

Exp. N° 808-212-15
CONSORCIO MAZOCRUZ - PROVÍAS NACIONAL

LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE:

CONSORCIO MAZOCRUZ (en adelante, **CONSORCIO o Demandante**), conformado por las empresas Constructora MPM S.A.; Corporación Mayo S.A.C, Obras de Ingeniería S.A., SVC Ingeniería y Construcción S.A.

DEMANDADO:

Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte – PROVÍAS NACIONAL (en adelante, **PROVÍAS NACIONAL o demandado**)

TIPO DE ARBITRAJE:

Institucional y de Derecho.

TRIBUNAL ARBITRAL:

Luis Felipe Pardo Narváez (Presidente)
Cecilia Ruiz Morales (Árbitro)
Ernesto Valverde Vilela (Árbitro)

SECRETARIA ARBITRAL:

Silvia Violeta Rodríguez Vásquez

Secretaría General de Conciliación y Arbitraje del Centro de Resolución de Conflictos de la Universidad Católica.

Resolución N° 26

En Lima, a los 07 días del mes de marzo del año dos mil dieciocho, 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 y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, en forma definitiva e inapelable, a la controversia planteada.

I. Existencia del Convenio Arbitral e Instalación del Tribunal Arbitral

1.1 El Convenio Arbitral

El referido convenio se encuentra contenido en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato de Servicios No. 146-2010-MTC/20 referido al Servicio de Conservación Vial por Niveles de Servicio de la Red Vial Asfaltada de la Carretera Puno-Desaguadero-Calapuja-La Raya-Llave-Mazocruz, suscrito entre las partes el 10 de septiembre de 2010 (en adelante, el **CONTRATO**).

1.2 Instalación del Tribunal Arbitral

Con fecha 18 de febrero de 2016, se reunieron el doctor **Luis Felipe Pardo Narvaez**, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el doctor **Ernesto Valverde Vilela** y la doctora **Cecilia Ruiz Morales**, en su calidad de árbitros, y las partes, fijándose en esta las reglas aplicables al proceso.

II. Normatividad aplicable al arbitraje

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación las siguientes normas: el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante, el REGLAMENTO), el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante LCE) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante RLCE) y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje en adelante, simplemente LA).

En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva, del modo que considerase apropiado.

III. De la Demanda Arbitral presentada por el CONSORCIO:

Mediante escrito de fecha 03 de marzo de 2016 el CONSORCIO presentó su demanda arbitral, señalando como pretensiones las siguientes:

- Como **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, el CONSORCIO solicita que se declare la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 1596-2015-MTC/20 y que se establezca que no corresponde que el Consorcio Mazocruz, devuelva a la demandada, la suma de S/ 9'981,188.66 o S/ 9'981,188.66.
- Como **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, el CONSORCIO demanda que se declare la nulidad y/o la ineficacia del oficio N° 1864-2015-MTC/20
- Como **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, el CONSORCIO demanda que se declare la nulidad y/o la ineficacia del oficio N° 2007-2015-MTC/20

IV. De la Contestación de la Demanda Arbitral, presentada por PROVÍAS NACIONAL:

Mediante escrito de fecha 16 de mayo de 2016, PROVÍAS NACIONAL contesta la demanda formulada por el CONSORCIO.

V. Sobre la ampliación de la demanda por el CONSORCIO

Con fecha 19 de abril de 2016 el CONSORCIO presenta una Ampliación de Demanda, con el siguiente petitorio:

1. Que se declare la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 1596-2015-MTC/20 y que no corresponde que el Consorcio Mazocruz, devuelva a la demandada, la suma de S/.9'981,188.66 ó S/ 9'981,188.66
2. Que se declare la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 1864-2015-MTC/20
3. Que se declare la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 2007-2015-MTC/20
4. Que se declare la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 1915-2015-MTC/20 en todos sus extremos.
5. Que se declare que no corresponde que nuestro Consorcio devuelva a la Entidad S/.148,680.00 ó S/148,680.00 por la presunta no participación del especialista de suelos y pavimentos, a que se refiere la Entidad en el Oficio N° 1915-2015-MTC/20.
6. Que se declare que no corresponde que nuestro Consorcio se le aplique penalidades por S/.8'280,127.59 ó S/.8'280,127.59, a que se refiere la Entidad en el Oficio N° 1915-2015- MTC/20.
7. En el supuesto totalmente negado que el Tribunal Arbitral considerara aplicable alguna penalidad en relación al Oficio N° 1915-2015-MTC/20, que aplique el artículo 1346 del Código Civil, esto es que reduzca equitativamente la penalidad que se nos pretende imponer, por "manifiestamente excesiva" o porque la obligación principal fue cumplida, el cual no debería de superar de S/20,000.
8. Que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 074-2012-MTC/20.10.16.
9. Que se declare la nulidad y/o ineficacia del Oficio N° 557-2012-MTC/20.10.16 y que se declare que la Entidad debe devolvernos el descuento aplicado a la Valorización N° 21 (junio 2012) por la suma de S/.68,689.12 ó S/68,689.12 incluido el IGV por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.
10. Que se declare la nulidad y/o ineficacia del Oficio N° 037-2013-MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolvernos el descuento aplicado a la Valorización N° 27 (diciembre 2012) por la suma de S/. 91,635.44 más IGV o S/91,635.44 más IGV por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.
11. Que se declare la nulidad y/o ineficacia del Oficio N° 066-2013-MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolvernos el descuento aplicado a la Valorización N° 28 (enero 2013) por la suma de S/. 13,064.56 más IGV o S/13,064.56 más IGV, por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.
12. Que se declare la nulidad y/o ineficacia del Oficio N° 067-2013-MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolvernos el descuento aplicado a la Valorización N° 29 (febrero de 2013) por la suma de S/. 9,000.00 más IGV o S/9,000.00 más IGV, por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.
13. Que se declare la nulidad y/o ineficacia del Oficio N° 068-2013-MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolvernos el descuento aplicado a la Valorización N° 30 (marzo 2013) por la suma de S/. 9,000.00 más IGV o 5/9,000.00 más IGV, por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.

005

14. Que se disponga que la Entidad debe devolvernos nuestras cartas fianzas de fiel cumplimiento de contrato.
15. Que se disponga que la Entidad debe devolvernos nuestra carta fianza que garantiza el adelanto directo.
16. Que se disponga que la Entidad reembolse a nuestro Consorcio los costos y gastos financieros que estamos asumiendo por la renovación de nuestras cartas fianzas de fiel cumplimiento de contrato, para mantenerla vigente por un tiempo mayor al plazo de ejecución del contrato, reembolso de los pagos que estamos realizando desde el mes de agosto de 2015 y hasta que se produzca la entrega efectiva de las mismas; monto que se irá actualizando según trascurra el proceso arbitral.
17. Que se disponga que la Entidad reembolse a nuestro Consorcio los costos y gastos financieros que estamos asumiendo por la renovación de nuestra carta fianza vinculada al adelanto directo, para mantenerla vigente por un tiempo mayor al plazo de ejecución del contrato, desde el mes de agosto de 2015 y hasta que se produzca la entrega efectiva de las mismas; monto que se irá actualizando según trascurra el proceso arbitral.
18. Que el Tribunal Arbitral disponga que la Entidad pague por concepto de indemnización por daños y perjuicios a la imagen empresarial de nuestro Consorcio, la suma de S/.300,000.00 ó S/.300,000.00.
19. Que el Tribunal Arbitral disponga que la Entidad pague por concepto de indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante, la suma de S/.400,000.00 ó S/400,000.00.
20. Que el Tribunal Arbitral disponga que sea la Entidad la que asuma todos los costos del presente arbitraje.

006

VI. Sobre la Resolución N° 4

Mediante la Resolución N° 4, se precisó que la demanda ampliada, sólo podía contener pretensiones vinculadas a aquel expediente que fue materia de acumulación (Exp. N° 873-277-15)

VII. Sobre la contestación de la ampliación de la demanda presentada por PROVÍAS NACIONAL:

Mediante escrito de fecha 14 de noviembre de 2016, PROVÍAS NACIONAL contesta la ampliación de demanda formulada por el CONSORCIO.

VIII. Fijación de Puntos Controvertidos y admisión de Medios Probatorios:

Con fecha 15 de febrero de 2017, en el local designado por el Tribunal Arbitral, sito en Calle Esquilache N° 371-San Isidro, se reunieron el doctor **Luis Felipe Pardo Narváez**, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral; la doctora **Cecilia Ruiz Morales** y el doctor **Ernesto Valverde Villela**, en calidad de árbitros; y el señor Victor Felix Alonso Ayala Wilson, en calidad de Secretario Arbitral del Centro de Arbitraje PUCP, y las partes, estableciéndose lo siguiente:

A. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Respecto del escrito de demanda arbitral presentado el 03 de marzo de 2016; subsanado mediante el escrito presentado el 18 de marzo de 2016 con sumilla “*Subsana requerimiento de la Resolución N° 1*” y el escrito presentado el 22 de marzo de 2016 con sumilla “*Levanta Observaciones de la Resolución N° 1*”; así como el escrito presentado el 19 de abril de 2016 con sumilla “*Ampliación de demanda arbitral*”:

- a) **Primer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 1596-2015-MTC/20 y que no corresponde que el Consorcio Mazocruz devuelva a la demandada, la suma de S/. 9'981,188.66.
- b) **Segundo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 1864-2015- MTC/20.
- c) **Tercer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 2007-2015- MTC/20.
- d) **Cuarto Punto Controvertido:** Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 1915-2015- MTC/20 en todos sus extremos
- e) **Quinto Punto Controvertido:** Determinar si corresponde declarar que se devuelva a la Entidad S/.148,680.00 por la presunta no participación del especialista de suelos y pavimentos, a que se refiere la Entidad en el oficio N° 1915-2015- MTC/20
- f) **Sexto Punto Controvertido:** Determinar si corresponde declarar que se apliquen penalidades por S/.8'280,127.59, en virtud del oficio N° 1915-2015- MTC/20.
- g) **Séptimo Punto Controvertido:** En el supuesto que el Tribunal Arbitral considerara aplicable alguna penalidad en relación al oficio N° 1915-2015- MTC/20, determinar si corresponde aplicar el artículo 1346° del Código Civil, para reducir equitativamente la penalidad a imponer por "manifestamente excesiva" o porque la obligación principal fue cumplida, el cual no debería superar de S/20,000.
- h) **Octavo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 074-2012-MTC/20.10.16
- i) **Noveno Punto Controvertido:** Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 557-2012- MTC/20.10.16 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 21 (junio 2012), por la suma de S/.68,689.12 incluido el IGV por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.
- j) **Décimo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 037-2013- MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 27 (diciembre 2012), por la suma de S/.91,635.44 más IGV por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.
- k) **Décimo Primer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 066-2013- MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 28 (enero 2013), por la suma de S/.13,064.56 más IGV, por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.
- l) **Décimo Segundo Punto Controvertido** Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 067-2013-MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 29 (febrero



2013), por la suma de S/.9,000.00 más IGV, por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.

- m) **Décimo Tercer Punto Controvertido** Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineeficacia del Oficio N° 068-2013-MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 30 (marzo 2013), por la suma de S/.9,000.00 más IGV, por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.
- n) **Décimo Cuarto Punto Controvertido** Determinar a quién o a quiénes le(s) corresponde(n) asumir el pago de costos y costas del presente proceso arbitral.

Respecto al escrito de contestación de demanda presentada el 16 de mayo de 2016, se deja constancia que no se formuló reconvenCIÓN.

El Tribunal Arbitral deja establecido que se reserva el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido.

Asimismo, declara que si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión.

Finalmente, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia de que estos puntos controvertidos pueden ser ampliados, de conformidad con el literal b) del artículo 48 del Reglamento de Arbitraje.

Respecto a la determinación de los puntos controvertidos y a las reglas establecidas por el Tribunal Arbitral, las partes expresaron su conformidad.

B. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Acto seguido se admiten como medios probatorios en el presente proceso los siguientes:

A) Del demandante

- Las pruebas documentales ofrecidas en el acápite "MEDIOS PROBATORIOS DE LA DEMANDA", la cual fue subsanada mediante el escrito presentado el 22 de marzo de 2016, descritos en los numerales 3 al 25, las cuales se acompañan en calidad de anexos.
- Las pruebas documentales ofrecidas en el acápite "MEDIOS PROBATORIOS" de la ampliación de demanda arbitral, descritas en los numerales 1 al 37, las cuales se acompañan en calidad de anexos.

B) Del demandado

- Las pruebas documentales ofrecidas en el acápite "IV. MEDIOS PROBATORIOS" de la contestación de la demanda, identificadas del Anexo 01 al 13, las cuales se acompañan en calidad de anexos.

C. PRUEBA DE OFICIO

008

El Tribunal Arbitral se reserva el derecho de actuar medios probatorios de oficio en cualquier momento, de considerarlo necesario para el esclarecimiento de los hechos que originan la controversia que deberá ser materia de decisión, de conformidad con las facultades conferidas por el artículo 49º del Reglamento de Arbitraje.

Mediante Resolución 20 de fecha 14 de agosto de 2017, el Tribunal dispuso admitir los medios probatorios presentados por las partes luego de fijados los puntos controvertidos, según el siguiente detalle:

Documentos presentados por el CONSORCIO	Documentos presentados por PROVIAS NACIONAL
Los documentos descritos en los numerales 1) al 6), en el acápite "Anexos" del escrito presentado el 30 de marzo de 2017	Los documentos descritos en los literales A) y B), en el Otrosí Digo del escrito presentado el 30 de marzo de 2017
Los documentos descritos en el acápite "Medios Probatorios y Anexos" del escrito de fecha 19 de mayo de 2017	Los documentos descritos en los numerales 1) al 54) del Otrosí Digo del escrito de fecha 12 de abril de 2017.
El documento presentado mediante escrito del 19 de junio de 2017	Los documentos descritos en los numerales 1) al 12) del Otrosí Digo escrito de fecha 26 de abril de 2017

Asimismo, el Tribunal tomará en consideración los medios probatorios presentados por las partes, en sus escritos presentados al proceso arbitral.

IX. Plazo para laudar

Mediante Resolución N° 24 se fijó el plazo para laudar, siendo que, mediante Resolución N° 25 el Tribunal Arbitral resolvió prorrogar el plazo para laudar en treinta días hábiles adicionales, debiendo emitir el laudo hasta el día 7 de marzo de 2018.

X. Cuestiones preliminares

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

- (i) Que el Tribunal Arbitral se constituyó e instaló de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que no se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral ni se han impugnado las disposiciones del Acta de Instalación.
- (iii) Que el Consorcio interpuso su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, contestándola dentro de los plazos dispuestos..
- (v) Que las partes tuvieron oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, y ejercieron su facultad de presentar alegatos e informar oralmente; y
- (vi) Que el Tribunal ha procedido a laudar dentro del plazo aceptado por las partes.

En el presente caso corresponde al Tribunal decidir en base a los puntos controvertidos establecidos en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y admisión de Medios Probatorios de fecha 15 de febrero de 2017.

009

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada una de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

010

"(...) la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que propuso o lo proporcionó"¹

Asimismo, este Tribunal, al resolver el caso sometido a decisión arbitral, deberá efectuar una labor interpretativa orientada a explicar o declarar el sentido de un contrato teniendo como referentes las pautas señaladas por SCOGNAMIGLIO, en el sentido que:

"La interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses (de las partes) (agregado nuestro). ... Así las cosas ... la interpretación debe guiarse directamente al contenido del acto dispositivo que debe ser destacado en su significación completa, dentro de una valoración amplia, pero también equilibrada de los puntos de vista e intereses opuestos."²

Asimismo, se tendrá en consideración los principios interpretativos: (i) De la conservación del contrato; (ii) De la búsqueda de la voluntad real de las partes; (iii) De la buena fe y, (iv) De los actos propios.

El Tribunal Arbitral procederá a analizar y resolver el caso en atención a las prestaciones que forman el contenido del contrato, las normas imperativas y supletorias pertinentes, con la finalidad de dilucidar el contenido de la relación obligatoria que vincula a las partes.

¹TARAMONA H., José Rubén. *Medios Probatorios en el Proceso Civil*. Ed.: Rodhas 1994, pág. 35.
² SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría General del Contrato*. Traducción de HINESTROZA, Fernando. Universidad Externado de Colombia. Medellín. 1983. Pág. 236.

XI. MATERIAS CONTROVERTIDAS REFERIDAS A LA DEVOLUCIÓN O NO DEL MONTO PAGADO POR LA ENTIDAD (S/. 9'981,188.66)POR LOS SERVICIOS DE CONSERVACIÓN PERIÓDICA DEL TRAMO LA RAYA - PUCARÁ

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 1596-2015-MTC/20 y que no corresponde que el Consorcio Mazocruz devuelva a la demandada, la suma de S/. 9'981,188.66.

Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 1864-2015- MTC/20.

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 2007-2015- MTC/20.

Se analiza en forma conjunta los tres puntos controvertidos, porque, mediante el Oficio N° 1596-2015-MTC/20, la Entidad solicitó la devolución de S/9'981,188.66 al Consorcio, por considerar que la ejecución de los trabajos de conservación periódica de la Carretera La Raya-Pucará, no solucionó el problema de la superficie de rodadura en el tramo aludido, por lo que concluye que el monto pagado con dicho motivo, no está justificado.

En concordancia con lo anterior, mediante el Oficio N° 1864-2015-MTC/20, la Entidad informó al Consorcio que al no haber cumplido con la devolución de S/9'981,188.66 requerida mediante oficio N° 1596-2015-MTC/20, procederá con la disminución de los montos de las valorizaciones pendientes de pago hasta cubrir dicha suma y, mediante el Oficio N° 2007-2015-MTC/20, la Entidad remitió al Consorcio el informe N° 864-2015-MTC/20.3 con la opinión legal que sustentaría el descuento de las valorizaciones pendientes de pago.

1. Posición del Consorcio

- i. El CONSORCIO señala que con fecha 10 de septiembre de 2010, celebró con la Entidad, el Contrato de Servicios N° 146-2010/MTC/20 cuyo objeto era la ejecución del Servicio de Conservación Vial por Niveles de Servicio de la Red Vial Asfaltada de la Carretera Puno-Desaguadero-Calapuja-La Raya-llave-Mazocruz.

Dentro de la red citada, se encuentra el tramo Pucará - La Raya que no le fue entregado al Consorcio al inicio del contrato *“sino mucho después, lo que se explica porque Constructores y Mineros Contratistas Generales (en adelante CyM) estaba realizando el asfaltado de la misma el año 2011 y lo entregó a PROVÍAS en febrero de 2012”* y, posteriormente la Entidad le entregó ese tramo, en marzo de 2012.

