V3 a H1:V1.5 y ha suprimido la banquetta por inviabilidad técnica. El supervisor ha seguido las prescripciones técnicas del expediente técnico, que preconiza tender el talud en caso de zona de derrumbe."⁴

Asimismo, al referirse a los "Factores del Derrumbe" señala en la página 4 que:

"... es imposible identificar exactamente el factor de inicio del derrumbe".

En la página 5 de este informe se cita un extracto del Informe Técnico - Inspección geología geotécnica de la carretera Huaura Churín referido a un derrumbe previo al que es materia de la imposición de la penalidad que se discute en este arbitraje pues allí se indica que este ocurrió el 1 de junio de 2015. La cita señala "La zona fue declarada (sic) durante el estudio como una zona inestable y se están tomando las consideraciones de seguridad mediante la colocación de letreros preventivos donde se indicaban disminuir la velocidad, cuidado caída de rocas, etc."

EL Tribunal considera que de esta cita se aprecia que efectivamente se venían tomando las medidas de precaución mediante la colocación de letreros preventivos, antes del derrumbe que genera la imposición de la sanción.

⁴ Anexo 3 página 3 de la Contestación de la Demanda.

En el acápite II.3 Seguridad, del referido informe se indica que:

“Mediante Carta N° 047-2015/CON-132-S/RL, el supervisor explicita la gestión de la Seguridad aplicada durante la obra para prevenir a los usuarios el peligro de las zonas críticas antes y después el derrumbe:

“- Antes del derrumbe:

Acciones particulares dentro del plan de mantenimiento de tránsito y seguridad vial aplicadas durante la obra para prevenir a los usuarios sobre el peligro de las zonas críticas del proyecto.

El Plan de Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial (en adelante PMTS) entregado por el contratista mediante carta N° 043/13 CVH OBRA considero las actividades concernientes a mantenimiento (rutinario/periódico) y atención a emergencias.

Con relación a la atención de emergencias, en el ítem 5.3.1 Remoción de derrumbes, el mencionado documento indica los alcances de la remoción como parte de la partida mantenimiento vial.

Sobre la señalización preventiva el PMTS considera la señalización en zonas de trabajo: Tramo en Construcción-PC1: Sólo un carril - PC-4; Despacio, PC-6 Silueta de hombres trabajando-PC 7 y Cuidado animales en la zona.

- De otro lado, para prevenir a los usuarios sobre los riesgos por caídas de rocas se colocaron carteles preventivos en todos los sectores de riesgo tramo II.”

Luego, el informe indica que después del corte del talud abrieron el pase a los usuarios, y reconoce que existió un panel de señalización que advertía de manera general de una zona de peligro de derrumbe.

Asimismo, el mismo informe señala en el último párrafo del acápite II.4 (página 7) que durante la ejecución de la obra “la toma en cuenta de la seguridad de los usuarios no estaba suficiente (sic), ya que el camino fue abierto a los usuarios sin medidas de seguridad adecuadas conociendo la criticidad de la estabilidad del talud de la zona crítica.” Es decir nuevamente reconoce la existencia de ciertas medidas de seguridad, aunque opina que no fueron suficientes.

Asimismo, cabe precisar que si bien en el referido informe la Entidad es de opinión que la señalización empleada no resulta suficiente, la obligación del Supervisor no era realizar dicha señalización, ya que dicha obligación le correspondía al Contratista, por lo que la obligación del Supervisor era fiscalizar que haya y se mantenga la señalización implementada por el Contratista y que la misma resulte suficiente conforme a la criticidad de la obra.

En el referido informe, se expone que respecto al punto III. Opinión de Causalidad, precisa que el Supervisor no obligó al contratista a tomar medidas de seguridad adecuadas con el peligro de un talud en su punto de equilibrio y con una carretera abierta al tráfico y señala que el contratista no ha tomado las medidas adecuadas al riesgo tomado.

Concluye el informe señalando que el Supervisor no habría obligado al contratista a tomar medidas de seguridad adecuadas según el artículo

20.2.2 del Contrato de-Supervisión y que se debe sancionar al supervisor con una penalidad de S/. 668,479.39.

- (ii) Informe N° 853-2015-MTC/20.3 dirigido por la Dra. Giovanna Sansotta Gutiérrez, gerente de la Unidad Gerencial de Asesoría Legal a el Ingeniero Amaru López Benavides, gerente de la Unidad Gerencial de Obras a, ambos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, denominado "Informe situacional de la Obra: Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Huaura - Sayán - Churín, Tramo: Huaura - Sayán - Puente Tingo.