- ii. De acuerdo al CONSORCIO una parte del mantenimiento del contrato, debía realizarse en el tramo pucará-La Raya, que no les fue entregado al inicio del contrato como correspondía, siendo importante señalar que de forma previa, la empresa Constructores y Mineros Contratistas Generales (en adelante CyM) fue quién realizó la obra de asfaltado del mencionado tramo colocando una capa de asfalto de 3" de espesor, habiendo terminado esta obra el año 2011y entregado por CyM a PROVÍAS NACIONAL en el mes de febrero de 2012, luego de que CyM ejecutará el mantenimiento periódico de la carretera La Raya-Calapuja, Tramo La Raya-Pucará(Km 1148+000 al km 1250+000).

- iii. Así también el CONSORCIO señala que su contrato data del 10 de Septiembre del 2010 y que los trabajos sobre calzadas en el tramo Pucará-La Raya fueron ejecutados por CyM el año 2011; así CyM entrega el referido tramo a PROVÍAS el mes de febrero de 2012, después de que CyM haya realizado el mantenimiento periódico de la Carretera La Raya-Calapuja, Tramo La Raya-Pucará (Km. 1148+000 al Km 1250+000), es debido a esto que recién el 15 de Marzo del 2012 mediante Acta de Entrega Complementaria de Áreas y Bienes, PROVÍAS NACIONAL entrega al CONSORCIO el tramo Pucará-La Raya de 102 Kms, con el objeto de efectuar la conservación rutinaria en vías asfaltadas, estando previsto para el quinto año del contrato el mantenimiento periódico.
- iv. Mediante Carta N°086-2012-CM/GV de fecha 31 de Octubre del 2012, el Gerente Vial del CONSORCIO comunicó al Jefe de la Supervisión, la aparición de fisuras prematuras en el tramo Pucará - La Raya, alertando a la Supervisión de este desperfecto para que se tomen las previsiones del caso, dado que desde la fecha de ejecución de los trabajos por parte de CyM (2011), el plazo era muy corto para que aparezcan fisuras longitudinales y transversales en la calzada.
- v. Mediante Carta N° 087-2012-CM/GV de fecha 28 de Noviembre del 2012, el Representante Legal del CONSORCIO solicitó al Gerente de la Unidad Gerencial de Conservación de PROVÍAS NACIONAL, una reunión de carácter urgente para tratar temas aludidos al servicio y, en la que se persistiría respecto a la presencia de fisuras prematuras.
- vi. Mediante Carta N° 088-2012-CM-L-GA de fecha 27 de Diciembre del 2012, el Representante Legal del CONSORCIO solicita al Director Ejecutivo del PROVÍAS NACIONAL una reunión para tratar temas contractuales, además del fisuramiento y grietas prematuras del tramo Pucará - La Raya, adjuntando las fotos correspondientes, advirtiendo que a pesar de sus reiterados esfuerzos, tal problemática continuaba sin solución.
- vii. Mediante Carta N° 008-2013-CM/GV de fecha 17 de Enero del 2013, el Gerente Vial del CONSORCIO reitera al Jefe de la Supervisión la Carta N°086-2012-CM/GV sobre el arribo de fisuras prematuras en el tramo Pucará - La Raya; así el gerente señala que no es responsabilidad del CONSORCIO, las consecuencias de la mala ejecución de los trabajos realizados por CyM y, reitera su solicitud para que se adopten las acciones correspondientes para conservar la integridad del pavimento del tramo en cuestión.
- viii. Mediante Carta N° 027-2013-CM/GV de fecha 04 de Marzo del 2013, el Gerente Vial del CONSORCIO informó al Jefe de la Supervisión, que los defectos del tramo Pucará - La Raya estaban transformándose hasta dar con la aparición de "piel de cocodrilo", como efectos de no haber dispuesto las acciones necesarias frente a la aparición de la fisuras prematuras, teniendo en cuenta que fueron puesto de conocimiento de PROVÍAS NACIONAL y de la Supervisión, en forma oportuna y reiterada.
- ix. Mediante Carta N° 015-2013-CM/GV de fecha 05 de Marzo del 2013, el Representante Legal del CONSORCIO comunica al Gerente de la Unidad Gerencial de Conservación de PROVÍAS NACIONAL, información complementaria referida a la situación en que se encuentra el tramo Pucará - La Raya, insistiendo que PROVÍAS NACIONAL adopte las acciones que la

situación descrita requería, reiterando el actuar diligente del CONSORCIO frente a la situación del tramo en cuestión.

- x. Mediante Carta N° 038-2013-CM/GV de fecha 19 de Marzo del 2013, el Gerente Vial del CONSORCIO reincide al Jefe de la Supervisión sobre las fisuras prematuras y la alarmante evolución a "piel de cocodrilo" que se vienen presentando en el tramo Pucará - La Raya, requiriendo una vez más que se tomen las acciones correspondientes para preservar la unidad del pavimento.
- xi. Mediante Carta N° 024-2013-CM/GG de fecha 15 de Abril del 2013, el Representante Legal del CONSORCIO informa al Director Ejecutivo de PROVÍAS NACIONAL, entre otros, que la Supervisión viene exigiendo al CONSORCIO la atención de las fallas prematuras por deficientes procesos constructivos en sectores recientemente asfaltados por otras empresas - como el tramo en cuestión- y que sean atendidos hasta que se determine la responsabilidad del contratista ejecutor del tramo, y lo hacía además, sin tomar las medidas correctivas que la situación requería.
- 013
- xii. Mediante Carta N° 034-2013-CM/GG de fecha 20 de Junio del 2013, , el Representante Legal del CONSORCIO informa al Director Ejecutivo de PROVÍAS NACIONAL, la omisión de atención de las peticiones contractuales, haciendo referencia a la Carta N° 024-2013-CM/GG y a las reiteradas reuniones llevadas en las oficinas de la sede central de la Entidad, donde se proyectaron reuniones de trabajo en el proyecto mismo para los días 11 y 12 de Junio. Lamentablemente en las fechas señaladas (11 y 12 de junio de 2013) los funcionarios designados por PROVÍAS NACIONAL no tuvieron la intención de resolver los problemas reiteradamente comunicados mediante cartas, entre ellos, los suscitados en el tramo Pucará - La Raya y señalaron que sólo se limitaban a analizar los problemas de campo sin examinar los temas que dieron origen a esos problemas (esto sería, la mala ejecución de la obra por la empresa C y M).
- xiii. Mediante Carta N° 085-2013-CM/GV de fecha 24 de Junio del 2013, como muestra reincidente de la preocupación y actuar diligente del CONSORCIO, se señala que estos pagaron con su peculia pruebas diamantinas de la carpeta asfáltica y facilitaron los resultados de ensayos de laboratorio que el CONSORCIO solicitó ejecutar a la Dirección de Estudios del MTCE, incluso sin ser su obligación, todo con el objetivo de coadyuvar a la acciones correspondientes que debía de tomar PROVÍAS NACIONAL para preservar la integridad del pavimento, ya que resultaba preocupante el incremento de fisuras en la calzada y el incremento de la aparición de sectores con "piel de cocodrilo".
- xiv. Mediante Carta N° 0107-2013-CM/GV de fecha 07 de Agosto del 2013, el CONSORCIO solicita al Jefe de la Supervisión el cambio del cronograma valorizado de ejecución de la conservación periódica de los tramos Puno - llave y Pucará - La Raya, indicándose que el día 06 de Agosto de 2013 se habían reunido funcionarios de PROVÍAS NACIONAL, la supervisión y el CONSORCIO, donde debido a la presencia de fisuras, grietas, piel de cocodrilo y otros en el tramo Pucará - La Raya y a su preocupante evolución, se convino adelantar al Mantenimiento Periódico en dicho tramo pues estaba en peligro la unidad de la calzada (cuya ejecución no la había realizado el CONSORCIO), y posponer el Mantenimiento Periódico en el tramo Puno - llave, ya que el personal y equipos del CONSORCIO tendría que atender

en forma urgente el tramo Pucará - La Raya que comprende 102 km. y que estaba presentando problemas, dando prioridad de ésta manera las actividades contractuales.

xv. Con fecha 13 de agosto de 2013, el Ingeniero Supervisor BAUTISTA, emitió el Informe N° 066- 2013-MTC/20.10.16-S-SHBC destinado al Jefe Zonal de supervisión Ingeniero MACHADO, en el que respecto al tramo La Raya - Pucará, se señala:

- a) Que el tramo en cuestión, ejecutado por Constructores y Mineros Contratistas Generales SAC, fue entregado el 01 de febrero de 2012..
- b) Que el referido tramo, fue entregado al Consorcio Mazocruz el 15 de marzo de 2012 para proceder con el mantenimiento rutinario.
- c) Que no obstante, existen fisuras prematuras y generalizadas en toda la longitud del tramo La Raya - Pucará, que tienen un nivel de severidad de medio a alto.
- d) Que las fisuras deben ser tratadas para conservar la carpeta de rodadura y evitar el deterioro progresivo que viene presentando y así asegurar la transitabilidad, sin perjuicio de la responsabilidad que tiene la empresa Constructores y Mineros Contratistas Generales SAC.
- e) Que la empresa Constructores y Mineros Contratistas Generales SAC tiene una responsabilidad de 7 años por la ejecución de la obra, después de suscrita el acta de recepción.
- f) Que el Consorcio Mazocruz, debió de tratar las fisuras con material elastomérico en la conservación ruinaria de calzada.
- g) Que la conservación periódica del tramo está previsto ejecutarse en el cuarto año de iniciado el servicio y el plan de conservación vial entre los meses de abril a setiembre de 2014.
- h) Que los términos de referencia y el Plan de Conservación Vial precisan para la conservación periódica un sello con arena, pero eso, no solucionará el problema de fisuras prematuras y su evolución.
- i) Que desde la recepción de la obra del mantenimiento periódico del tramo La Raya - Pucará que ya fue realizado (se entiende por la empresa Constructores y Mineros Contratistas Generales SAC) ha trascurrido poco más de año y seis meses, siendo ello un corto tiempo para intervenir nuevamente la obra, con otra conservación periódica.
- j) Sin embargo, las Unidades Gerenciales respectivas, pueden determinar la factibilidad de adelantar la conservación periódica, para asegurar la transitabilidad.

xvi. Con fecha 16 de Agosto del 2013 mediante Carta N° 075-2013-MTC/20.10.16, el Jefe de la Supervisión Zonal de PROVÍAS NACIONAL Puno, hace propio el Informe 066-2013-MTC/20.10.16-S-SHBC y refiere haber emitido el Oficio N° 695-2012-MTC/20.10.16, el mismo que es adjuntado a la carta aludida.

xvii. De acuerdo al Oficio N° 695-2012-MTC/20.10.16, el Jefe de la Supervisión Zonal de PROVÍAS NACIONAL Puno, acepta la falla prematura del tramo Pucará - La Raya por motivos de fallas constructivas de la empresa Constructores y Mineros Contratistas Generales (CyM), señalando que: "Esta Jefatura de Supervisión considera que el problema de fisuramiento prematuro de la calzada de esta vía (La Raya - Pucara - agregado nuestro) se debe al mal diseño de la mezcla asfáltica, la cual aparenta ser demasiada rígida para una zona de cambios de temperatura extremas durante el día"

El mismo Oficio N° 695-2012-MTC/20.10.16, expresa que es de suma urgencia que se intervenga el tramo La Raya - Pucará, para disminuir el proceso de deterioro de la calzada y así evitar el deterioro total de la calzada, para lo cual propone:

- a) Que previamente al mantenimiento periódico, se proceda al tratamiento de las fisuras, sin embargo, ello resultará más oneroso para el Consorcio encargado de la conservación.
- b) Que se adelante el mantenimiento periódico previsto para el quinto año de servicio contratado, siempre que las autoridades competentes de la Sede Central de Lima, así lo determinen

- xviii. Mediante Carta N° 042-2013-CM/GG de fecha 11 de Setiembre del 2013, el CONSORCIO comunica al Gerente de la Unidad Gerencial de Conservación de PROVÍAS NACIONAL, supra la base de los documentos señalados en el numeral anterior, y por la evaluación efectuada por los Ingenieros del PROVÍAS Mg. Alex Iturry y Ezequiel Rivas, anticiparse con el Mantenimiento Periódico en el tramo Pucará - La Raya con el objetivo de mitigar el grado de deterioro prematuro que dicho sector venía presentando, y así evitar que se vea afectada la estructura del pavimento con la próxima temporada de lluvias.
- xix. Mediante Carta N° 044-2013-CM/GG de fecha 27 de Setiembre del 2013, el CONSORCIO informa al Gerente de la Unidad Gerencial de Conservación de PROVÍAS NACIONAL, el acuerdo tomado en la reunión sostenida en la sede central de PROVÍAS NACIONAL el 20 de setiembre de 2013, en el cual se confirmó la urgencia de anticipar el Mantenimiento Periódico en el tramo Pucará - La Raya con la finalidad de mitigar el grado de deterioro prematuro que dicho sector viene presentando, y de esta manera evitar que la estructura del pavimento se vea afectada con la próxima temporada de lluvias.

Se indicó que el inicio del Mantenimiento Periódico estaba subordinado al acto de constatación del estado actual de la vía que llevará a cabo el PROVÍAS NACIONAL con el Contratista CyM quién fue el que ejecutó el asfaltado en dicho sector.

Asimismo, el CONSORCIO también indica que debido al deterioro prematuro de la vía, se había acordado **DETERMINAR NUEVOS NIVELES DE SERVICIO ORIENTADOS BÁSICAMENTE A LA TRANSITABILIDAD DEL TRAMO HASTA QUE SE PRODUZCA UNA SOLUCIÓN DEFINITIVA POR PARTE DE Cym O POR PARTE DE PROVÍAS.**

- xx. Mediante Oficio N° 171-2013-MTC/20.7 de fecha 24 de Octubre del 2013, el Gerente de la Unidad Gerencial de Conservación del PROVÍAS NACIONAL, en respuesta a la Carta N° 044-2013- CM/GG del CONSORCIO, comunica a estos últimos que el 29 de setiembre de 2013, efectuaron la verificación física señalada en el numeral anterior, por lo que autoriza al Consorcio la anticipación del Mantenimiento Periódico en el tramo Pucará - La Raya, con la finalidad de evitar que continúe el deterioro prematuro del pavimento y salvaguardar los intereses de la Entidad.
- xxi. Mediante Carta N° 0121-2013-CM/GV de fecha 28 de Octubre del 2013, el Gerente Vial del CONSORCIO informa al Jefe de la Supervisión el inicio de los

trabajos de Mantenimiento Periódico, los cuales, no fueron cuestionados y fueron pagados en su oportunidad.

- xxii. Sin embargo, el CONSORCIO señala que a pesar de lo anterior, mediante el Oficio N° 1596-2015-MTC/20, la demandada exige el reembolso de S/.9'981,188.66 argumentando que el Órgano de Control Institucional señala que los funcionarios de PROVÍAS NACIONAL, aún dentro de las facultades que el contrato les otorgaba, dieron órdenes o instrucciones erradas al CONSORCIO, al ordenar trabajos que sólo serían MITIGADORES del problema recurrido en el tramo La Raya - Pucará y que por la tanto los gastos efectuados por el CONSORCIO, por la ejecución de los trabajos de mantenimiento periódico de la Carretera La Raya -Pucará deben de ser devueltos a PROVÍAS NACIONAL porque no solucionaron el problema de la superficie de rodadura y; de esta manera, los montos pagados para tal efecto no fueron justificados.
- xxiii. En resumen, el CONSORCIO señala que, el Órgano de Control Institucional, objeta las decisiones tomadas por los funcionarios de PROVÍAS NACIONAL, pero no el trabajo realizado por el Consorcio, en el tramo en cuestión.
- xxiv. Sin perjuicio de lo anterior, el CONSORCIO indica que ejecutó estrictamente las prestaciones que la Entidad les requirió, actuando dentro del marco del contrato y dejando constancia que la carretera que se les entregó (construida por otra empresa) para el mantenimiento, presentó fisuras prematuras, como fue debidamente informado a la demandada y los funcionarios, a esa fecha, adoptaron la solución para entonces adecuada.

El CONSORCIO señala que:

"Es muy cómodo estar sentado como auditor e intentar encontrar hallazgos aún sin sustento.

Estamos seguros que si se seguía con el mantenimiento rutinario y se perjudicaba la estructura de la vía del tramo La Raya — Pucará, con las lluvias de fines del año 2013 e inicios del 2014, seguramente estarían responsabilizando a los funcionarios de PROVÍAS NACIONAL no haber ordenado adelantar el mantenimiento periódico del tramo en cuestión.

Como fuere no se podía exigir que nuestro Consorcio tenga que asumir las obligaciones, defectos y/o vicios del ejecutor de la obra CyM".

- xxv. El CONSORCIO indica que adelantando el mantenimiento periódico se impidió la aceleración rompimiento del asfaltado por las lluvias y evitar que los daños sean mayores a los que se hubieran producido si es que no se realizaba el mantenimiento periódico adelantado; sin embargo, con ello no se iba a dar solución definitiva, de ningún modo, a los defectos de construcción presentados en la obra, entre ellos, el fisuramiento anticipado del tramo en cuestión, para lo cual, PROVÍAS NACIONAL fue oportunamente informada por el CONSORCIO, como ha sido expuesto y por tanto, PROVÍAS NACIONAL debió de adoptar acciones que se ameritaba para reclamar a CyM para que éste asuma sus obligaciones.

En síntesis, debido a las circunstancias de las fechas ocurridos los hechos, el mantenimiento periódico fue un atenuante para evitar que se dé la pérdida total del tramo en cuestión por la inminencia de las lluvias,

finalidad que en su oportunidad se cumplió y, logrado ese objetivo, PROVIAS NACIONAL era la encargada de dar solución en forma definitiva al tema de las fisuras, pues el CONSORCIO no estaba obligado a dar solución a tales fisuras de la obra de CyM.

El CONSORCIO señala que la obligación de estos es brindar mantenimiento rutinario y, en el presente caso, mantenimiento periódico a vías adecuadamente construidas. Advierte que sus servicios son de conservación, de mantenimiento ordinarios y que sus servicios no cubren eventos extraordinarios como cuando se les entrega una obra mal ejecutada con grietas, fisuras y piel de cocodrilo prematuros que se presentaron a menos de un año de haberse entregado la obra ejecutada por otro Contratista Constructor.

xxvi. Por lo expuesto el CONSORCIO señala que:

- El Informe N° 074-2015-MTC/20.7.JND, incurre en contradicción cuando señala que nuestro Consorcio "no solucionó el problema de la superficie de rodadura que provenía de la ejecución de la obra".

El informe reconoce que el problema proviene de la ejecución de la obra, sin embargo, no responsabiliza al constructor de la obra (CyM) como el sujeto que debió de solucionar en forma definitiva las fisuras y grietas prematuras de su obra sino que pretende responsabilizar a nuestro Consorcio, el no haber solucionado en forma definitiva las fisuras de la obra, a pesar que nuestro consorcio no fue el ejecutor de la obra y a pesar que no estábamos obligados a dar una solución definitiva a todas las grietas y fisuras de una obra defectuosa.

- El Informe N° 074-2015-MTC/20.7.JND señala que no se planteó la mejor alternativa de reparación, cuando, en todo momento se informó que las fisuras prematuras deben de reclamarse al ejecutor de la obra, pues nuestro contrato no cubría solucionar defectos de un ejecutor de obra presentados en forma prematura.