Este informe se sustenta en el Informe N° 037-2015-MTC/20.5. al que ya nos hemos referido en el acápite (i) que antecede.

En el numeral 5 del informe, señala que la Unidad Gerencial de Obras ha manifestado que el Supervisor habría incurrido en penalidades ante la evidencia objetiva de que no se adoptaron oportunamente las acciones necesarias para un correcto trabajo que permita colocar la señalización (diurna y nocturna) durante la ejecución de la obra y/o por no haber adoptado las acciones necesarias para que el Contratista ejecute la señalización que la obra requiere, la misma que se encuentra establecida en el numeral 20.2.2, de los términos de referencia.

Señala en numeral 6 que la Unidad Gerencial de Obras informó que el contratista no habría cumplido con tomar las medidas de seguridad adecuadas.

Concluye que en base a lo indicado por la Unidad Gerencial de Obras procede la aplicación de la penalidad.

NOVENO.- El día 23 de enero de 2017, se llevó a cabo la audiencia de informes orales donde ambas partes sostuvieron su posición. El demandante recalcó que no existía evidencia objetiva, como el contrato mandaba, de que

hubieran incumplido la obligación establecida en el numeral 20.2.2 y que por tanto no procedía la interposición de las penalidades. Por su parte el demandado, sostuvo que efectivamente si habían señalizaciones en la zona, pero que consideraba que no eran suficientes.

Respecto a lo anterior conviene citar lo expuesto en la cláusula vigésima del Contrato suscrito por las partes, la cual recoge lo indicado en el numeral 20.2.2 de los Términos de Referencia:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA OTRAS PENALIDADES:

Procede igualmente la aplicación de otras penalidades distintas a las mencionadas en el artículo 165 de EL REGLAMENTO, las cuales deberán estar establecidas en el presente Contrato y las Bases integradas del Concurso Público, lo establecido en el numeral 20 de los términos de referencia y Requerimientos Mínimos, en virtud de lo estipulado en el artículo 166° de EL REGLAMENTO según el detalle siguiente:

(...)

20.2 Se aplicará una penalidad del 2.0 % del presente contrato, por los siguientes conceptos:

(...)

20.2.2. Ante la evidencia objetiva de que no se adoptaron oportunamente las acciones necesarias para un correcto trabajo que permita controlar la señalización (diurna y nocturna) durante la ejecución de LA OBRA y/o por no haber adoptado las acciones necesarias para que EL CONTRATISTA, con la finalidad de que al término de LA OBRA, requiera con el fin de evitar accidentes.”

De lo expuesto se colige que las partes pactaron en la cláusula vigésima del contrato “otras penalidades”, las cuales conforme a lo expresado en la Opinión N° 020-2014/DTN, así como en reiteradas opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, deben tener las siguientes características:



“Esta potestad de las Entidades debe ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria.

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

De esta manera, la previsión de penalidades distintas a la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” en las Bases de un proceso de selección implica observar los parámetros antes mencionados, con la finalidad de evitar que durante la ejecución contractual surjan discrepancias entre la Entidad y el contratista respecto de la aplicación de estas penalidades.”

Siendo así, corresponde evaluar si las “otras penalidades” pactadas por las partes en la cláusula vigésima del contrato cumplía con tales características y si conforme a la Ley y al Contrato corresponde o no aplicarlas.

Así tenemos que la cláusula en mención estableció de forma clara cuál era la conducta desplegada por el Supervisor, cuyo incumplimiento sería merecedor de la penalidad siendo estas conductas las siguientes:

- a) No adoptar oportunamente las acciones necesarias para un correcto trabajo que permita controlar la señalización durante la ejecución de la obra.
- b) Por no haber adoptado las acciones necesarias para que el contratista ejecute la señalización que la obra requiere con el fin de evitar accidentes y brindar la seguridad suficiente al usuario.

Así también se aprecia que se ha estipulado de forma expresa que dicho incumplimiento será penalizado con el 2.0% del valor del Contrato.

Ahora bien, con relación a la forma o procedimiento mediante el cual se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos en la cláusula se estableció que ante la “evidencia objetiva” de tales incumplimientos, la Entidad pasaría a penalizar la conducta desplegada por el Supervisor.