Además, la Entidad sabía que debía de existir un tratamiento de todas las fisuras que presentaba el tramo ejecutado por CyM previo al mantenimiento periódico y ese tratamiento para dar solución definitiva a las fisuras de la obra, lo debía realizar CyM por ejecutar la obra defectuosamente o, disponer un pago sumamente oneroso para que lo realice otro Contratista, lo cual tampoco hizo.

- El Informe N° 074-2015-MTC/20.7.JND, omite mencionar que la Entidad nos ordenó adelantar el trabajo de mantenimiento periódico, para evitar que se destruye la estructura del pavimento con la temporada de lluvias y repetimos, ese objetivo, se cumplió y, cumplido ese objetivo, la Entidad era la encargada de solucionar en forma definitiva el tema de las fisuras, sea exigiéndole a CyM o, bien asumiendo un pago sumamente oneroso para que lo realice otro Contratista.
- El Informe N° 074-2015-MTC/20.7.JND señala que nuestro Consorcio debió de recuperar las condiciones iniciales de serviciabilidad de la carretera, pero: ¿Cómo se logra ello si las condiciones en que se ejecutó la carretera que nos entregaron fue defectuosa y aparecieron grietas, fisuras y piel de

017

cocodrilo en forma prematura y ello fue comunicado oportunamente por nuestro consorcio a la Entidad?

Una carretera construida en forma defectuosa, simplemente va a tener la condición inicial de defectuosa y por tanto, lo que exige el Informe N° 074-2015- MTC/20.7.JND, es un contrasentido, pues al exigir que se mantenga las condiciones iniciales de la carretera, está exigiendo que se mantenga el nivel inicial de defectuosidad de la carretera entregada por CyM.

- xxvii. Así el CONSORCIO alega que los S/.9'981,188.66 no pueden ser devueltos a PROVÍAS, porque en caso contrario se violaría el equilibrio económico contractual, ya que EL CONSORCIO, cumplió con proporcionar sus servicios, por órdenes expresas de PROVÍAS, por los cuales, los remuneraron en su oportunidad, habiéndose cumplido sus trabajos a conformidad.
- xxviii. Se recalca; por último, que PROVÍAS emitió el Oficio N°1864-2015-MTC/20 recibido con fecha 30 de setiembre de 2015 y el Oficio N° 2007-2015-MTC/20 recibido con fecha 28 de octubre de 2015, señalando que descontarán los montos de nuestras valorizaciones hasta cubrir la devolución de S/.9'981,188.66 requeridos en el Oficio N° 1596-2015-MTC/20.
- xxix. Estos últimos oficios (1864 y 2007-2015-MTC/20), no tendrán sustento una vez que el Oficio N° 1596-2015-MTC/20 sea declarado nulo y/o sin efecto.

2. Posición de la Entidad

- i. Como antecedentes, PROVÍAS NACIONAL señala que con fecha 02.08.2010, suscribió con la empresa Constructores y Mineros Contratistas Generales S.A.C el contrato de Obra N° 130-2010-MTC/20 con el objetivo de realizar la obra: "Mantenimiento Periódico de la Carretera La Raya-Calapuja KM 1148+00 al km 1250+000, Tramo 1 La Raya-Pucará (KM 1148+000 al KM 1250+000)" (Anexo N°01), por el monto de S/. 69'323,204.73 inc. IGV, y un plazo de 330 días calendarios.
- ii. Posteriormente, con fecha 10.09.2010 PROVÍAS y el CONSORCIO(integrado por Constructora MPM S.A, Corporación Mayo S.A.C, Obras de Ingeniería S.A y SVC Ingeniería y Construcción S.A), celebraron el Contrato de Servicios N°146-2010-MTC/20, de nombre "Servicio de Conservación por niveles de servicios de la Carretera Puno-Desaguadero-Calapuja-La Raya-La llave-Mazocruz", por la suma de S/ 127'755,066.95 inc. IGV y por el plazo de cinco (5) años. (ANEXO N°02).
- iii. Del mismo modo PROVÍAS NACIONAL señala que, el 25.08.2011 mediante Resolución Directorial N° 0902-2011-MTC/20 se dio la aprobación del Plan de Conservación Vial (ANEXO N°03) donde se define la opción planteada de conservación para el tramo La Raya-Pucará.
- iv. Además de lo ya indicado, PROVÍAS NACIONAL añade que se suscribió el Acta de Recepción de la obra "Mantenimiento Periódico de la Carretera La Raya-Calapuja, tramo: La Raya-Pucará (Km. 1148+000 al Km. 1250+000)", con fecha 01.02.2012.(ANEXO N°04)
- v. PROVÍAS NACIONAL señala también que, el Servicio de Conservación por niveles de servicio comprende trabajos de mantenimiento rutinario permanente a

ser llevados a cabo de manera continua por cuatro (4) años, siendo que el mantenimiento periódico del tramo La Raya-Pucará estaba programado para ser ejecutado durante el cuarto año (2014). Del mismo modo, PROVIAS precisa que a setiembre del mismo año 2010 se venía efectuando las obras del asfaltado (colocación de carpeta asfáltica) de la mencionada carretera a través de la obra contratada con la empresa CONSTRUCTORES Y MINEROS CONTRATISTAS GENERALES S.A.C advirtiendo que el servicio de conservación por niveles de servicio, se dio por celebrado cuando la citada obra de asfaltado se encontraba a comienzos de su ejecución.

- vi. Se dice también que en el mes de setiembre de 2012, cuando aún no habían transcurrido más de ocho (08) meses de haberse recepcionado la obra por PROVIAS NACIONAL (MES DE FEBRERO DE 2012), la mencionada obra de asfaltado designada: "Mantenimiento Periódico de la Carretera La Raya-Calapuja, tramo: La Raya-Pucará (Km. 1148+000) al Km. 1250+000", la Supervisión del Contrato N° 146-2010-MTC/20 a cargo de la Unidad Zonal Puno de PROVIAS NACIONAL, comunicó de los defectos que prematuramente presentaba el mencionado tramo de la carretera.
- vii. En esta línea, PROVIAS NACIONAL indica que después de aproximadamente un (01) año de advertirse los mencionados defectos, el CONSORCIO realizó el tratamiento de las fisuras como mantenimiento rutinario, entre los meses de agosto y diciembre de 2013, trabajos por los cuales se pagó el monto de S/. 727,628.58 acto seguido, se realizó la ejecución del sello asfáltico con arena como mantenimiento periódico, esto en los meses de noviembre de 2013 a enero de 2014, trabajos por los cuales se pagó el monto de S/. 9'981,188.06, pago que refiere a los trabajos de sello de arena correspondientes al mantenimiento periódico; sin embargo, el presupuesto contractual y/o Plan de Conservación Vial de dicho mantenimiento estuvo programado para el cuarto año. PROVIAS NACIONAL indica que además de lo anterior dicho el presupuesto contractual incluía tratamiento de fisuras; no obstante, la anticipación de los trabajos de los trabajos desde noviembre permitió al CONSORCIO ejecutar sólo el sello de arena, al llevarse a cabo tales trabajos de manera consecutiva.
- viii. De acuerdo a PROVIAS NACIONAL, los desembolsos mencionados anteriormente fueron efectuados al CONSORCIO, empero a pesar del desembolso no se dio solución al problema de la superficie de rodadura (carpeta asfáltica); esto es, que con la ejecución de los trabajos de conservación ya mencionados no se evitó la aparición o el agravamiento del deterioro; de esta manera, no se habría cumplido el objetivo de preservar las características superficiales y tampoco se ha conservado la integridad externa de la vía, tal como lo requerían los términos de referencia de la contratación del servicio; razón por la cual, dichos montos pagados no han sido justificados.
- ix. PROVIAS NACIONAL recalca que la situación acontecida, constituía una oportunidad para que el CONSORCIO pueda reevaluar la opción más favorable de reparación o mantenimiento de dicho deterioro, de acuerdo a los TDR y Programa de Conservación Vial; no obstante, esto no ocurrió a pesar de que una de las varias obligaciones del CONSORCIO era ejecutar el relevamiento de fallas cada año, con lo cual se estaba en capacidad de actualizar la propuesta de los trabajos de mantenimiento para este tramo.
- x. Lo ya señalado, de acuerdo a PROVIAS NACIONAL, infringe el numeral 3.2.1 Conservación Periódica de Carreteras de los Términos de Referencia del

Concurso Público N° 007-2010-MTC/20 para la celebración del contrato del Servicio de Conservación Vial por Niveles de Servicio, que establece que el contratista conservador ejecutará los trabajos para recuperar las condiciones iniciales de serviciabilidad de la carretera, elevándola a niveles de servicio que serían requeridos durante la vigencia del contrato de conservación vial, previniendo además la aparición o agravamiento de perjuicios mayores, manteniendo las características superficiales y conservando la integridad superficial de la vía.

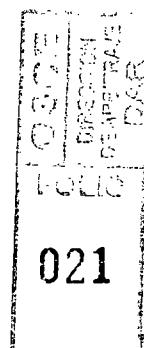
- xi. Después de lo ya señalado, PROVÍAS NACIONAL, con fecha 25.08.2015, mediante oficio N° 1596-2015-MTC/20 (ANEXO 05), solicitó al CONSORCIO la devolución de S/. 9'981,188.66; debido a que, la ejecución de los trabajos de mantenimiento periódico de la Carretera La Raya-Pucará no solucionaron el problema de la superficie de rodadura; de esta manera, los montos pagados con dicho motivo no fueron justificados.
- xii. Acto seguido, con fecha 30.09.2015, mediante oficio N° 1864-2015-MTC/20 (ANEXO 06) PROVÍAS NACIONAL informó al CONSORCIO que al no haber cumplido con la devolución de S/. 9'981,188.66 requerida mediante oficio N° 1596-2015-MTC/20, se procederá con la disminución de los montos de las valorizaciones pendientes de pago hasta cubrir dicha suma.
- xiii. Por último, con fecha 28.10.2015, mediante Oficio N° 2007-2015-MTC/20 (ANEXO 07), PROVÍAS le remitió al CONSORCIO el informe N° 864-2015-MTC/20.3, que remitía la opinión legal que sustenta el descuento de las valorizaciones pendientes de pago, ante la negativa de PROVÍAS de devolver el monto requerido mediante oficio N° 1596-2015-MTC/20.
- xiv. En relación a los fundamentos de hecho y/o de Derecho de su contestación, PROVÍAS NACIONAL señala, sobre la primera pretensión principal que mediante el numeral 24 de los fundamentos de hecho presentados en la demanda, el CONSORCIO habría señalado que las prestaciones se ejecutaron estrictamente de acuerdo a lo que PROVÍAS NACIONAL les requirió, actuando dentro del marco del Contrato y dejando constancia que la carretera que les entregaron (construida por otra empresa) para el mantenimiento, presentó defectos anticipados, lo cual se habría informado a PROVÍAS NACIONAL y los funcionarios, en esa fecha, adoptando la solución para entonces ameritada.
- xv. Del mismo modo, PROVÍAS NACIONAL indica que mediante el segundo párrafo del numeral 25 de la demanda arbitral presentada por el CONSORCIO, estos últimos señalan que: "El mantenimiento periódico fue un paliativo para evitar la pérdida total del tramo por la inminencia de las lluvias, objetivo que en su oportunidad se cumplió"
- xvi. Asimismo PROVÍAS NACIONAL, señala que en el numeral 26 de la Demanda, el CONSORCIO manifestó que: "La Entidad (PROVÍAS NACIONAL) nos ordenó adelantar el trabajo de mantenimiento periódico, para evitar que se destruye la estructura del pavimento con la temporada de lluvias y repetimos, ese objetivo, se cumplió".
- xvii. De lo dicho, PROVÍAS NACIONAL señala que de acuerdo a los Términos de Referencia (TDR) del Contrato de Servicios N° 146-2010-MTC/20, el CONSORCIO elaboró el Programa de Conservación Vial, el mismo que fue aprobado mediante Resolución Directoral N° 902-2011-MTC/20 de fecha 25.08.2011.

020



- xviii. En el aludido Programa de Conservación Vial, el CONSORCIO consideró actividades de conservación periódica en el tramo La Raya-Pucará, de acuerdo a lo establecido en los términos de referencia, los que comprenden parchado profundo y superficial, sello de arena y tratamiento de fisuras. Tales actividades fueron planteadas por el CONSORCIO en el programa de Conservación Vial, cuando la obra "Mantenimiento Periódico de la Carretera La Raya-Calapuja, tramo: La Raya-Pucará (Km. 1148+000 al Km. 1250+000) se encontraba en ejecución, entendiéndose que lo que se conservaría era una carpeta asfáltica nueva, en óptimas condiciones y preservando sus características e integridad superficial; así las cantidades de trabajos de conservación previstos en los términos de referencia debieron tomar en cuenta ésta condición, en vista que se plantearon en fecha posterior al expediente de la obra.
- xix. No obstante lo anterior, habiendo pasado 8 meses desde el momento en que se recepcionó la obra de Mantenimiento Periódico de la Carretera La Raya-Pucará, la Zonal de Puno informó los desperfectos prematuros, mediante fisuras longitudinales, en el mes de setiembre de 2012, mediante Oficio N° 0676-2012-MTC/20.10.16 del 23.08.2102. (Anexo N°08)
- xx. Así PROVÍAS NACIONAL indica que la conservación periódica a cargo del CONSORCIO en el tramo La Raya-Pucará estuvo planificada para el mes de abril de 2014, que incluía tratamiento de fisuras y sello de arena (según el Programa de Conservación Vial), empero el mencionado mantenimiento periódico sólo fue ejecutado a nivel de sello de arena, llevado a cabo entre los meses de noviembre de 2013 y enero de 2014, y pagadas vía las valorizaciones Nos. 38, 39 y 40 referente a los meses de noviembre y diciembre de 2013 y enero de 2014, según comprobantes de pago Nos. 2013-11044, 2013-00437 y 2014-00980 (Anexo N°09), respectivamente, por un monto total de S/ 9'981,188.06, el cual no tiene incorporado tratamientos de fisuras ya que estos fueron ejecutados previamente entre agosto y diciembre de 2013, y saldados como mantenimiento rutinario por el monto de S/727,628.58, de acuerdo a los comprobantes de pago Nos. 2013-07961, 2013-08940, 2013-09546, 2013-11044 y 2013-00437 (ANEXO N°10) pertinentes a las valorizaciones Nos. 35 al 39 de los meses de agosto a diciembre de 2013; esto refiere que, el adelanto de la conservación periódica incidió para que el CONSORCIO solo ejecute el sello de arena; sin embargo, cobró por este concepto y por el tratamiento de fisuras puesto que así se encontraba presupuestado.
- xxi. De acuerdo a PROVÍAS NACIONAL, en los sucesos las actividades de preservación autorizadas y realizadas no han devenido en una solución técnica para lograr la serviciabilidad de la vía en óptimas condiciones; por el contrario, después de tres meses de haberse realizado, se deterioraron tal como se describe en el informe N° 039-2014-MTC/20.10.16-S-DVR del 28.04.2014 (ANEXO N°11) en el respaldado por el Ing. Domingo Vicente Romero, Supervisor de Contrato, en el que se comunicó al jefe Zonal Proviñas Nacional-Puno respecto a los trabajos de mantenimiento, lo siguiente:

Carta N° 0121-2013-CM/GV: "Estos trabajos evitaron que se dañe la calzada del tramo debido al periodo de lluvias de enero a marzo del 2014, sin embargo a la fecha se está observando la presencia de nuevas fisuras y la prolongación de la ya existentes, debido al contenido pobre de asfalto, los cambios bruscos de temperatura y el tráfico pesado".



- xxii. De acuerdo a PROVÍAS NACIONAL las referidas observaciones de nuevas fisuras es reafirmado según el "Acta de Constatación Física de la Vía" de fecha 27.05.2014 (ANEZO N°12), suscrito por el Ing. Domingo Vicente Romero, Supervisor de PROVÍAS Nacional-Puno, y el Juez de Paz del distrito de Santa Rosa, donde se señala lo siguiente:

"2" RESULTADOS DE LA CONSTATACIÓN FÍSICA DE LA VÍA:

Del recorrido realizado en el tramo se ha verificado lo siguiente:

- *Se ha verificado las condiciones de la calzada asfáltica desde el KM. 1148+000 en la localidad de la Raya, Distrito de Santa Rosa, límite Departamental con Cusco-Puno, hasta el Km 1250+000, hasta la localidad del Distrito de Pucará, Provincia de Lampa.*
- *Se constata la presencia de nuevas fisuras transversales en la calzada de la vía en ambos carriles hasta el filo de las bermas, además la presencia de nuevas fisuras longitudinales en el eje de la vía.*
- *Se constata que el tratamiento de fisuras realizadas en la Conservación Periódica en los meses de Noviembre y Diciembre del año 2013, se ha reflejado en su totalidad y continúan aumentando y alargándose en longitud y espesor del agrietamiento".*

022

- xxiii. Así, PROVÍAS NACIONAL expone que la situación anteriormente descrita pone en evidencia que el CONSORCIO no ha cumplido el objetivo de su contrato, ya que la conservación periódica ejecutada incluía inicialmente tratamiento de fisuras y sello de arena a ser suministrado sobre una carpeta asfáltica recientemente colocada; no obstante, esta carpeta asfáltica como superficie de rodadura, de manera prematura, mostró fallas tipo fisuras longitudinales y piel de cocodrilo, y sobre esta superficie y sin conocer las causas de su origen, se ejecutó la conservación periódica por los cuales se ha pagado al CONSORCIO el monto de S/. 9'981,188.66, según valorizaciones Nos. 38,39,40, pagadas con comprobantes Nos. 2013-110444,2013-00437 y 2013-00980, sólo por concepto sello de arena, gasto que no está justificado; ya que, no ha permitido recuperar las condiciones iniciales de serviciabilidad de la carretera y tampoco se ha impedido "el agravamiento del deterioro", así después de tres meses de haberse llevado a cabo los tratamientos de fisuras y sello de arena, las grietas se evidenciaron nuevamente, incumpliéndose los términos de referencia del contrato de servicios No. 146-2010-MTC/20.

- xxiv. Por otro lado, PROVÍAS NACIONAL menciona que la decisión de anticipar los trabajos de conservación periódica han incidido para que sólo ejecute Sello de Arena, debido a que el tratamiento de fisuras fue efectuado entre agosto y diciembre de 213, y fueron pagados como mantenimiento rutinario por el monto total de S/. 727,628.58.

- xxv. En base a lo expuesto PROVÍAS NACIONAL señala que se el CONSORCIO ha incurrido en los siguientes incumplimientos:

Contrato de Servicios N° 146.2010-MTC del 10.09.2010
Cláusula Segunda: Finalidad del Contrato

2.1 *La finalidad del contrato es asegurar la transitabilidad permanente de la carretera de acuerdo a estándares base que permitan el tráfico continuo y seguro de vehículos de pasajeros y carga; para lo cual se ha establecido un conjunto de actividades operativas y de gestión que*

deben permitir garantizar un adecuado nivel de servicio orientado a implementar un sistema de gestión de carreteras más eficiente”.