DECIMO.- Del análisis de las pruebas y de los hechos descritos este Tribunal concluye que conforme el artículo 20.2.2. del Contrato para imponer la penalidad en cuestión debía cumplirse con tener evidencia objetiva de que: (i) no se adoptaron oportunamente las acciones necesarias para un correcto trabajo que permita controlar la señalización (diurna y nocturna) durante la ejecución de la OBRA o que (ii) no se adoptaron las acciones necesarias para que el CONTRATISTA ejecutó la señalización que la obra requiere con el fin de evitar accidentes y brindar seguridad suficiente.

Lo primero que debe analizar el Tribunal es cuál sería la evidencia objetiva que sirva de sustento para la imposición de la penalidad que se viene discutiendo en el presente arbitraje. El Tribunal entiende que el contrato al señalar que debe existir evidencia objetiva, quiere decir que no debe quedar a la interpretación subjetiva de ninguna de las partes el cumplimiento o incumplimiento sino que deben existir pruebas que claramente establezcan que no se cumplió la obligación para que proceda la imposición de la penalidad.

Siendo así, corresponde que la Entidad pruebe, a través de evidencia objetiva, que efectivamente hubo incumplimiento del numeral 20.2.2 de los términos de Referencia por parte del Supervisor.

Sin embargo de lo expuesto en el Oficio N° 1964-2015-MTC/20 de fecha 20 de octubre de 2015, no se aprecia que la Entidad haya señalado claramente cuál era la evidencia objetiva que generaba certeza sobre el incumplimiento del

numeral 20.2.2 de los Términos de Referencia por parte del Supervisor, tal y como sigue:

Lima, 29 OCT 2015

OFICIO N° 1969-2015-MTC/20

Señores
CONSORCIO SUPERVISOR HUAURA
Jr. Elias Aguirre 158 - Miraflores
Perú

CONSORCIO SUPERVISOR HUAURA
Oficina Lima

20 OCT. 2015

RECIBIDO
20 OCT 2015
RCCO

Atención : Lic. William González Del Aguila
Representante Legal

Asunto : Aplicación de penalidades por el derrumbe de 28.05.2015 en la obra
Control de Supervisión de OBRAS N° 042-2015-MTC/20

Cóps : Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Huaura - Sayán - Churín, Tramo Huaura - Sayán - Puente Tingo

Ref. : a) Informe N° 653-2015-MTC/20.3, Exp N° 1048058-2015
b) Informe N° 037-2015-MTC/20.5

De nuestra consideración:

Tengo a bien dirigirme a usted con relación a los documentos de la referencia, con los cuales se evalúan los hechos ocurridos el 06.05.2015 debido al derrumbe de 15,000 m³ aproximadamente en el Sector Km. 37+750 - Km. 37+850 de la Obra: "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Huaura - Sayán - Churín, Tramo Huaura - Sayán - Puente Tingo", con la consecuente pérdida de vidas.

Sobre el particular, luego de la evaluación efectuada a los hechos acaecidos, se ha determinado que su representada habría incurrido en penalidades contractuales, ante la evidencia de no haber supervisado la adopción oportuna de las acciones necesarias para que el Contratista de la Obra ejecute un correcto trabajo, que permitiera colocar la señalización (diurna y nocturna) durante la ejecución de la Obra y/o por no haber adoptado las acciones necesarias para que el CONTRATISTA ejecute la señalización que la Obra requiere, con el fin de evitar accidentes y brindar seguridad al usuario, la misma que se encuentra establecida en el Subnumeral 20.2.2 del Numeral 20.2 de los Términos de Referencia de la Supervisión que señala:

20.2 Se aplicará una penalidad del 2.0% del monto Contrato, por las siguientes contingencias:
20.2.2 Ante la evidencia objetiva de que no se adoptaron oportunamente las acciones necesarias para un correcto trabajo que permita controlar la señalización (diurna y nocturna) durante la ejecución de LA OBRA, y/o por no haber adoptado las acciones necesarias para que EL CONTRATISTA ejecute la señalización que LA OBRA requiere con el fin de evitar accidentes y brindar la seguridad suficiente al usuario.