Términos de referencia del Concurso Público N° 007-2010-MTC/20 para la contratación del Servicio de Conservación Vial por Niveles de Servicio de la Red Vial asfaltada de la Carretera Puno-Desaguadero-Calapuja-La Raya-Ilave-Mazocruz.

3.2.1 Conservación Periódica en Carreteras

Es el conjunto de actividades mayores que ejecutará el Contratista- Conservador, para recuperar las condiciones iniciales de serviciabilidad de la carretera, llevándola a los niveles de servicio que serán requeridos durante el contrato de conservación vial, de acuerdo con las actividades descritas en las Especificaciones Técnicas Generales para la Conservación de Carreteras, y de acuerdo a las condiciones que se encuentran en la entrega del terreno, según el informe técnico de la situación inicial, previniendo además la aparición o el agravamiento de defectos mayores, preservando las características superficiales y conservando la integridad superficial de la vía. (...)

El Contratista- Conservador se obliga a ejecutar la Conservación Periódica en los sectores indicados en el presente documento, en el plazo, dispuesto y de acuerdo a las definiciones de los alcances dados en los términos de referencia para cada sector, así como al cumplimiento de los indicadores de niveles de servicio exigidos a este caso.

CONSERVACIÓN PERIÓDICA EN CARRETERAS

TRAMO 111: La Raya-Pucará

PROGRESIVAS: 1148+000-1250)+000

(...)

4.1.3.2 Conservación Rutinaria en vía asfaltada (...)

Asimismo, el Contratista-Conservador, inmediatamente después de ejecutada la conservación periódica de la carretera, deberá ejecutar todas las actividades de Conservación Rutinaria que aseguran mantener el nivel de servicio alcanzado con la ejecución de la conservación periódica.

“Especificaciones Técnicas Generales para la Conservación de Carreteras”, aprobadas mediante Resolución Directorial N° 051-2007-MTC/14 del 27.08.2007

CAPÍTULO 3.-PAVIMENTOS FLEXIBLES

Sección 301: Sellado de Fisuras y Grietas

Descripción

301.1 Generalidades

La actividad de sellado de fisuras y grietas debe ser realizada en el menor tiempo posible después de que ellas se han desarrollado y han hecho su aparición visible en el pavimento (...)

Sección 304: Sellos asfálticos

Descripción

304.1 Generalidades

El objetivo de los sellos asfálticos es la protección oportuna de pequeñas fisuras y resquebrajamientos que se presentan en la superficie y que normalmente son precursores de daños graves cuando no hay intervención a tiempo (...)

La actividad de los sellos Asfálticos se debe realizar en el menor tiempo posible después que las fisuras y los daños superficiales se han desarrollado y su presencia es visible en el pavimento (...).

- xxvi. En este sentido, PROVÍAS NACIONAL señala que posteriormente a la ejecución de dicha conservación, se confirmó que los trabajos de conservación periódica ejecutados no resultó como se esperaba, tal como se evidencia en el "Acta de Constatación Física de la Vía" de fecha 27.05.2014, suscrita por el Ing. Domingo Vicente Romero, Supervisor de PROVÍAS NACIONAL-Puno, y el Juez de Paz del distrito de Santa Rosa, en la que se verificó que la Conservación Periódica llevada a cabo en los meses de Noviembre y Diciembre del año 2013, se ha plasmado en su totalidad y continúan aumentando y alargándose en longitud y espesor del agrietamiento, perdiéndose lo gastado ascendente a un monto de S/. 9'981,188.06 incluido IGV, advirtiéndose además que este monto cancelado al CONSORCIO por concepto de conservación periódica debió incluir tratamiento de fisuras y sello de arena; empero, solo ejecutó la segunda actividad (diciembre de 2013 y enero de 2014), así la primera ya se había ejecutado en los meses previos de Agosto a Diciembre de 2013.
- xxvii. Así PROVÍAS NACIONAL solicita que por todo lo expuesto se declare infundada en todos sus extremos la primera pretensión principal del CONSORCIO y, en consecuencia, se declare la validez y eficacia del Oficio N° 1596-215-MTC/20 y se exija al CONSORCIO la devolución de la suma de S/. 9'981,188.66, más los intereses legales correspondientes a favor de PROVÍAS.
- xxviii. Respecto de la segunda pretensión PROVÍAS NACIONAL, del mismo modo en el que ya se expuso, solicita que para esta pretensión se tome en consideración lo ya expuesto para la primera pretensión principal; y por consiguiente, se declare ya expuesto para la primera pretensión principal; motivo por el que, solicitan se declare la validez y infundada esta pretensión del CONSORCIO, correspondiendo declarar la validez y eficacia del oficio N° 2007-2015-MTC/20 y ordenar al CONSORCIO la devolución de la suma de S/. 9'981,188.66, más los intereses legales correspondientes, a favor de PROVÍAS.
- xxix. Respecto de la tercera pretensión PROVÍAS solicita que respecto a la segunda pretensión de la demanda, se tenga en cuenta lo expuesto en relación a la primera pretensión principal; motivo por el que, solicitan se declare la validez y eficacia del Oficio N° 1864-2015-MTC/20 y se ordene al CONSORCIO la devolución de la suma de S/. 9'981,188.66, más los intereses legales respectivos, a favor de PROVÍAS.
- xxx. Asimismo, al contestar la ampliación de demanda, señaló que con fecha 2.08.2010 PROVÍAS NACIONAL señala que se celebró el Contrato de Obra N° 130-2010-MTC/20 para la Ejecución de la Obra "Mantenimiento Periódico de la Carretera La Raya-Calapuja Km 1148+00 al KM1250+000, Tramo 1 La Raya-Carretera La Raya-Calapuja Km 1148+000 al Km 1250+000" entre Constructores y Mineros Pucará (KM 1148+000 al Km 1250+000) entre Constructores y Mineros Contratistas Generales S.A.C (en adelante CyM) y PROVÍAS NACIONAL.
- xxxi. Posteriormente a lo mencionado la demandada señala que, con fecha 10.09.2010 PROVÍAS NACIONAL y el CONSORCIO suscribieron el Contrato de Servicios N° 146-2010-MTC/20 denominado "Servicios de Conservación por niveles de servicio

024

de la Carretera Puno-Desaguadero-Calapuja-La Raya- Ilave-Mazocruz" por el monto de S/. 127'755,066.95 incluido IGV y por el plazo de cinco (5) años.

- xxxii. De lo señalado, PROVÍAS NACIONAL señala que los contratos de Conservación Vial por niveles de servicio tienen como finalidad alcanzar un óptimo nivel de transitabilidad de la red vial nacional a través de la ejecución permanente de actividades de mantenimiento rutinario, reparaciones menores, relevamiento de información y atención de emergencias viales, mediante la contratación de servicios de conservación vial por niveles de servicio con plazos a cinco (5) años.
- xxxiii. PROVÍAS NACIONAL señala que, en los Términos de Referencia se encuentran definidos los procesos y procedimientos técnicos a los que se debe ceñir el Contratista durante la Fase Pre operativa y la Fase Operativa, el cual es accesorio en el Contrato de Conservación Vial por Niveles de Servicio.
- xxxiv. De acuerdo a ello, PROVÍAS NACIONAL señala que la Conservación Periódica en Carreteras, se ejecutaría en el cuarto año de iniciado el servicio y luego de la aprobación del Programa de Conservación Vial, y consistiría en la ejecución de las actividades indicadas en el Plan de Conservación y en concordancia con los presentes Términos de Referencia.
- xxxv. En este sentido PROVÍAS NACIONAL indica que con fecha 25.08.2011, mediante Resolución Directorial N° 0902-2011-MTC/20, se aprobó el plan de Conservación Vial, en la que se estableció la opción planteada de conservación para el tramo La Raya-Pucara.
- xxxvi. Así también, PROVÍAS NACIONAL expone que con fecha 01.02.2012, se suscribió el Acta de Recepción de la Obra "Mantenimiento Periódico de la Carretera La Raya-Calapuja Km 1148+00 al KM 1250+000, Tramo 1 La Raya-Pucara (Km 1148+000 al KM 1250+000).
- xxxvii. Con fecha 15.03.2012, cursando Acta de Entrega Complementaria de Áreas y Bienes (Anexo N°04 del escrito de demanda), PROVÍAS NACIONAL señala que entregó a la demandante, el tramo La Raya-Pucara, para el inicio de los trabajos de los servicios de Conservación Vial en el tramo antes indicado, siendo recepcionado por el CONSORCIO, sin mayor discrepancia que la referida a la señalización vertical.
- xxxviii. PROVÍAS NACIONAL consideró necesario ratificarse en la validez y eficacia del Oficio N° 1596-2015-MTC/20, que ordena a el demandante devolver la suma de S/. 9'981,188.66, en tanto la solución planteada por el CONSORCIO, ante los fisuramientos evidenciados en el tramo La Raya-pucara, no cumplió con los objetivos previstos en el numeral 3.2.1 de los TdR, cuyo tenor literal es el siguiente:

3.2.1 Conservación Periódica en Carreteras

Es el conjunto de actividades mayores que ejecutará el Contratista- Conservador, para recuperar las condiciones iniciales de serviciabilidad de la carretera, llevándola a los niveles de servicio que serán requeridos durante el contrato de conservación vial, de acuerdo con las actividades descritas en las Especificaciones Técnicas Generales para la Conservación de Carreteras, y de acuerdo a las condiciones que se encuentran en la etapa de entrega del terreno, según el informe técnico de la situación inicial, previniendo además la aparición o el agravamiento de

025

defectos mayores, preservando las características superficiales y conservando la integridad superficial de la vía.

- xxxix. PROVÍAS NACIONAL indica, que de lo ya dicho se puede evidenciar que era obligación del CONSORCIO, a través de la conservación periódica, no únicamente recuperar las condiciones iniciales de serviciabilidad de la vía, sino además el de llevarla a los niveles de servicios requeridos durante la conservación vial, situación que abiertamente no se ha cumplido tal como el CONSORCIO lo reconoce.
- xl. Ahora bien, PROVÍAS NACIONAL señala que el CONSORCIO pretende desconocer su responsabilidad respecto del incumplimiento de los niveles de servicio, argumentando que no es posible recuperar una condición de serviciabilidad inexistente, en tanto que el tramo presentaba defectos constructivos. Sin embargo, el CONSORCIO ha reconocido en el numeral 3 de su escrito de demanda que con fecha 15.03.2012, mediante Acta de Entrega Complementaria de Áreas y Bienes (Anexo N° 04 del escrito de demanda) se le entregó el tramo La Raya-Pucara, para el inicio de los trabajos de servicios de Conservación Vial en el referido tramo, en el cual se evidencia la conformidad de la misma, sin mayor discrepancia que la referida a la señalización vertical.
- xli. En adición PROVÍAS NACIONAL indica que el CONSORCIO no puede pretender desconocer que dadas las condiciones evidenciadas en la vía, correspondía a la demandante efectuar una reevaluación de la mejor alternativa, de acuerdo a lo expresado en el numeral 3.1.1 los TdR, cuyo tenor literal es el siguiente:

3.1.1 Elaboración del Plan de Conservación Vial (Carreteras, Puentes y Obras de Arte)

El Contratista – Conservador dependiendo de la superficie de rodadura con que cuente la vía y el nivel de servicio que será requerido en los términos de referencia, diseñara el Plan de Conservación Vial para el tiempo que dure el servicio materia del contrato, el cual deberá contener las actividades que ejecutará con el objeto de a) Alcanzar los niveles de servicio y b) Mantener los niveles de servicio exigidos en los presentes Términos de Referencia; el plan de conservación vial tendrá en consideración la oportuna ejecución de las actividades de conservación, las cuales no deben responder a un programa fijo sino al resultado de las permanentes evaluaciones que el contratista-conservador realizará sobre la calzada (medición del IRI y medición deflectométrica) y en todas las estructuras (puentes y pontones) el control de niveles en el eje longitudinal (perfil longitudinal de la rasante) de la estructura, considerando al menos una longitud en los accesos de 30m antes y después del puente.

Siendo que el presente contrato se controlara por Niveles de Servicio, el Contratista-Conservador tiene la facultad de proponer la inclusión de soluciones alternas a las planteadas en los presentes Términos de Referencia. Siempre se tendrá en consideración que todas las actividades de conservación se ejecutaran sobre la plataforma existente, no se realizarán mejoras en el diseño geométrico de la vía.

Estas nuevas alternativas presentadas por el Contratista-Conservador, deben ser aprobadas por la Entidad y no generaran pago adicional alguno siendo responsabilidad del mismo el cumplimiento de los Niveles de Servicio exigidos en los presentes Términos de Referencia.

El Contratista-Conservador presentará el Plan de Conservación Vial en versión impresa por ambas caras y versión electrónica con texto hipervínculado.

- xlii. PROVÍAS NACIONAL indica que de lo ya dicho se desprende que el Plan de Conservación Vial a ser implementado no era un programa fijo y basado en una evaluación realizada en un momento específico, sino que por el contrario, un programa de constante evolución como resultado de las evaluaciones constantes realizadas por el CONSORCIO, pudiendo establecer soluciones alternas a las planteadas. No obstante, esto no ocurrió a pesar que una de las obligaciones del CONSORCIO era ejecutar el relevamiento de las fallas cada año, con lo cual este estaba en capacidad de actualizar la propuesta de los trabajos de conservación periódica.
- xliii. Por último, PROVÍAS NACIONAL recalca que el demandante no ha sustentado las causales de nulidad y/o ineficacia en las que habría incurrido la demandada con la emisión del oficio cuestionado.
- xliv. Por todo lo expuesto, PROVÍAS NACIONAL se ratifica en la validez y eficacia del Oficio N° 1596 2015-MTC/20 y, en consecuencia, solicita se declare infundada la primera pretensión de la demanda.
- xlv. Ahora bien, respecto a la pretensión que solicita se declare la nulidad y/o ineficacia del oficio N° 1864-2015 MTC/20 , PROVÍAS NACIONAL se ratifica en la validez y eficacia del Oficio N°1864-2015-MTC/20, bajo los mismos argumentos indicados en su escrito de contestación de demanda y en el de ampliación de la demanda. Por las razones expuestas solicitan se declare INFUNDADO el pedido formulado por el DEMANDANTE.
- xlii. Empero, PROVÍAS NACIONAL deja constancia que el CONSORCIO no ha sustentado las causales de nulidad y/o ineficacia en las que habría incurrido PROVÍAS Nacional con la emisión del oficio cuestionado.

3. Posición del Tribunal Arbitral

- i. Con fecha 10 de septiembre de 2010, se celebró el Contrato de Servicios N° 146-2010/MTC/20 cuyo objeto era, la ejecución del Servicio de Conservación Vial por Niveles de Servicio de la Red Vial Asfaltada de la Carretera Puno-Desaguadero-Calapuja-La Raya-Ilave-Mazocruz.
- ii. Una parte de los servicios, debía ejecutarse en el tramo Pucará - La Raya (Km 1148+000 al km 1250+000), es decir 102 kilómetros.

Dicho tramo no fue entregado al Consorcio al inicio del contrato, porque la empresa Constructores y Mineros Contratistas Generales estaba ejecutando la obra: "Mantenimiento Periódico de la Carretera La Raya-Calapuja KM 1148+00 al km 1250+000, Tramo 1 La Raya-Pucará (KM 1148+000 al KM 1250+000)", asfaltándolos por el monto de S/. 69'323,204.73 incluido IGV, el cual fue entregado a la Entidad, conforme a alguna de las siguientes Actas de Recepción de Obra:

- a) El Acta de Recepción de Obra del 01 de febrero de 2012 de las 17:30 horas, que señala diversas observaciones a la obra por las cuales el Comité de Recepción no recepciona la obra (Anexo N° 4 del escrito presentado por la Entidad con fecha 16 de mayo de 2016)

- b) El Acta de Recepción de Obra también del 01 de febrero de 2012 de las 17:30 horas, que ya no señala observaciones a la obra por las cuales el Comité de Recepción sí recepiona la obra (Anexo N° 1 del escrito presentado por la Entidad con fecha 26 de abril de 2017).

Por su parte, el Anexo al Memorándum N° 002-2015-MTC/20.1-EECNS0146-2010-NAGU3.60, señala el tramo fue entregado en el mes de mayo de 2012.

- iii. El 15 de Marzo del 2012 mediante Acta de Entrega Complementaria de Áreas y Bienes, la Entidad entregó al Consorcio el tramo Pucará-La Raya de 102 Kms, para que, al tratarse de un tramo recién asfaltado, realice una intervención normal mínima, por tanto, el Consorcio, en los primeros años debía realizar la conservación rutinaria y posteriormente realizar el mantenimiento periódico en el quinto año del contrato.

Al tratarse de una vía nueva, recién asfaltada por otro Contratista (Constructores y Mineros Contratistas Generales SAC), el tramo La Raya – Pucará, sólo requería conservación rutinaria en las dimensiones señaladas en los Términos de Referencia, durante los primeros años, tales como los previstos en la página 57 de los términos de referencia:

- (i) 250 m2 de sello con arena;
- (ii) 400 ml de tratamiento de fisuras con sellante elastomérico de > 3 mm y < 6 mm;
- (iii) 100 ml de tratamiento de fisuras con sellante elastomérico de > 6 mm.

Entonces, al tratarse de una vía recién asfaltada, los términos de referencia, contemplaron servicios anuales de pocas proporciones, con la precisión que, cuando se trata de vías recién asfaltadas, no se requiere de un mantenimiento periódico en los primeros años.

- iv. Recibido el tramo, el conservador, debe de dar servicio de conservación rutinaria y periódica, a la vía que le entregan, que como lo señala la Entidad al contestar la demanda, el tramo La Raya – Pucará, que debía conservarse sería una carpeta asfáltica nueva, en óptimas condiciones; por ende, el Consorcio conservador, debía de preservar las características e integridad superficial de la carpeta asfáltica nueva que le entregaron.