En ese sentido, se le aplica la penalidad de 2% establecida en el Numeral 20.2 de los Términos de Referencia que forman parte de las Bases Integradas para la contratación del servicio de "Contratación de la firma consultora que supervisará la Obra: Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Huaura - Sayán - Churín, Tramo Huaura - Sayán - Puente Tingo" que asciende a la suma de S/ 668 479.39 (seiscientos sesenta y ocho mil cuatrocientos setenta y nueve con 39/100 Nuevos Soles), de acuerdo al detalle siguiente:



PERU

Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Ministerio de Transportes y Comunicaciones


Proviás Nacional

"Oficina de la Persona con Discapacidad en el Perú"
"Ministerio de Transportes y Comunicaciones"

Propuesta Económica:
Penalidad:

S/ 33 423 966.53
0.02x33 423 966.53 = S/ 668 479.39

Atentamente,


Mag. Raúl Torres Trujillo
Director Ejecutivo
Proviás Nacional

En ese sentido, se puede corroborar que la Entidad no ha cumplido con precisar cuál es la "evidencia objetiva" que justifica la imposición de la penalidad, y por el contrario solo señala que luego de la evaluación efectuada a los hechos acaecidos se ha determinado que el Supervisor habría incurrido en penalidades contractuales.

De esta forma además con las pruebas más importantes aportadas por la parte demandada no se demuestra tampoco, objetivamente, el incumplimiento del Supervisor con relación al numeral 20.2.2 del Contrato de Supervisión, pues la misma demandada ha reconocido que sí existieron señalizaciones, pero considera que no fueron suficientes, es decir realiza una interpretación y análisis subjetivo. En ese sentido el Informe N° 853-2015-MTC/20.3, en que se sustenta la aplicación de la penalidad reconoce que previo al derrumbe que determina la imposición de la penalidad se estaban tomando las consideraciones de seguridad mediante la colocación de letreros preventivos, el informe indica que esto mismo se señala en la carta 047-2015/CON-1302-S/RL del Supervisor. Además el mismo informe establece que si bien se tomaron medidas de seguridad estas no serían suficientes.

EL Tribunal considera que de las pruebas aportadas por el Demandado se puede apreciar que éste reconoce que existía señalización antes del derrumbe, sin embargo el informe opina que no serían suficientes. Es decir

hace un análisis y llega a una conclusión propia, pero reconoce que la señalización en definitiva y objetivamente existía.

Por otro lado, existe en el expediente una prueba, que además fue parte de un expediente Judicial, ordenada por el Fiscal, y que fuera presentada como anexo 1-Q de la demanda, constituida por el informe formulado por el Ing. Carlos Enrique Carhuavilca Méchato a solicitud de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaura a cargo de la Dra. Marlene Malqui Falcón, Fiscal Provincial Penal Titular, en el proceso por delito de homicidio culposo en agravio del señor Edgar Pilco Salvador y otros.

El mencionado informe, que como ya dijimos forma parte de un expediente judicial, en relación a la determinación de responsabilidad penal por la muerte de catorce personas como consecuencia del derrumbe ocurrido en el tramo comprendido entre el Km. 87+790 y Km. 87+860 de la carretera Huaura - Churín - Oyón, señala en el numeral 6.3 (págs. 15 y 16) que:

“de la revisión de los informes mensuales de supervisión, del archivo fotográfico y videos de la obra, se puede observar que la obra siempre contó con señales de seguridad vial y el personal de obra y pobladores fueron permanentemente capacitados en temas de seguridad.”

Asimismo concluye (Pág. 22) que:

“tanto el PROYECTISTA, el SUPERVISOR y el CONTRATISTA de la obra, se desempeñaron con apego a lo establecido en sus Términos de Referencia, lo establecido en los reglamentos que norman la construcción de carreteras y las buenas prácticas de la ingeniería y lo señalado en sus respectivos contratos.”

Por tanto dicho informe pericial, da la razón al demandante pues no solo afirma que existió la señalización, sino que se capacitó a las personas de

manera permanente en seguridad y que supervisor se desempeñó con apego a los términos de referencia, por tanto se entiende que no habría habido incumplimiento.

DECIMO PRIMERO.- Del análisis de la situación descrita, el contrato y las pruebas aportadas el Tribunal concluye que, haciendo un análisis objetivo de las pruebas esta demuestran que la obra en cuestión siempre contó con señales de seguridad vial, y por tanto el Supervisor si procedió de acuerdo a los Términos de Referencia y en consecuencia al Contrato, y concluye que la parte demandada no ha aportado, una prueba objetiva del incumplimiento, sino que todo lo contrario, sus pruebas reconocen que se habría implementado medidas de seguridad y señalización pero que a su criterio no fueron suficientes.