- v. Sin embargo, a pocos meses de la ejecución de la vía por Constructores y Mineros Contratistas Generales SAC y a pocos meses de su entrega, el tramo La Raya – Pucará, empezó a presentar defectos prematuros que se identificaron como fallas estructurales, lo cual, es un hecho reconocido por ambas partes, como se desprende de los documentos mencionados y/o adjuntados por las partes, mencionando algunos:

- a) El Oficio N° 0676-2012-MTC/20.10.16 del 23 de agosto de 2012 que adjunta el Informe N° 018-2012-MTC/20.10.16-S-SHBC del 20 de agosto de 2012, advierte que hay fisuras longitudinales en el tramo La Raya – Pucará, concluyendo que "por lo tanto está a responsabilidad de la Contratista, Constructores y Mineros Contratistas Generales SAC"
- b) El memorándum N° 2331-2012-MTC/20.7 del 10 de setiembre de 2012, con el cual el gerente de la Unidad Gerencial de Conservación informa al Jefe Zonal de Puno de la existencia de fallas superficiales y estructurales en el pavimento del tramo La Raya – Pucará, por lo cual, le recuerda que existe la Directiva de



atención de fallas en obras concluidas y recepcionadas, donde se detalla el procedimiento a seguir si las fallas son atribuibles al Contratista.

c) La Carta N°086-2012-CM/GV de 31 de Octubre del 2012, con la cual el Gerente Vial del CONSORCIO comunicó al Jefe de la Supervisión, la aparición de fisuras prematuras en el tramo Pucará - La Raya, alertando a la Supervisión de este desperfecto para que se tomen las previsiones del caso, dado que desde la fecha de ejecución de los trabajos por parte de Constructores y Mineros Contratistas Generales SAC, el plazo era muy corto para que aparezcan fisuras longitudinales y transversales en la calzada.

d) El Informe N° 038-2012-MTC/20.10.16-SHBC de 19 de noviembre de 2012 emitida por el Supervisor que adjunta el Informe Técnico N° 1, refiere que la carretera entregada tuvo fallas prematuras considerables en todo el tramo, señalando como posibles causas:

- a) Deficiente diseño del concreto asfáltico
- b) Probable poco contenido de asfalto de la mezcla.
- c) Fuerte gradiente térmica de la zona.

Así se presentan fisuras longitudinales y transversales.

Asimismo, considera que conforme al artículo 50 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el tratamiento de las fisuras es responsabilidad de Constructores y Mineros Contratistas Generales SAC.

e) La Carta N° 087-2012-CM/GV de 28 de Noviembre del 2012, con la cual el Representante Legal del CONSORCIO solicitó al Gerente de la Unidad Gerencial de Conservación de PROVÍAS NACIONAL, una reunión de carácter urgente para tratar temas aludidos al servicio.

f) La página 6 del Anexo al Memorándum N° 002-2015-MTC/20.1-EECNS0146-2010-NAGU3.60 del OCI, hace referencia al memorándum N° 3087-2012-MTC/20.7 del 03 de diciembre de 2012, que recomienda que ante la presencia de fisuras, debe evaluarse la carretera mediante un perito.

g) La Carta N° 088-2012/CM-L-GA de 27 de Diciembre del 2012, con la cual el Representante Legal del CONSORCIO solicita al Director Ejecutivo del PROVÍAS NACIONAL una reunión para tratar temas contractuales, además del fisuramiento y grietas prematuras del tramo Pucará - La Raya, advirtiendo que a pesar de sus reiterados esfuerzos, tal situación continuaba sin solución.

h) La Carta N° 008-2013-CM/GV de 17 de Enero del 2013, con la cual el Gerente Vial del CONSORCIO reitera al Jefe de la Supervisión la Carta N°086-2012-CM/GV sobre las fisuras prematuras en el tramo Pucará - La Raya; señalando que no es responsabilidad del CONSORCIO, las consecuencias de la mala ejecución de los trabajos realizados por Constructores y Mineros Contratistas Generales SAC y, reitera su solicitud para que se adopten las acciones correspondientes para conservar la integridad del pavimento del tramo en cuestión.

029

- i) La Carta N° 027-2013-CM/GV de 04 de Marzo del 2013, con la cual el Gerente Vial del CONSORCIO informó al Jefe de la Supervisión, que los defectos del tramo Pucará - La Raya estaban transformándose hasta dar con la aparición de "piel de cocodrilo", como efectos de no haber dispuesto las acciones necesarias frente a la aparición de la fisuras prematuras, teniendo en cuenta que fueron puesto de conocimiento de PROVÍAS NACIONAL y de la Supervisión, en forma oportuna y reiterada.
- j) La Carta N° 015-2013-CM/GV de 05 de Marzo del 2013, con la cual el Representante Legal del CONSORCIO comunica al Gerente de la Unidad Gerencial de Conservación de PROVÍAS NACIONAL, información complementaria referida a la situación en que se encuentra el tramo Pucará - La Raya, que evidencia fallas.
- k) La Carta N° 038-2013-CM/GV de 19 de Marzo del 2013, con la cual el Gerente Vial del CONSORCIO incide sobre las fisuras prematuras y la aparición de "piel de cocodrilo" que se vienen presentando en el tramo Pucará - La Raya, requiriendo que la Entidad tome las acciones del caso.
- l) La Carta N° 024-2013-CM/GG de 15 de Abril del 2013, con la cual el Representante Legal del CONSORCIO informa al Director Ejecutivo de PROVÍAS NACIONAL, que la Supervisión viene exigiendo al CONSORCIO la atención de las fallas prematuras por deficientes procesos constructivos en sectores recientemente asfaltados por otras empresas.
- m) La Carta N° 034-2013-CM/GG de 20 de Junio del 2013, con la cual el Representante Legal del CONSORCIO informa al Director Ejecutivo de PROVÍAS NACIONAL, la omisión de atención de las peticiones contractuales, haciendo referencia a la Carta N° 024-2013-CM/GG y a las reiteradas reuniones llevadas en las oficinas de la sede central de la Entidad, donde se proyectaron reuniones de trabajo en el proyecto mismo para los días 11 y 12 de Junio, señalando que la Entidad sólo se limitaba a analizar los problemas de campo y no los temas que dieron origen a la Carta N° 024-2013-CM/GG que se refería a las fallas.
- n) La Carta N° 085-2013-CM/GV de 24 de Junio del 2013, con la cual el Consorcio informa de pruebas diamantinas de la carpeta asfáltica y los resultados de ensayos de laboratorio que el CONSORCIO solicitó ejecutar a la Dirección de Estudios Especiales del MTC, sin ser su obligación, señalando que el contenido de asfalto de la carpeta asfáltica está por debajo del 7% que es el porcentaje que normalmente se usa en esa región, por lo que solicitó que la Entidad repare ese tramo ante la próxima temporada de lluvia.
- o) La Carta N° 0107-2013-CM/GV de 07 de Agosto del 2013, con la cual el CONSORCIO solicita al Jefe de la Supervisión el cambio del cronograma valorizado de ejecución de la conservación periódica de los tramos Puno - Ilave y Pucará - La Raya, indicándose que el día 06 de Agosto de 2013 se habían reunido funcionarios de PROVÍAS NACIONAL, la supervisión y el CONSORCIO, donde debido a la presencia de fisuras, grietas, piel de cocodrilo y otros en el tramo Pucará - La Raya y a su preocupante evolución, se convino adelantar al Mantenimiento Periódico en dicho tramo pues estaba en peligro la unidad de la calzada (cuya ejecución no la había realizado el CONSORCIO), y posponer el

Mantenimiento Periódico en el tramo Puno - Ilave, ya que el personal y equipos del CONSORCIO tendría que atender en forma urgente el tramo Pucará - La Raya que comprende 102 km. y que estaba presentando problemas, dando prioridad de ésta manera las actividades contractuales.

p) El Informe N° 066- 2013-MTC/20.10.16-S-SHBC del 13 de agosto de 2013 del Ingeniero Supervisor destinado al Jefe Zonal de Supervisión, en el que respecto al tramo La Raya - Pucará, señala:

a) Que el tramo fue ejecutado por Constructores y Mineros Contratistas Generales SAC y entregado a la Entidad el 01 de febrero de 2012.

b) Que el tramo, fue entregado al Consorcio Mazocruz el 15 de marzo de 2012 para proceder con el mantenimiento rutinario.

c) Que existen fisuras prematuras y generalizadas en toda la longitud del tramo La Raya - Pucará, con un nivel de severidad de medio a alto.

d) Que las fisuras deben ser tratadas para conservar la carpeta de rodadura y evitar el deterioro progresivo que viene presentando para así asegurar la transitabilidad, sin perjuicio de la responsabilidad que tiene la empresa Constructores y Mineros Contratistas Generales SAC.

e) Que la empresa Constructores y Mineros Contratistas Generales SAC tiene una responsabilidad de 7 años por la ejecución de la obra, después de suscrita el acta de recepción.

f) Que el Consorcio Mazocruz, debió de tratar las fisuras con material elastomérico en la conservación rutinaria de calzada.

g) Que la conservación periódica del tramo está previsto ejecutarse en el cuarto año de iniciado el servicio y el plan de conservación vial entre los meses de abril a setiembre de 2014.

h) Que los términos de referencia y el Plan de Conservación Vial precisan para la conservación periódica un sello con arena, pero eso, no solucionará el problema de fisuras prematuras y su evolución.

i) Que desde la recepción de la obra del mantenimiento periódico del tramo La Raya - Pucará que ya fue realizado por Constructores y Mineros Contratistas Generales SAC, ha trascurrido poco más de año y seis meses, siendo ello un corto tiempo para intervenir nuevamente la obra, con otra conservación periódica.

j) Que sin embargo, las Unidades Gerenciales respectivas, pueden determinar la factibilidad de adelantar la conservación periódica, para asegurar la transitabilidad.

q) El Oficio N° 695-2012-MTC/20.10.16 del 13 de agosto de 2013, adjunto a la Carta N° 075-2013-MTC/20.10.16 de 16 de Agosto del 2013, con el cual, el

Jefe de la Supervisión Zonal de PROVÍAS NACIONAL Puno, menciona que el tramo Pucará - La Raya tiene fallas constructivas, por el mal diseño de la mezcla asfáltica que aparenta ser demasiado rígida para una zona de cambios de temperatura extremas durante el día.

Agrega que es necesario tratar las fisuras prematuras intervenir el tramo La Raya - Pucará, para disminuir el proceso de deterioro de la calzada y así evitar el deterioro total de la calzada, para lo cual propone:

- a) Que previamente al mantenimiento periódico, se proceda al tratamiento de las fisuras, sin embargo, ello resultará más oneroso para el Consorcio encargado de la conservación.
- b) Que se adelante el mantenimiento periódico previsto para el quinto año de servicio contratado, siempre que las autoridades competentes de la Sede Central de Lima, así lo determinen
- r) La Carta N° 075-2013-MTC/20.10.16 de 16 de Agosto del 2013, con la cual, el Jefe de la Supervisión Zonal de PROVÍAS NACIONAL Puno, hace propio el Informe 066-2013-MTC/20.10.16-SSHBC.
- s) La Carta N° 042-2013-CM/GG de 11 de Setiembre del 2013, con la cual, el CONSORCIO comunica al Gerente de la Unidad Gerencial de Conservación de PROVÍAS NACIONAL, sobre la base de los documentos señalados en el numeral anterior, y por la evaluación efectuada por los Ingenieros del PROVÍAS Mg. Alex Iturry y Ezequiel Rivas, anticiparse con el Mantenimiento Periódico en el tramo Pucará - La Raya con el objetivo de mitigar el grado de deterioro prematuro que dicho sector venía presentando, y así evitar que se vea afectada la estructura del pavimento con la próxima temporada de lluvias.
- t) El Informe N° 038-2013-MTC/20.6.1/ERD de 23 de octubre de 2013, señala que se recorrió el tramo sub litis para contratar al perito que defina las responsabilidades de los ejecutores de obra y las causas de las fallas prematuras observadas, entre otras consideraciones.
- u) Asimismo, la Resolución Directoral N° 1356-2014-MTC/20 del 16 de diciembre de 2014, refiere que el 08 de setiembre de 2014 la Entidad contrató a la empresa Solipro Asesores y Consultores SAC para que determinen las causas de las fallas ocurridas en la obra, sin embargo, ese contrato fue resuelto.
- vi. Entonces, resumiendo, encontramos que, el Consorcio debía recibir una obra nueva en óptimas condiciones y a ella, debía de realizarse conservación rutinaria y preventiva, para mantenerla en óptimas condiciones; sin embargo, a pocos meses de la entrega de la obra, ejecutada por otro Contratista, el tramo empezó a evidenciar fallas estructurales.

Por tanto, al Consorcio le entregaron una carretera nueva sí, pero que no estaba en óptimas condiciones de construcción, pues al poco tiempo de ejecutada presentó fallas estructurales.

032



La Entidad señala que el Consorcio Mazocruz, al recibir el tramo el 15 de marzo de 2012 no realizó ninguna observación y por tanto, no puede invocar la existencia de fallas para evadir su responsabilidad en haber mantenido la vía.

Sin embargo, este Tribunal considera que, cuando se recibió el tramo el 15 de marzo de 2012, no podían apreciarse las fallas estructurales, que tampoco fueron observadas por la Entidad cuando los recibió. Las fallas estructurales aparecieron con posterioridad, en forma imprevisible, porque, no es previsible que una obra recién ejecutada presente fallas estructurales.

- vii. La pregunta que surge ante la situación descrita es: ¿Un Contratista conservador está obligado a reparar o solucionar todas las fallas estructurales existentes en el tramo de 102 kilómetros?

Evidentemente, la respuesta, es no.

Ninguna cláusula contractual, establece esa obligación y tampoco estaba presupuestado en el contrato ni en las Bases, un tratamiento de reparación de fallas del tramo La Raya – Pucará, porque, se trataba de una carretera nueva, recién ejecutada y entregada, por eso es que, para los primeros años, los términos de referencia elaborados por la Entidad, sólo presupuestaron montos menores para actividades de mínima intervención en los 102 kilómetros que comprendía el tramo La Raya - Pucará.

Entonces, era una obligación esencial de la Entidad, entregar una vía nueva y en óptimas condiciones al Consorcio conservador, para que éste la conserve en las mismas óptimas condiciones y si la vía tenía fallas estructurales, es una obligación de la Entidad, implementar las acciones respectivas para solucionar el problema de las fallas.

- viii. Este Tribunal, que la Entidad, se encuentra en un error, el considerar que durante los primeros años el Consorcio conservador sí tenía que solucionar las fisuras que fuesen surgiendo como producto de las fallas estructurales.

El Anexo al Memorándum N° 002-2015-MTC/20.1-EECNS0146-2010-NAGU3.60 del OCI, señala que esto es así, porque durante la conservación rutinaria, el Consorcio debía ejecutar en el tramo La Raya – Pucará: (i) 204,000 metros de tratamiento de fisuras con sellante elastomérico de > 3 mm y < 6 mm; (ii) 51,000 metros de tratamiento de fisuras con sellante elastomérico de > 6 mm y (iii) ningún metro cuadrado de sello de arena.

Primero, la afirmación del OCI, es errada, porque, sería como aceptar que las Entidades presupuestan sus servicios de mantenimiento por los primeros años, bajo la creencia de que las obras que reciben tienen fallas estructurales.

Segundo, la afirmación del OCI, es errada, porque, a la fecha en que se elaboraron los términos de referencia, no se conocía de la existencia de fallas estructurales en el tramo La Raya - Pucará.

Tercero, la afirmación del OCI es errada, porque en la página 57 de los términos de referencia³, se para la "CONSERVACION RUTINARIA EN VIA ASFALTADA TRAMO III: LA RAYA – PUCARA, PE-3S PROGRESIVA: 1148+000 – 1250+000", lo siguiente:

³Anexo 13 del escrito presentado el 16 de mayo de 2016 por la Entidad

033

- (i) 250 m² de sello con arena;
- (ii) 400 ml de tratamiento de fisuras con sellante elastomérico de > 3 mm y < 6 mm.
- (iii) 100 ml de tratamiento de fisuras con sellante elastomérico de > 6 mm.

Esto significa que los términos de referencia, establecen algo diferente a lo sostenido por el OCI.

También significa que debía realizarse sólo 250 m² de sello de arena; sólo 400 metros lineales de tratamiento de fisuras con sellante elastomérico de > 3 mm y < 6 mm y sólo 100 metros lineales de tratamiento de fisuras con sellante elastomérico de > 6 mm.; todo eso, a lo largo de 102 kilómetros del tramo La Raya – Pucará, al año, por tratarse de una vía nueva.

La conservación rutinaria anual de pocas proporciones en el tramo sub litis, se debía precisamente a que el Consorcio debía conservar una carretera recién pavimentada por otro Contratista y recién entregada a la Entidad, como es el tramo La Raya – Pucará, no siendo necesaria la conservación periódica, durante los primeros años.

Por tanto, no resulta correcto afirmar que los términos de referencia sí habían contemplado los trabajos de todas las fisuras que surgiesen producto de las fallas estructurales.

- ix. La Entidad sostiene que el Consorcio, no previó la solución técnica para solucionar y atender adecuadamente el problema de las fisuras.

Sin embargo, esto no es así, primero, porque la propia Entidad sabía que de la existencia de las fallas.

Segundo, porque la solución técnica para las fisuras, requería de la solución previa del problema de las fallas estructurales.

Tercero, la solución de las fallas estructurales, dependía de la evaluación previa de las causas de las fallas estructurales, todo lo cual, correspondía realizar a la Entidad.

Cuarto, una vez conocidas las causas de las fallas estructurales, debía de realizarse la solución de las mismas, sea exigiendo la responsabilidad al ejecutor de la obra, si las causas así lo hubieran determinado, o solucionándolo la propia Entidad, si las causas no son atribuibles al ejecutor de la obra; y en este último caso, deberá de elaborarse el expediente técnico de obra que corresponda, todo lo cual, corresponde realizar a la Entidad.

Quinto: ¿Qué hizo el Consorcio?

A pesar que la situación de la falla era conocida y entendida por la misma Entidad, el Consorcio a través de sendas comunicaciones, informó que las fallas prematuras del tramo La Raya – Pucará recientemente asfaltado, debían ser solucionadas por el ejecutor de la obra Constructores y Mineros Contratistas Generales SAC y por la Entidad, de modo que, la Entidad y el Consorcio, sabían cuál debía ser la solución.

Inclusive, la página 6 del Anexo al Memorándum N° 002-2015-MTC/20.1-EECNS0146-2010-NAGU3.60 del OCI, hace referencia al memorándum N° 3087-



2012-MTC/20.7 del 03 de diciembre de 2012, que recomienda que ante la presencia de fisuras, debe evaluarse la carretera mediante un perito.

El Informe N° 038-2013-MTC/20.6.1/ERD de 23 de octubre de 2013, señala que se recorrió el tramo sub litis para contratar al perito que defina las responsabilidades de los ejecutores de obra y las causas de las fallas prematuras observadas, entre otras consideraciones.

Asimismo, la Resolución Directoral N° 1356-2014-MTC/20 del 16 de diciembre de 2014, refiere que el 08 de setiembre de 2014 la Entidad contrató a una empresa, para que determinen las causas de las fallas ocurridas en la obra, sin embargo, ese contrato fue resuelto.

Por tanto, es evidente, que la solución de todas las fisuras que surgían como producto de las fallas estructurales existentes en el tramo La Raya – Pucará, no dependía del Consorcio conservador, ni de la conservación rutinaria ni de la conservación periódica.

- x. Teniendo en consideración el marco antes expuesto: ¿Qué es lo que ocurrió para que se produzcan las controversias en este caso?

Primero, que habiendo transcurrido cerca de un año de la ocurrencia de las fallas, al no haberse determinado las causas de las mismas, ni haberse solucionado las fallas estructurales y ante la proximidad de las lluvias del periodo de enero a marzo de 2014, la Entidad, mediante el Oficio N° 171-2013-MTC/20.7 del 24 de Octubre del 2013, autorizó al Consorcio, que adelante el inicio de la conservación periódica en el tramo La Raya – Pucará, con la finalidad de evitar que continúe el deterioro prematuro del pavimento y salvaguardar los intereses de la Entidad.

Lo así subrayado, es de vital importancia, porque evidencia, que ante un contexto de posible pérdida de la inversión de la Entidad en la carretera recién pavimentada del tramo La Raya – Pucará, la Entidad optó por adelantar la conservación periódica que debía darse al quinto año del contrato.

La conservación periódica se produjo, pero, posteriormente a ese servicio, las fisuras existentes continuaron prolongándose y aparecieron nuevas fisuras, propiciando que el OCI de la Entidad, afirme que la inversión en dichos trabajos tenga que ser devuelta por el Consorcio.

- xi. Por tanto, la discusión radica en que el OCI de la Entidad afirma que a pesar que se adelantó y ejecutó la conservación periódica por parte del Consorcio y por lo cual se pagó S/ 9'981,188.86 incluido el IGV, tal acción, no fue una solución técnica que logre la serviciabilidad de la vía en óptimas condiciones, no se cumplió con preservar la transitabilidad de la vía y no recuperó las condiciones iniciales de serviciabilidad de la carretera, por lo que no se logró los niveles de servicio contratados.
- xii. Ante tal afirmación, este Tribunal Arbitral, expresa que durante todo el proceso arbitral, no se demostró que la vía hubiera dejado de ser transitable durante el periodo de conservación.

Asimismo, como ha sido probado y, como ha sido afirmado por este Tribunal, la carretera que se le entregó al Consorcio tenía fallas estructurales de origen que se

035

evidenciaron con posterioridad a la recepción de la misma, en forma prematura y por tanto imprevisible, debido a la ejecución de la obra; las fisuras se prolongan y aparecen otras nuevas, como consecuencia de las fallas estructurales. Por tanto, mientras persistan las fallas estructurales, el Consorcio conservador no puede entregar una carretera sin fisuras: No puede impedir la aparición de nuevas fisuras ni impedir la prolongación de las fisuras existentes, en todo el tramo La Raya – Pucará de 102 kilómetros.

Adicionalmente, como ya adelantó este Tribunal, la Entidad en su contestación de la demanda reconoce que respecto del tramo La Raya – Pucará, lo que debía conservarse sería una carpeta asfáltica nueva, en óptimas condiciones y preservando sus características e integridad superficial.

Sin embargo, al Consorcio le entregaron una carretera nueva pero que no estaba en óptimas condiciones de construcción, pues al poco tiempo de ejecutada presentó fallas estructurales.

Precisamente, el Consorcio fue contratado para dar una conservación rutinaria durante los primeros años, en el tramo recién ejecutado La Raya – Pucará, debiendo realizar, por año, entre otras actividades, sólo: (i) 250 m² de sello con arena; (ii) 400 ml de tratamiento de fisuras con sellante elastomérico de > 3 mm y < 6 mm y; (iii) 100 ml de tratamiento de fisuras con sellante elastomérico de > 6 mm, en todo el tramo de 102 Km y, se consideraron pocas proporciones de actividad, porque se creí que se daría mantenimiento a una carretera nueva, empero, la realidad fue otra, porque se entregó una carretera nueva pero que en poco tiempo presentó fallas.

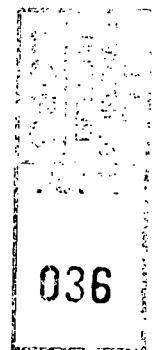
- xiii. La existencia de las fallas estructurales que hacen que se presenten fisuras en la carretera, hicieron que las actividades programadas en los términos de referencia, queden desfasadas, y esas fallas, así como la solución de tales fallas, no le son atribuibles al Consorcio conservador.
- xiv. Con esto, este Tribunal, no está imputando responsabilidad al ejecutor de la obra ni eximiéndola de responsabilidad, si no, que se está refiriendo a un hecho objetivo consistente en que el tramo La Raya – Pucará, tenía fallas estructurales, no atribuibles al Consorcio conservador.

Por tanto, si el Consorcio no fue quien ejecutó la obra y sólo recibió la misma con fallas estructurales que surgieron en forma imprevisible, no estaba obligado a eliminar todas las fisuras que se generan debido a las fallas estructurales presentadas en todo el tramo La Raya – Pucará.

Para solucionar los problemas de las fisuras, lo lógico es que se solucionen las fallas, además, debe de tenerse en consideración que, el Consorcio, requirió a la Entidad que adopte las acciones correspondientes para solucionar esas fallas, incluso recomendando que haga efectiva la responsabilidad del ejecutor de la obra, si ello correspondía.

Esto porque ni mediante la conservación periódica y menos mediante la conservación rutinaria, pueden eliminarse todas las fisuras si previamente no se han solucionado las fallas estructurales que están en un tramo de gran envergadura de 102 kilómetros, como es el tramo La Raya - Pucará.

- xv. El Informe N° 074-2015-MTC/20.7.JND, señala que el Consorcio "no solucionó el problema de la superficie de rodadura que provenía de la ejecución de la obra",



Esta afirmación de la Entidad, reconoce que el problema de la superficie de rodadura, proviene de las fallas de la ejecución de la obra, ejecución que no es atribuible al Consorcio Mazocruz y la solución de los problemas de ejecución de la obra, referido a las fallas estructurales de toda la carretera de 102 kilómetros provenientes de la ejecución de la obra, depende de la Entidad quien luego de evaluar las causas de tales fallas, establecerá las acciones que correspondan.

El Consorcio conservador, sólo es contratado para "conservar" y no para devolver una carretera sin fallas y como ya ha sido sostenido por este Tribunal, las fisuras se deben a la existencia de fallas, y no encontramos alguna disposición en el contrato o en los Términos de Referencia que señalen que el Contratista conservador, debe solucionar las fallas estructurales imprevisibles que impediría la aparición y prolongación de fisuras ocurridas en todo un tramo de 100 kilómetros a más; porque el Consorcio conservador, no está obligado a devolver ese tramo sin esas fallas estructurales.

- xvi. Asimismo, el Informe N° 074-2015-MTC/20.7.JND señala que "con la ejecución de los trabajos de conservación antes mencionados, no se ha evitado la aparición o el agravamiento del deterioro, consiguientemente, no se ha cumplido con preservar las características superficiales y tampoco se ha conservado la integridad superficial de la vía".

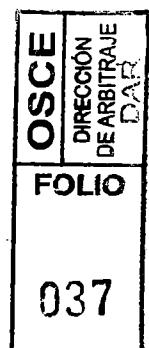
Como se ha dicho, las fisuras y el deterioro de la vía, obedece a un hecho primigenio, cual es, las fallas estructurales. Sin fallas estructurales, se soluciona el problema del deterioro.

Entonces la solución del deterioro, radica en solucionar las fallas y la Entidad, no ha podido demostrar que el Consorcio conservador, debía de levantar todas las fallas estructurales; la Entidad tampoco ha podido demostrar en el proceso arbitral, que sólo con mantenimientos rutinarios o periódicos se pueden solucionar todas las fallas producidas a lo largo de los 102 kilómetros del tramo La Raya – Pucará, lo cual es el requisito "sine qua non" para que no se produzca o agrave el deterioro. Es más, reconoce que deberán determinarse las causas de las fallas para determinar las responsabilidades en la ejecución de la obra. La ejecución de la misma, no fue responsabilidad del Consorcio Mazocruz y por tanto ésta no debe solucionar las fallas estructurales.

Además, si la propia Entidad no puede determinar cuáles son las causas de las fallas estructurales de todo el tramo, si no conoce cuáles son las causas de esas fallas: ¿Cómo sabrá cuál es la solución técnica definitiva para solucionar las fallas y así evitar la aparición o el agravamiento del deterioro de la carretera?

Es por ello que si la solución de las fallas estructurales de toda la carretera de 102 kilómetros provenientes de la ejecución de la obra, depende de la Entidad y/o de Constructores y Mineros Contratistas Generales SAC según corresponda, no podrán solucionarse esas fallas sólo con actividades de mantenimiento sea rutinario o periódico, si además no se conocen las causas de esas fallas.

Asimismo, si la misma Entidad, reconoce en su contestación de la demanda que respecto del tramo La Raya – Pucará, lo que se conservaría sería una carpeta asfáltica nueva, en óptimas condiciones y preservando sus características e integridad superficial, eso significa que, el Consorcio conservador, lo debe entregar en las mismas o similares condiciones de cómo recibió la carretera.



Pero si en los hechos le entregaron al Consorcio, una carretera con fallas estructurales imprevisibles como ocurre en el caso sub litis, el Consorcio no puede devolver una carpeta asfáltica nueva, en óptimas condiciones, preservando las características e integridad superficial, si las características e integridad superficial con que recibió la carretera se deterioraron precisamente debido a las fallas estructurales que tienen que solucionarse previamente.

El Consorcio conservador, no pueden preservar las características superficiales y la integridad superficial de la vía que en forma imprevisible se deterioró debido a que presentó fallas estructurales prematuramente, cuya solución depende de la Entidad y/o del Constructores y Mineros Contratistas Generales SAC según corresponda.

- xvii. El Informe N° 074-2015-MTC/20.7.JND también señala que el Consorcio debió recuperar las condiciones iniciales de serviciabilidad de la carretera.

Sin embargo, como se ha visto, si las condiciones iniciales con las se ejecutó la carretera del tramo La Raya – Pucará, fue defectuosa, apareciendo grietas, fisuras y piel de cocodrilo prematuramente; por tanto, no podía devolverse una carretera sin defectos si ésta desde el origen presentaba fallas estructurales.

Las fallas estructurales, provocaron que la vía se deteriore, apareciendo grietas, fisuras y piel de cocodrilo prematuramente. Por tanto, para que se recuperen las condiciones iniciales, se requería solucionar las fallas estructurales, en forma previa, lo cual no era responsabilidad del Consorcio conservador.

- xviii. El Informe N° 074-2015-MTC/20.7.JND señala que no se planteó la mejor alternativa de reparación o mantenimiento de dicho deterioro.

Entre las posibles causas de las fallas, señaladas por la propia Entidad, se tienen las siguientes: El probable deficiente diseño del concreto asfáltico, el probable poco contenido de asfalto de la mezcla, la probable fuerte gradiente térmica de la zona (Informe N° 038-2012-MTC/20.10.16-SHBC de 19 de noviembre de 2012 emitida por el Supervisor que adjunta el Informe Técnico N° 1), o que la mezcla asfáltica aparenta ser demasiado rígida para una zona de cambios de temperaturas extremas durante el día (Oficio N° 695-2012-MTC/20.10.16).

Así, con una conservación rutinaria o periódica no puede revertirse el probable deficiente diseño del concreto asfáltico, el probable poco contenido de asfalto de la mezcla, la probable fuerte gradiente térmica de la zona. Con una conservación rutinaria o periódica, no puede detenerse las consecuencias de las fallas de la mezcla asfáltica que aparenta ser demasiado rígida para una zona de cambios de temperaturas extremas durante el día.

El Consorcio conservador, planteó la solución correcta, cuando informó que la solución de las fallas correspondía realizarla la Entidad, llegando a solicitar pruebas diamantinas de la carpeta asfáltica cuyos resultados de ensayo informados mediante el Oficio N° 129-2013-MTC/14.01 evidenciaban un porcentaje menor al 7% del contenido de asfalto para la carpeta asfáltica en esa zona como así consta en la Carta N° 085-2013-CM/GV de fecha 24 de Junio del 2013, además de otras comunicaciones; solución que también era conocida por la misma Entidad, la cual en sendas comunicaciones,



recomendaba conocer las causas de las fallas y reclamar la responsabilidad por la ejecución de la obra que correspondiere.

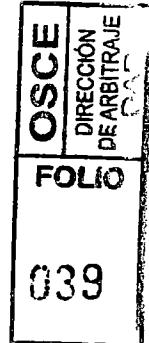
Además, tal como fue demostrado en este proceso arbitral, la solución de adelantar el mantenimiento periódico, fue exigida por la Entidad, ante la propia circunstancia de que ésta: No había encontrado las causas de las fallas estructurales, no había encontrado la solución a las fallas estructurales de la carretera desde el año 2012 y ante la proximidad de la temporada de lluvias, que pondría en riesgo la inversión pública de la carretera del tramo La Raya – Pucará, debido a la temporada de lluvias de enero a marzo de 2014⁴, aún a sabiendas que con dicha conservación no se solucionaría en forma definitiva el deterioro de la vía como producto de las fallas estructurales, no sólo porque es una Entidad especializada en carreteras, sino también porque el Consorcio en su Carta N° 042-2013-CM/GG del 10 de setiembre de 2013, señaló que el adelanto del mantenimiento periódico es para "paliar el grado de deterioro prematuro que dicho sector viene presentando, y así evitar que se vea afectada la estructura del pavimento con la próxima temporada de lluvias" y como se aprecia, tal finalidad, se cumplió.

Mediante Oficio N° 171-2013-MTC/20.7 del 24 de Octubre del 2013, el Gerente de la Unidad Gerencial de Conservación del PROVÍAS NACIONAL comunica que el 29 de setiembre de 2013, efectuaron la verificación física del estado actual de la carretera ejecutada por otro Contratista y autoriza al Consorcio adelantar el inicio de la conservación periódica en el tramo Pucará - La Raya, con la finalidad de evitar que continúe el deterioro prematuro del pavimento y salvaguardar los intereses de la Entidad.

De modo que ante la orden impartida por la Entidad, el Consorcio cumplió con adelantar el mantenimiento periódico del tramo La Raya – Pucará, ejecutó esos trabajos, por los cuales le pagaron S/ 9'981,188.86, por tanto, la Entidad en este proceso arbitral no ha podido demostrar cuál hubiera sido la mejor alternativa de reparación o mantenimiento de dicho deterioro si dada la circunstancia de que la Entidad no había encontrado aún las causas y la solución a las fallas estructurales de la carretera desde el año 2012 y ante la proximidad de la temporada de lluvias, estaba en riesgo la inversión pública de la carretera del tramo La Raya – Pucará, en el año 2013, ocasionando que sea la misma Entidad, quien ordene la solución de adelantar la conservación periódica, mediante el Oficio N° 171-2013-MTC/20.7.

⁴ Por ejemplo, en el Oficio N° 695-2012-MTC/20.10.16 del 13 de agosto de 2013, el Jefe de la Supervisión Zonal de Proviñas Nacional Puno, menciona que el tramo Pucará - La Raya tiene fallas constructivas, por el mal diseño de la mezcla asfáltica que aparenta ser demasiado rígida para una zona de cambios de temperatura extremas durante el día y que es necesario tratar las fisuras prematuras interviniendo el tramo La Raya - Pucará, para disminuir el proceso de deterioro de la calzada y así evitar el deterioro total de la calzada, para lo cual propuso:

- Que previamente al mantenimiento periódico, se proceda al tratamiento de las fisuras, sin embargo, ello resultará más oneroso para el Consorcio encargado de la conservación.
- Que se adelante el mantenimiento periódico previsto para el quinto año de servicio contratado, siempre que las autoridades competentes de la Sede Central de Lima, así lo determinen



Por tanto, si es la misma Entidad quien ordenó la solución y lograron la finalidad perseguida por la Entidad que no sería una solución definitiva, no puede imputarse responsabilidad al Consorcio conservador.

- xxx. La Entidad sostiene que después de tres (3) meses de realizada la conservación periódica, la carretera se deterioró, como lo señala el Informe N° 039-2014-MTC/20.10.16-S-DVR del 28 de abril de 2014 respaldado por el Ing. Domingo Vicente Romero, Supervisor de Contrato, en el que se comunicó al jefe Zonal Provías Nacional-Puno respecto a los trabajos de mantenimiento, lo siguiente:

Carta N° 0121-2013-CM/GV: "Estos trabajos evitaron que se dañe la calzada del tramo debido al periodo de lluvias de enero a marzo del 2014, sin embargo a la fecha se está observando la presencia de nuevas fisuras y la prolongación de la ya existentes, debido al contenido pobre de asfalto, los cambios bruscos de temperatura y el tráfico pesado".

Conforme al texto citado:

- Los trabajos evitaron que se dañe la calzada del tramo debido al periodo de lluvias de enero a marzo del 2014
- Que al 24 de abril de 2014, se está observando la presencia de nuevas fisuras y la prolongación de la ya existentes, debido al contenido pobre de asfalto, los cambios bruscos de temperatura y el tráfico pesado.

Asimismo, según el "Acta de Constatación Física de la Vía" de fecha 27 de mayo de 2014, suscrito por el Ing. Domingo Vicente Romero, Supervisor de PROVIAS Nacional-Puno, y el Juez de Paz del distrito de Santa Rosa, se señala lo siguiente:

“2” RESULTADOS DE LA CONSTATACIÓN FÍSICA DE LA VÍA:

Del recorrido realizado en el tramo se ha verificado lo siguiente:

- Se ha verificado las condiciones de la calzada asfáltica desde el KM. 1148+000 en la localidad de la Raya, Distrito de Santa Rosa, límite Departamental con Cusco-Puno, hasta el Km 1250+000, hasta la localidad del Distrito de Pucará, Provincia de Lampa.
- Se constata la presencia de nuevas fisuras transversales en la calzada de la vía en ambos carriles hasta el filo de las bermas, además la presencia de nuevas fisuras longitudinales en el eje de la vía.
- Se constata que el tratamiento de fisuras realizadas en la Conservación Periódica en los meses de Noviembre y Diciembre del año 2013, se ha reflejado en su totalidad y continúan aumentando y alargándose en longitud y espesor del agrietamiento”.

- xxxi. Sobre tales afirmaciones, se tiene que, el Consorcio en su Carta N° 042-2013-CM/GG del 10 de setiembre de 2013, señaló que el adelanto del mantenimiento periódico es para "paliar el grado de deterioro prematuro que dicho sector viene presentando, y así evitar que se vea afectada la estructura del pavimento con la próxima temporada de lluvias". Esa finalidad, perseguida y conocida por la Entidad, se cumplió.

El Consorcio, no se obligó a superar las fallas estructurales de la vía o a cambiar el contenido pobre de asfalto en todo el tramo La Raya – Pucará, como para que

se eviten las nuevas fisuras o la prolongación de las existentes o para evitar el deterioro.

Si la carretera tiene fallas estructurales, no puede evitarse que las fallas hagan que continúen apareciendo nuevas fisuras y que se sigan prolongando las fisuras existentes luego del mantenimiento periódico, y por tanto no puede evitarse que continúe el deterioro, si dicha conservación se hizo sólo para "paliar el grado de deterioro prematuro que dicho sector viene presentando, y así evitar que se vea afectada la estructura del pavimento con la próxima temporada de lluvias", como fue dejado asentado por el Consorcio.