DECIMO SEGUNDO.- Ahora bien este Tribunal considera entonces que no habiendo pruebas del incumplimiento del demandante, no procede aplicar penalidad al Supervisor en los términos del mencionado numeral 20.2.2 del Contrato de Supervisión de Obra N° 042-2013-MTC/20 y por tanto Oficio N° 1964-2015-MTC/20.5 debe ser declarado NULO de conformidad con lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley 27444), que señala que es causal de nulidad del acto administrativo que contravenga la Constitución, las leyes o las normas reglamentarias; y de conformidad con lo establecido por artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado que -en el mismo sentido- establece que son nulos los actos que contravengan las normas legales, a cuyo efecto es necesario considerar lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado, al señalar que “El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento”, además es nulo en tanto que el Tribunal advierte que en dicho documento la Entidad no ha expresado de forma clara cuál es la evidencia objetiva que justifica la aplicación de la penalidad por el incumplimiento del numeral 20.2.2 de los Términos de referencia.

En consecuencia, habiéndose establecido que no se ha presentado en este proceso evidencia objetiva del incumplimiento imputado a la parte demandante que la haga merecedora de la penalidad impuesta, este Tribunal considera que resulta contrario a ley y al contrato declarar que el Consorcio Supervisor Huaura ha cometido una infracción al contrato que constituye causal de la imposición de la penalidad, pues no se ha demostrado el incumplimiento conforme a lo establecido por el numeral 20.2.2 del propio Contrato, y siendo que el Oficio N° 1964-2015-MTC/20.5 no se sustenta en tal evidencia objetiva, debe ser declarado nulo.

DECIMO TERCERO.- Respecto del segundo punto controvertido, se debe determinar si corresponde o no ordenar a Provías Nacional el pago ascendente a S/. 668,479.39 por concepto de devolución del importe retenido en las valorizaciones del Consorcio -presentadas a PROVÍAS NACIONAL- como consecuencia de la penalidad aplicada mediante oficio N° 1964-2015-MTC/20.5.

Considerando que el análisis del primer punto controvertido a determinado que el Supervisor no ha incurrido en los supuestos a que se refiere el numeral 20.2.2 del Contrato de Supervisión y que en consecuencia no procede aplicarle penalidad alguna por tales supuestos, se determina que corresponde ordenar a Provías Nacional el pago ascendente a S/. 668,479.39 por concepto de devolución del importe indebidamente retenido en las valorizaciones del Consorcio Supervisor Huaura.

DECIMO CUARTO.- Sobre el tercer punto controvertido, determinar si corresponde o no condenar a PROVÍAS NACIONAL al pago de costos y costas del proceso arbitral este Tribunal dispone que

Sobre este punto, es necesario indicar que el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, dispone lo siguiente:

“El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden: a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral; b) Los honorarios y gastos del secretario; c) Los gastos administrativos de la

institución arbitral; d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales". (Énfasis Agregado)

Asimismo, el numeral 1) del artículo 72° del mismo cuerpo legislativo dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70°:

"1. Una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previstos en el artículo 70. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir anticipos adicionales a las partes. Las partes asumirán los anticipos en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que decida el tribunal arbitral sobre su distribución en el laudo". (Énfasis Agregado)

De igual manera, el numeral 1) del artículo 73° de la citada ley señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal precepto legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes:

"1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso". (Énfasis Agregado)

En ese sentido, el artículo 104° del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con relación a las costas y costos, precisa lo siguiente:

"Los árbitros se pronunciarán en el laudo que pone fin a la controversia sobre la imputación de los costos del arbitraje, atendiendo a lo establecido en el convenio arbitral. De no existir acuerdo al respecto los costos serán de cargo de la parte que haya sido vencida en el arbitraje."

Sin perjuicio de ello, los árbitros podrán disponer la distribución de los costos del arbitraje entre las partes, si lo consideran atendible de acuerdo a lo ocurrido en el arbitraje.” (El énfasis es agregado).

Teniendo en cuenta lo mencionado, se advierte que en el convenio arbitral contenido en el Contrato materia de la presente controversia, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia a fin de establecer si corresponde la atribución de los gastos arbitrales a una de las partes, y en qué medida, o la aplicación de un prorrateo razonable.