No puede exigirse que con los trabajos de conservación periódica que adelantó el Consorcio, se evite la prolongación de las fisuras ya existentes y la aparición de nuevas fisuras, porque para esto, como ha sido adelantado por el Tribunal, debían solucionarse en forma previa las fallas estructurales que no estaba a cargo del Consorcio conservador.

No puede trasladarse la responsabilidad de las consecuencias de una inadecuada ejecución de obra, al Consorcio conservador.

OSCE
 DIRECCIÓN
 DE ARBITRAJE
 FOLIO
 041

xxxii. De esta manera, se concluye que, corresponde declarar fundada la pretensión del Primer Punto Controvertido, por lo cual, se declara la nulidad e ineficacia del Oficio N° 1596-2015-MTC/20; asimismo, se declara que no corresponde que el Consorcio Mazocruz devuelva a la Entidad, la suma de S/ 9'981,188.66.

xxxiii. Como consecuencia:

- a) Corresponde declarar fundada la pretensión del Segundo Punto Controvertido, por lo cual se declara la nulidad e ineficacia del Oficio N° 1864-2015- MTC/20, ya que dicho oficio tenía su sustento en el Oficio N° 1596-2015-MTC/20 que ha sido declarado nulo e ineficaz.
- b) Corresponde declarar fundada la pretensión del Tercer Punto Controvertido por lo cual, se declara la nulidad e ineficacia del Oficio N° 2007-2015-MTC/20, ya que dicho oficio tenía su sustento en el Oficio N° 1596-2015-MTC/20 que ha sido declarado nulo e ineficaz.

XII. MATERIAS REFERIDAS A LA PARTICIPACIÓN DEL ESPECIALISTA EN SUELOS Y PAVIMENTOS.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 1915-2015- MTC/20 en todos sus extremos.

Quinto Punto Controvertido: Determinar si corresponde declarar que se devuelva a la Entidad S/.148,680.00 por la presunta no participación del especialista de suelos y pavimentos, a que se refiere la Entidad en el oficio N° 1915-2015- MTC/20.

Sexto Punto Controvertido: Determinar si corresponde declarar que se apliquen penalidades por S/.8'280,127.59, en virtud del oficio N° 1915-2015-MTC/20.

Séptimo Punto Controvertido: En el supuesto que el Tribunal Arbitral considerara aplicable alguna penalidad en relación al oficio N° 1915-2015-

MTC/20, determinar si corresponde aplicar el artículo 1346° del Código Civil, para reducir equitativamente la penalidad a imponer por "manifestamente excesiva" o porque la obligación principal fue cumplida, el cual no debería superar de S/20,000.

Octavo Punto Controvertido: Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 074-2012-MTC/20.10.16

Noveno Punto Controvertido: Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 557-2012- MTC/20.10.16 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 21 (junio 2012), por la suma de S/.68,689.12 incluido el IGV por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.

Décimo Punto Controvertido: Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 037-2013- MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 27 (diciembre 2012), por la suma de S/.91,635.44 más IGV por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.

Décimo Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 066-2013- MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 28 (enero 2013), por la suma de S/.13,064.56 más IGV, por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.

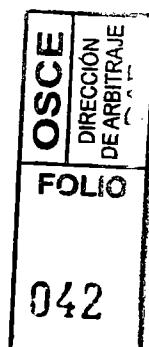
Décimo Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 067-2013-MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 29 (febrero 2013), por la suma de S/.9,000.00 más IGV, por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.

Décimo Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 068-2013-MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 30 (marzo 2013), por la suma de S/.9,000.00 más IGV, por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.

Se analiza en forma conjunta los anteriores puntos controvertidos, porque, están relacionados a la participación o no del especialista en suelos y pavimentos.

1) Posición del Consorcio

- i. En lo que respecta, a las pretensiones que van desde el 4 al 13, el CONSORCIO manifiesta que el Oficio N° 1915-2015-MTC/20, refleja lo que el Órgano de Control Institucional ha señalado.
- ii. Así también se dice que el Órgano de Control Institucional de la Entidad establece que, por la no participación del especialista en suelos y pavimentos entre el periodo de 10 de setiembre de 2010 hasta el 4 de octubre de 2013, corresponde:
 - a) Descontarse al Consorcio la suma de S/.148,680 y
 - b) Debe aplicarse al Consorcio la penalidad de S/.8'260,127.59 según la cláusula décimo segunda del contrato.



iii. El CONSORCIO siguiendo, la línea anterior indica que, uno de los vicios en los que incurrió PROVÍAS NACIONAL, es que no adjuntaron la documentación al CONSORCIO conforme a los cuales logran los montos mencionados en el numeral precedente.

iv. De esta manera el CONSORCIO señala que su especialista de suelos y pavimentos contratado, fue el Ingeniero Adolfo Cabrera Pérez, quien si bien entregó su renuncia con fecha 12 de noviembre de 2011, esta no se efectivizó sino hasta que se logró su reemplazo en forma oficial.

Así mediante Carta N° 060-2011/CM/GV presentada el 02 de diciembre de 2011, el CONSORCIO informó la renuncia de nuestro especialista de suelos Ingeniero Adolfo Cabrera Pérez y se propuso en su lugar al Ingeniero Leonardo Chura Canahua.

v. En simultáneo, el CONSORCIO indica que tanto el Ingeniero Leonardo Chura Canahua como el Ingeniero Adolfo Cabrera Pérez, cumplían las funciones de especialistas de suelos y pavimentos.

vi. Mediante carta N° 033-2011-MTC/20.10.16 del 14 de diciembre de 2011, el demandante señala que PROVÍAS no aprobó la sustitución del especialista en suelos y pavimentos Ingeniero Adolfo Cabrera Pérez.

vii. No obstante, lo mencionado anteriormente, el Ingeniero Leonardo Chura Canahua, seguía laborando (desde enero de 2012) en simultáneo con el Ingeniero Adolfo Cabrera Pérez (quien continuaba ejerciendo tal cargo hasta que no se oficialice quién sería su reemplazo), ambos como especialistas en suelos y pavimentos.

viii. Mediante Carta N° 053-2012/CM/GV de fecha 25 de junio de 2012, el CONSORCIO solicita que PROVÍAS NACIONAL reconsidere la posibilidad de aceptar al ingeniero Leonardo Chura Canahua en calidad de prueba.

ix. Mediante Carta N° 049-2012-MTC/20.10.16 de fecha 10 de julio de 2012 PROVÍAS NACIONAL aceptó al Ingeniero Leonardo Chura Canahua, por los meses de julio, agosto y setiembre de 2012, en calidad de prueba.

x. Mediante Oficio N° 557-2012-MTC/20.10.16 referente a la Valorización 21 (junio 2012), se aplica el descuento de S/.68,689.12 incluido el IGV por la presunta no participación del especialista en suelos en el referido mes (junio 2012) y, con Carta N° 019-2012/CM-L-GG presentado el 23 de agosto de 2012, el CONSORCIO se opone al descuento relacionado a su especialista 2012, el CONSORCIO se opone al descuento relacionado a su especialista de suelos, pues el especialista (Ingeniero Adolfo Cabrera Pérez) sí estuvo prestando sus servicios en junio 2012 y en paralelo también el Ingeniero Leonardo Chura Canahua.

xi. Mediante Carta N° 061-2011-MTC/20.10.16 recibido el 13 de setiembre de 2012, el CONSORCIO indica que PROVÍAS NACIONAL, requiere documentos que demuestren el pago realizado el especialista en suelos Ingeniero Adolfo Cabrera Pérez por el periodo de junio 2012.

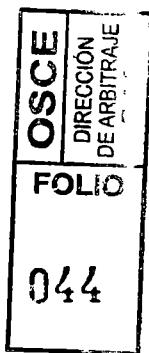
xii. Mediante Carta N° 074-2012-MTC/20.10.16 recibido el 18 de octubre de 2012, el CONSORCIO señala que PROVÍAS NACIONAL dio por finalizado el



reemplazo temporal del especialista de suelos Ingeniero Leonardo Chura Canahua, indicando que éste se desempeñó como tal, los meses de julio, agosto y hasta el 30 de setiembre de 2012; así también PROVÍAS NACIONAL precisa que:

"como no están ejecutando mantenimiento periódico de ningún tramo contractual (...) no es necesaria la presencia del Especialista en Suelos y Pavimentos durante las actividades mensuales del servicio" y, que para las "futuras intervenciones contractuales de mantenimiento periódico (...), considerando que el profesional Especialista en Suelos y Pavimentos ha renunciado, su representada oportunamente propondrá el reemplazo de este profesional, cuando sea necesaria e imprescindible la presencia del Especialista (...) durante la ejecución de los tramos que en el futuro deben entrar en mantenimiento periódico, en cumplimiento de las condiciones contractuales".

- xiii. Mediante Carta N° 075-2012-MTC/20.10.16 recibido el 18 de octubre de 2012, PROVÍAS NACIONAL informa que de acuerdo a su jurisprudencia administrativa, no procede aplicar penalidades por la no participación del personal profesional pero sí corresponde aplicar los descuentos de honorarios correspondientes, ya que los descuentos de honorarios se dan después de iniciado el servicio y la penalidad se aplica si la no presencia del profesional impide iniciar el servicio.
- xiv. El CONSORCIO indica que la decisión parcial de separación del especialista de suelos Ingeniero Leonardo Chura Canahua, dispuesto por PROVÍAS NACIONAL con la Carta N° 074-2012-MTC/20.10.16, fue arbitrario, ilegal y al margen de lo dispuesto en el contrato, por cuanto, en forma anticipada a la toma de decisión de no continuación de un profesional, se debió emitir una evaluación, acerca del desempeño del profesional (como lo reconoce el Memorándum 2863-2012-MTC/20.7 de 06 de noviembre de 2012) y sólo en el caso que el resultado de esa evaluación arrojaba que las funciones desarrolladas por el profesional era deficiente, éste no continuaba en el servicio.
- xv. Mediante Carta N° 090-2012-CM/GV presentado el 13 de noviembre de 2012 el CONSORCIO se opone a las observaciones relacionadas al especialista de suelos.
- xvi. Mediante Carta N° 090-2012/CM-L-GA presentado el 27 de diciembre de 2012, el CONSORCIO prueba a la demandada, que el Ingeniero Adolfo Cabrera estuvo trabajando para el Consorcio los meses de diciembre de 2011 y de enero a junio del 2012.
- xvii. Mediante Carta N° 028-2012/CM-L-GA presentado el 5 de marzo de 2013, el CONSORCIO, insiste en que el Ingeniero Leonardo Chura Canahua, incluso cuando dispusieron su retiro infundadamente, este seguía como encargado del área de suelos y pavimentos y que el CONSORCIO no acataría lo señalado por la Supervisión que pretendía imponer profesionales específicos para ese puesto.
- xviii. El CONSORCIO señala que PROVÍAS NACIONAL, mediante el Oficio N° 037-2013-MTC/20.7, relacionada a la Valorización N° 27, le informa que se le aplican penalidades vinculadas a la no participación del especialista en suelos y



pavimentos desde diciembre de 2012 hasta setiembre de 2012, por el monto ascendente con S/.91,635.44 sin IGV, con el detalle siguiente:

1	Diciembre 2012	1 mes	9,000.00
2	Enero 2012	1 mes	9,000.00
3	Febrero 2012	1 mes	9,000.00
4	Marzo 2012	1 mes	9,000.00
5	Abril 2012	1 mes	9,000.00
6	Mayo 2012	1 mes	9,000.00
7	Junio 2012	19 días	5,700.00
8	Julio 2012	1 mes	9,000.00
9	Agosto 2012	1 mes	9,000.00
10	Septiembre 2012	1 mes	9,000.00
11	Diciembre 2012	17 días	4,935.44
Total Descuentos sin IGV - especialista de			91,635.44
Descuento por evaluación de nivel de servicio			765.90
TOTAL DESCUENTOS SIN IGV			92,401.34

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE
FOLIO	
045	

Notas: En octubre y noviembre, no se descontó porque no era necesario

- xix. El CONSORCIO mediante Carta N° 024-2013-CM/GG, ingresada el 15 de abril de 2013, manifiesta a PROVÍAS NACIONAL que estos últimos estaban incumpliendo sus obligaciones, entre ellos, desconocer el pago del especialista en suelos Ingeniero Leonardo Chura Canahua.
- xx. Mediante Oficio N° 066-2013-MTC/20.7 relacionada a la Valorización N° 28, PROVÍAS NACIONAL señala al CONSORCIO que los multarán descontándoles la suma de S/.13,064.56 sin IGV por la no participación del especialista en suelos y pavimentos, con el detalle siguiente:

Diciembre 2012	14 días	4,064.56
Enero 2013	1 mes	9,000.00
Total Descuentos sin IGV - especialista de		13,064.5

- xxi. Mediante Oficio N° 067-2013-MTC/20.7 relacionada a la Valorización N° 29, PROVÍAS NACIONAL señala al CONSORCIO que los multarán descontándoles la suma de S/.9,000.00 sin IGV por la no participación del especialista en suelos y pavimentos, en el mes de febrero de 2013.

xxii. Mediante Oficio N° 068-2013-MTC/20.7 relacionada a la Valorización N° 30, PROVÍAS NACIONAL señala al CONSORCIO que los multarán descontándoles la suma de S/.9,000.00 sin IGV por la no participación del especialista en suelos y pavimentos, en el mes de marzo de 2013.

xxiii. Mediante carta del CONSORCIO N° 026-2013-CM/GG ingresada el 14 de mayo de 2013, estos propusieron como especialista de suelos al Ingeniero Héctor Fernando Tune Condori, sin perjuicio de que simultáneamente continuara laborando el Ingeniero Leonardo Chura Canahua como especialista de suelos y pavimentos.

xxiv. Mediante Carta N° 027-2013-MTC/20.10.16-S-SHBC, PROVÍAS NACIONAL manifiesta al CONSORCIO que no se puede aceptar al Ingeniero Héctor Fernando Tune Condori como especialista de suelos y pavimentos.

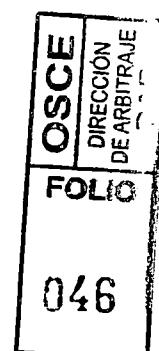
xxv. Mediante Carta N° 069-2013-CM/GV ingresada el 23 de mayo de 2013, el CONSORCIO manifiesta a PROVÍAS NACIONAL que sí deberían aceptar al Ingeniero Héctor Fernando Tune Condori como especialista de suelos y pavimentos.

xxvi. El CONSORCIO indica que tras unos meses de discrepancias con la supervisión y periodo en el que prácticamente se tenía como profesionales de suelos y pavimentos al Ingeniero Héctor Fernando Tune Condori y a Leonardo Chura Canahua, además de que quien monitoreaba los trabajos era el Ingeniero Adolfo Cabrera Pérez, con la Carta N° 040-2013- CM/GG el demandante reiteró su disconformidad con la no aceptación del Ingeniero Héctor Fernando Tune Condori como especialista de suelos y pavimentos.

xxvii. El CONSORCIO señala que mediante Oficio N° 1538-2013-MTC/20 PROVÍAS NACIONAL aprueba como especialista en suelos y pavimentos al Ingeniero Héctor Fernando Tune Condori.

xxviii. A raíz de lo expuesto, el CONSORCIO considera que:

 - *La penalidad se aplica si es que la ausencia del profesional impedía el inicio de los servicios contratados, cosa que nunca ocurrió. No hubo impedimento del inicio de los servicios que prestó nuestro Consorcio y por tanto no cabe penalidad.*
 - *Nunca faltó un especialista en suelos y pavimentos;*
 - *Los servicios fueron concluidos oportunamente;*
 - *Nunca hubo un informe desfavorable contra el Ingeniero Leonardo Chura Canahua cuando éste prestó sus servicios y a pesar de todo ello, la Entidad desconoció el pago que le correspondía.*
 - *La Entidad aplicó descuentos que no correspondían en relación al especialista en suelos y pavimentos.*



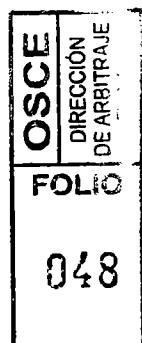
2) Posición de la Entidad

- i. Así también, PROVÍAS NACIONAL señala que con fecha 12.11.2011, mediante Carta S/N (Folio 000009 del escrito de ampliación de la demanda), el Ing. Adolfo Cabrera Pérez, especialista en suelos y pavimentos, presentó al Consorcio su renuncia al referido cargo, el cuál efectivizó el 01 de diciembre de 2011.
- ii. Mediante fecha 02.12.2011, con Carta N° 060-2011/CM/GV (Folio 000010 del escrito de ampliación de demanda), PROVÍAS NACIONAL indica que el CONSORCIO informó sobre la renuncia del especialista en suelos y pavimentos. Del mismo modo, presentó la curricula del Ing Leonardo Chura Canahua, a quien propusieron en su remplazo, al cumplir con lo exigido en las bases del proceso por lo que agradecerán autorizar la participación del mismo en el cargo.
- iii. Con Carta N°033-2011-MTC/20.10.16, de fecha 14.12.2011 (Folio 00011 del escrito de ampliación de la demandada), la demandada informa que habiendo efectuado la revisión de la curricula no procede la sustitución del Ing. Adolfo Cabrera Pérez, especialista en suelos y pavimentos por el Ing. Leonardo Chura Canahua.
- iv. No obstante, después de más de seis (06) meses de la denegatoria del cambio de profesional, mediante Carta N° 053-2012/CM/GV (Folio 000015 del escrito de ampliación de la demanda) de fecha 06.06.2012, el CONSORCIO solicitó se reconsidera y, en ese sentido, se acepte el reemplazo del especialista en suelos y pavimentos, ya que se señala que dicho profesional si cumplía con los requerimientos exigidos en las bases integradas, el cual viene desempeñándose en el cargo de manera eficiente desde el mes de enero de 2012, caso contrario, se le acepte en calidad de prueba.
- v. Al respecto, mediante Carta N° 049-2012-MTC/20.10.16 (Folio 000016 del escrito de ampliación de la demanda), de fecha 10.07.2012, PROVÍAS NACIONAL reafirmó la no procedencia del cambio de profesional propuesto para el Ing. Adolfo Cabrera Pérez. No obstante, de seguir evidenciándose y comprobándose que no existían profesionales que cumplieran con las exigencias establecidas, podría aceptarse profesionales que cumplan los requisitos técnicos mínimos y su aceptación definitiva condicionada a un periodo de tres (03) meses de evaluación, control y seguimiento; motivo por el cual, se declara procedente el reemplazo solicitado por un periodo de tres meses comprendiendo entre los meses de julio, agosto y septiembre del 2012.
- vi. Mediante Oficio N° 557-2012-MTC/20 de fecha 13.07.2012 (Folio 000018 del escrito de ampliación de demanda) PROVÍAS NACIONAL indica que se informó el descuento a la Valorización N° 21, correspondiente al mes de junio de 2012, del monto ascendente de S/. 68.689.12 inc. IGV, por el concepto de penalidades debido a la no participación del especialista de suelos y pavimentos, por un total de once (11) días calendarios.
- vii. Mediante Carta N° 019-2012/CM-L-GG de fecha 23.08.2012 (Folio 000031 del escrito de ampliación de la demandada) PROVÍAS NACIONAL señala que el CONSORCIO exteriorizó su inconformidad con el descuento a la Valorización N°21, al considerarla arbitraria, en tanto esta última considera que el hecho de que el referido profesional no haya estado en presencia del Supervisor no quiere



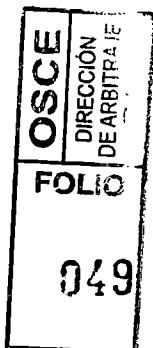
decir que se encuentre ausente, cumpliéndose para tales efectos demostrar irrefutablemente la no presencia del especialista de suelos y pavimentos.