Es así que, desde el punto de vista del Tribunal, ambas tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral; por tanto este tribunal considera que, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje.

En consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (es decir, los honorarios del Tribunal Arbitral y del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú), así como asumir sus propios costos correspondientes a pago de representación, asesoría legal y patrocinio, según el referido artículo 70° del D.L. N° 1071, en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

En ese sentido, debe observarse en primer lugar que, de las reglas arbitrales establecidas en el Acta de Instalación de fecha 21 de junio de 2016, se tiene que cada parte debía realizar el pago del monto neto de S/ 11,721.55 (Once Mil Setecientos Veintiuno con 55/100 Soles), por concepto de honorarios arbitrales de cada uno de los miembros del Tribunal Arbitral y la suma de S/ 3,500.00 (Tres Mil Quinientos con 00/100 Soles), más el IGV, por concepto de

gastos por administración del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En atención a su cumplimiento, el Consorcio acreditó el pago respecto a su parte mediante escritos de fechas 11 y 15 de julio de 2016, de lo cual se dejó constancia a través de la Resolución N° 01 de fecha 15 de agosto de 2016.

De otro lado, el PROVIAS, acreditó el pago respecto a su parte, a través de escritos de fechas 25 de agosto y 12 de setiembre de 2016, de lo cual se dejó constancia mediante la Resolución N° 02 de fecha 12 de setiembre de 2016.

Conforme a lo expuesto, los gastos arbitrales fueron cancelados por ambas partes, de acuerdo al siguiente detalle:

Concepto (Acta de Instalación)	Monto Total	Monto que asumió cada una de las partes
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/ 7, 814.37 (por cada árbitro) S/ 23,443.10 (Monto Neto) (del Tribunal Arbitral)	S/ 3,907.19 (por cada árbitro) S/ 11,721.55 (Monto Neto) (del Tribunal Arbitral)
Honorarios del Centro	S/ 7,000.00 más IGV	S/ 3,500.00 más IGV

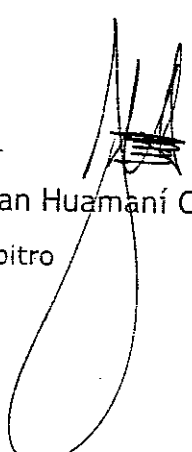
En este lineamiento; y, en observancia a los hechos expuestos, este Tribunal Arbitral considera que, tanto el Consorcio como el Provias, deben asumir en partes iguales los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral.

SE RESUELVE:

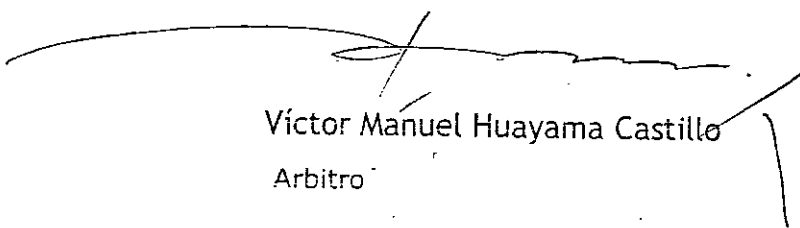
- 1.- Declarar **FUNDADA** la primera PRETENSIÓN de la Demanda y, en consecuencia se declara nulo el Oficio N° 1964-2015-MTC/20.5 mediante el cual se aplicó una penalidad ascendente a S/. 668,479.39 al Consorcio Supervisor Huaura conforme a lo dispuesto en el numeral 20.2.2 de los términos de referencia.
- 2.- Declarar **FUNDADO** el segundo punto controvertido y en consecuencia ordenar a PROVIAS NACIONAL que proceda a pagar al Demandante ascendente a S/. 668,479.39 por concepto de devolución del importe retenido de las valorizaciones.
- 3.- Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal analizada en el Tercer Punto Controvertido; en consecuencia, no corresponde ordenar al PROVIAS NACIONAL, asuma los gastos arbitrales del presente proceso. En ese sentido, **DISPÓNGASE** que tanto el Consorcio Supervisor Huaura así como el PROVIAS NACIONAL, asuman cada una de ellas y directamente, los gastos arbitrales que les correspondía sufragar.



Manuel Diego Aramburú Yzaga.
Presidente del Tribunal



Juan Huamaní Chavez
Arbitro



Víctor Manuel Huayama Castillo
Arbitro