- viii. Mediante Carta N°061-20111-MTC/20.10.16 de fecha 13.09.2012 (Folio 000034 del escrito de ampliación de la demanda), la demandada, en respuesta a la Carta N°019-2012/CM-L-GG, expresó que el descuento efectuado no constituye un acto arbitrario, ya que se demostró la ausencia de especialista de suelos y pavimentos, por cuanto pese a haber sido formalmente citado, al correo electrónico proporcionado por el Gerente Vial, para tales comunicaciones este profesional no se apersonó, manifestando que tales coordinaciones son necesarias para verificar los programas semanales y ocasionalmente, solicitar los ajustes necesarios. De acuerdo a la demandada, en lo que respecta a la relación a la constatación de la ausencia, esta ha sido verificada por el Supervisor, quién ha comprobado que desde el inicio de las prestaciones el mencionado profesional de suelos y pavimentos estuvo ausente, corresponde así se efectué el descuento.
- ix. Mediante Carta N° 074-2012-MTC/20.10.16 de fecha 18.10.2012 (Folio 000040 del escrito de ampliación de la demanda) PROVÍAS NACIONAL indica que comunicó al CONSORCIO, que el día de 30 de setiembre de 2012 culminó la autorización temporal de la sustitución del especialista en suelos y pavimentos; precisando que para la sustitución de profesionales, se debe presentar como propuesta un profesional del mismo o superior nivel.
- x. Mediante Carta N° 075-2012-MTC/20.10.16 de fecha 18.10.2012 (Folio 000041 del escrito de ampliación de la demanda) PROVÍAS NACIONAL señala que puso en conocimiento los descuentos a realizarse en la valorización por la ausencia en la participación del especialista en suelos y pavimentos.
- xi. PROVÍAS NACIONAL indica mediante Carta N° 085-2012-CM/GV de fecha 25.10.2012 (Folio 000045 del escrito de ampliación de la demanda), que el CONSORCIO objeta que se le efectúen descuentos por la no presencia del especialista en suelos y pavimentos, al considerar arbitrario la observancia del mencionado profesional, en tanto la negativa a aceptar la sustitución propuesta a su criterio afectaría su derecho a la libertad contractual.
- xii. PROVÍAS NACIONAL expone que mediante Carta N° 090-2012-CM/GV de fecha 13.11.2012 (Folio 000048 del escrito de ampliación de la demanda), el CONSORCIO expresa su disconformidad por la no aceptación de la sustitución del especialista de suelos y pavimentos, por cuanto manifiesta no se habría cumplido con efectuar el control y seguimiento para que el cambio temporal sea permanente.
- xiii. PROVÍAS NACIONAL indica que mediante Carta N° 090-2012-CM-L-GA de fecha 27.12.2012 (Folio 000054 del escrito de ampliación de la demanda), el CONSORCIO alega haber efectuado pagos al Ing. Adolfo Cabrera Pérez, con los que supuestamente evidenciaría la existencia de un vínculo laboral, lo cual haría improcedente cambiar las liquidaciones mensuales desde el mes de enero de 2012.
- xiv. PROVÍAS NACIONAL indica que, mediante Carta N° 028-2013-CM/GV de fecha 05.03.2013 (Folio 000055 del escrito de ampliación de la demanda), el CONSORCIO se manifestó respecto al no reconocimiento de las funciones del especialista en suelos y pavimentos a partir del 30 de setiembre del 2011, lo cuál devendría en la aplicación del descuento correspondiente, que esta decisión sería

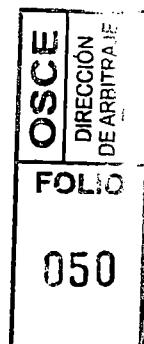


arbitraria por constituir una imposición la no contratación de un profesional designado; lo cual a criterio de la demandante sería una coacción.

- xv. Mediante Carta N° 037-2013-MTC/20.7 de fecha 20.03.2012 (Folio 000056 del escrito de ampliación de la demanda), PROVÍAS NACIONAL señala que expidió la valorización N°27 correspondiente al mes de diciembre de 2012, por medio de la cual se dio una serie de descuentos, entre los que se encuentra la regularización de cobros indebidos por la no participación del profesional en suelos y pavimento (diciembre de 2011 a setiembre de 2012) y el correspondiente al mes de diciembre de 2012.
- xvi. Mediante Oficio N° 066-2013-MTC/20.7 de fecha 09.05.2013 (Folio 000084 del escrito de ampliación de la demanda), PROVÍAS NACIONAL informa que remitió la valorización N° 28, correspondiente al mes de enero de 2013, por medio de la cual se efectuó una serie de descuentos, entre las cuales se encontraba el descuento por la no participación del especialista en suelos y pavimento (diciembre de 2013) y el correspondiente al mes de enero de 2013.
- xvii. Mediante Oficio N° 067-2013-MTC/20.7 de fecha 10.05.2013 (Folio 000084 del escrito de ampliación de la demanda), PROVÍAS NACIONAL expone que remitió la valorización N° 29, correspondiente al mes de febrero de 2013, por medio de la cual se efectuó una serie de descuentos, entre las cuales se encontraba el descuento por la no participación del especialista en suelos y pavimento (diciembre de 2013) y el correspondiente al mes de febrero de 2013.
- xviii. Mediante Oficio N° 068-2013-MTC/20.7 de fecha 10.05.2013 (Folio 000093 del escrito de ampliación de la demanda), PROVÍAS NACIONAL indica que remitió la valorización N° 30, correspondiente al mes de marzo de 2013, por medio de la cual se efectuó una serie de descuentos, entre las cuales se encontraba el descuento por la no participación del especialista en suelos y pavimento (diciembre de 2013) y el correspondiente al mes de marzo de 2013.
- xix. PROVÍAS NACIONAL manifiesta que mediante Carta N° 026-2013-CM/GG de fecha 14.05.2013 (Folio 000103 del escrito de ampliación de la demanda) el CONSORCIO propuso como especialista en suelos y pavimentos al Ing. Héctor Fernando Tune Condori.
- xx. Mediante Carta N° 027-2013-MTC/20.10.16-S-SHBC de fecha 22.05.2013 (Folio 000104 del escrito de ampliación de la demanda) PROVÍAS NACIONAL indica que, en respuesta a la Carta N° 026-2013-CM/GG, manifestó la no procedencia del cambio del profesional propuesto.
- xxi. PROVÍAS NACIONAL manifiesta que mediante Carta N° 069-2013-CM/GV de fecha 23.05.2013 (Folio 000106 del escrito de ampliación de la demanda), el CONSORCIO solicitó la reconsideración respecto del profesional propuesto, indicando que el Ing. Héctor Tuni Condori ha tenido mayor participación en estudios o trabajos relacionados con la infraestructura vial a los obtenidos por el Ing. Adolfo Cabrera Pérez.
- xxii. PROVÍAS NACIONAL manifiesta que con Oficio N° 1538-2013-MTC/20 de fecha 04.10.2013 (Folio 000113 del escrito de ampliación de la demanda) el Ing. Héctor Tune Condori cumplía con lo solicitado para el cargo de especialistas en suelos y pavimentos, en reemplazo del Ing. Adolfo Cabrera Pérez.



- xxiii. PROVÍAS NACIONAL solicita al CONSORCIO con Oficio N° 1915-2015-MTC/20 de fecha 12.10.2013 (Folio 000117 del escrito de ampliación de la demanda), la devolución del monto de S/ 148,680.00 por la no participación del especialista de suelos y pavimentos, así como la devolución del monto de S/. 8'820,127.59 como penalidad, al no haber cumplido con su propuesta respecto a la participación del referido especialista.
- xxiv. Respecto a que se declare que no corresponde que el consorcio devuelva a la entidad S/. 148,680.00 ó S/148,680.00 por la presunta no participación del especialista de suelos y pavimentos, a que se refiere PROVÍAS NACIONAL en el oficio N° 1915-2015-MTC/20, este último indica que el CONSORCIO ha solicitado que se declare que no le corresponde proceder con la devolución de los montos pagados por el profesional de suelos y pavimentos, alegando que este si participó entre los meses de setiembre de 2010 hasta el 04 de octubre de 2013. Del mismo modo, el CONSORCIO denuncia la existencia de un supuesto vicio respecto del oficio N° 1915-2015-MTC/20, en tanto manifiesta que no se cumplió con adjuntar la documentación conforme a lo cual se llega al monto antes indicado.
- xxv. Como primer punto, PROVÍAS NACIONAL señala que el supuesto vicio alegado por el DEMANDANTE no existe, en tanto, la determinación de los S/148,680.00 (Ciento Cuarenta y Ocho mil seiscientos Ochenta con 00/100 Nuevos Soles) no es ajena a este, más aún cuando en los documentos adjunto al Oficio N° 1915-2015-MTC/20 se ha señalado que el mencionado monto corresponde a los pagos realizados por los catorce (14) meses de participación del especialista de suelos y pavimentos.
- xxvi. Siguiendo lo ya dicho, PROVÍAS NACIONAL expone que el monto ya señalado es el que resulta de multiplicar los pagos mensuales efectuados a EL DEMANDANTE por tal concepto; esto es, multiplicar catorce por S/9,000.00 establecido por EL DEMANDANTE en su propuesta económica como pago mensual al referido profesional, monto al que se le incluyó el IGV correspondiente y pagado por PROVÍAS.
- xxvii. PROVÍAS NACIONAL señala que la orden de devolución se basa en el pago indebido, en tanto, EL DEMANDANTE ha recibido un importe mensual por un profesional especialista en suelos y pavimentos que no se encontraba durante la prestación de servicios, tal como lo dejó en manifiesto el Supervisor en la Carta N° 061-2011-MTC/20.10.16 (Folio 000034 del escrito de ampliación de la demanda), en la que se dejó manifiesto que desde el inicio de las prestaciones de EL DEMANDANTE el especialista en suelos y pavimento no había estado presente.
- xxviii. En adición, PROVÍAS NACIONAL indica que se ha podido constatar que el Ing. Adolfo Cabrera Pérez, especialista en suelos y pavimentos, se encontraba prestando servicios en el departamento de Huancavelica, como parte del personal del CONSORCIO IZCUCHACA, Contrato N° 068-2010-MTC/20, en el periodo de 2010 a noviembre de 2011(catorce meses), por el cual se efectuó un doble desembolso de S/ 126,000.00 sin el IGV (s/126,000.00 sin el IGV x 1.18% = S/. 148,680.00 inc. IGV) en cada uno de los contratos señalados, empero que la exigencia de la participación del profesional especialista era a tiempo completo, tal como lo establecen sus obligaciones contractuales.
- xxix. Se señala que el CONSORCIO propuso como especialista en suelos y pavimentos al Ing. Adolfo Cabrera Pérez, detallando como gastos generales de su propuesta económica, un sueldo mensual de S/. 9'000.00 por un tiempo de



sesenta (60) meses o cinco (5) años y, con respecto a la permanencia del especialista se dejó sentado que su participación sería a tiempo completo, conforme se desprende de la absolución de la consulta N° 36, cuyo tenor literal acompañamos a la siguiente.

Consulta N°36

Referencia(s) de las bases

Sección: Capítulos III Y IV

Numeral

Página 81

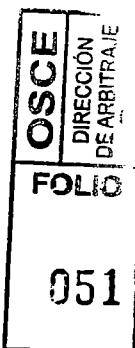
Consulta

Consideramos que la permanencia del ingeniero Especialista en Suelos Y Pavimentos a tiempo completo, es exagerada, por lo que solicitamos se acepte la presentación de un profesional Asesor en Suelos Y Pavimentos que presente sus servicios cuando se le requiera, ya que los mismos no se realizaran en forma continua durante el contrato de servicio.

RESPUESTA

No procede, ceñirse a lo indicado en las bases

- xxx. Así, corresponde que se efectúe la devolución del importe mensual pagado por un profesional que no estuvo presente durante la prestación de los servicios por parte de EL DEMANDANTE y, en ese sentido, se devuelva los S/. 9,000.00, más IGV, pagado en las valorizaciones numeradas desde la N° 01 a la N° 14 y, en consecuencia, solicitan se declare INFUNDADA la cuarta pretensión de la demanda.
- xxxi. Ahora bien, en relación a la pretensión que solicita se declare que no corresponde al consorcio la aplicación de penalidades por S/. 8'280,127.59 o S/. 8'280,127.59, al cual se refiere PROVÍAS NACIONAL en el oficio N° 1915-2015.MTC/20, esta al último señala que se evidencia que desde el 10 de setiembre de 2010, fecha en la que se suscribió el Contrato N° 146-2010-MTC/20 "Servicio de Gestión y Conservación por Niveles de Servicio de la Carretera Puno-Desaguadero-Calapuja-La Raya-Ilave-Mazocruz" hasta el 04 de octubre de 2013 (1293 días calendarios), el CONSORCIO incumplió sus obligaciones contractuales, al no haber ejecutado ningún servicio el Ing. Adolfo Cabrera Pérez, propuesto como especialista en suelos y pavimentos.
- xxxii. La DEMANDADA señala que la penalidad aplicada, se ha efectuado en conformidad con lo ratificado en la absolución a Consulta N° 39 formulada por la empresa Servicios Generales Franco, durante el proceso de selección, en la que el Comité Especial niega la solicitud de un postor para modificar la fórmula de la penalidad diaria por la no participación del personal propuesto, ratificando la aplicación de la penalidad en el caso que cualquier profesional propuesto en la oferta, no participe en la ejecución del contrato.
- xxxiii. De este modo, PROVÍAS NACIONAL indica que se ratificó en que la penalidad diaria por la no participación del personal propuesto es el siguiente:
- Monto de la partida de Gastos Generales = S/. 28'747,543.80 Inc.IGV
 - Plazo en días = 1800 días (5 días)
 - Penalidad diaria= S/. 6,388.34
 - Plazo penalizado por la no participación del especialista en suelos y pavimento, igual a 1393 días calendarios
 - Penalidad total = S/. 8'260,127.59
 - Penalidad máxima= 10% x S/12'775,506.70



- xxxiv. PROVÍAS NACIONAL señala que debe advertirse que el establecimiento de penalidades tiene como finalidad desincentivar una conducta, en este caso, la ausencia de un profesional cuya ausencia ha tenido efectos en el control de la ejecución de los trabajos de conservación, pues no contar con un profesional especializado en el tema de análisis de suelos y pavimentos, no permite verificar los niveles de calidad exigidos para la conservación vial, verificación de alternativas de solución frente a una determinada tipo de falla: fisura, grietas, piel de cocodrilo, exudaciones, rugosidades, etc.
- xxxv. En este caso en específico, PROVÍAS NACIONAL indica que ha evidenciado que la ausencia del mencionado profesional ha suscitado que la medida de solución planteada para la conservación de la vía no haya sido adecuada, generando la presente controversia.
- xxxvi. Por todo lo dicho, PROVÍAS NACIONAL se ratifica en la aplicación de la penalidad impuesta y, en consecuencia, solicitamos se declare INFUNDADO el pedido formulado por EL DEMANDANTE.
- xxxvii. De la misma manera la demandada señala que en el supuesto totalmente negado que el tribunal arbitral considerara aplicable alguna penalidad en relación al Oficio N° 1915-2015-MTC/20 que aplique el Art. 1346 del Código Civil, esto es que reduzca equitativamente la penalidad que se pretende imponer a PROVÍAS NACIONAL por supuestamente "excesiva" o porque la obligación principal fue cumplida, el cual no debería superar S/. 20,000.00, la demandada indica que debe tenerse presente que la penalidad pactada en el contrato es de naturaleza similar a la cláusula penal, en tanto, constituye una medida disuasoria del incumplimiento del contrato, así esta medida sirve para asegurar el cumplimiento de la prestación, bajo sanción de una pena, que en este caso, consiste en una obligación de dar en caso de que no se ejecute.
- xxxviii. Por tal motivo, PROVÍAS NACIONAL señala que las cláusulas penales son una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo, cuyo establecimiento se encuentra facultado por la ley.
- xxxix. En ese sentido, PROVÍAS NACIONAL indica que la cláusula penal no puede ser objeto de juicio y/o cuestionamiento, por cuanto la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, motivo por el cual, no cabe la posibilidad de que el deudor alegue que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido un perjuicio menor.
- xl. Por las razones expuestas, PROVÍAS NACIONAL solicita se declare INFUNDADA la sexta pretensión de la demanda, al no ser coherente con la naturaleza de la cláusula relativa a las penalidades.
- xli. De otro lado, respecto a la séptima pretensión referida a que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 074-2012-MTC/20.10.16 PROVÍAS NACIONAL señala que debe ratificarse en la validez y eficacia de la Carta N° 074-2012-MTC/20.10.16 (Folio 000040 del escrito de ampliación de la demanda), por medio de la cual se comunicó a EL DEMANDANTE la culminación de la autorización temporal del reemplazo del especialista en suelos y pavimentos; precisando que para el cambio de profesionales, se debe presentar como propuesta un profesional del mismo o superior nivel.

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE
FOLIO	
052	

xlii. La DEMANDADA alega que la demandante ha pretendido generar confusión a través de sus diversas misivas, expresando que para el reemplazo de un profesional sólo se requiere el cumplimiento de los requisitos mínimos y, que el planteamiento seguido por el Supervisor es arbitrario; sin embargo, esta situación dista de la realidad, tal como se señala en el numeral 6.2 de los TdR, cuyo tenor literal es el siguiente.

1.2 PERSONAL TÉCNICO MÍNIMO

La relación del personal técnico mínimo es requisito para poder pasar la etapa de recepción de propuestas a la etapa de calificación en el proceso de contratación.

El contratista-Conservador tiene la obligación de mantener todos los profesionales y personal, en número y tiempo propuestos en los Gastos Generales.

Item	Personal	Profesión	Cantidad	Observación
5	Ingeniero Especialista en Suelos y Pavimentos	Ing. Civil	01	El especialista de suelos y pavimentos debe acreditar tal condición con la presentación de certificados o constancias de haber participado en cinco estudios o trabajos relacionados con la infraestructura vial.

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE
FOLIO	
053	

El personal de reemplazo que por motivo de causa o fuerza mayor de los profesionales que presentó el postor en su propuesta original deberá tener igual o superior experiencia presentada en su propuesta. (No es la misma calificación obtenida).

xliii. Conforme se desprende de lo anterior, PROVÍAS NACIONAL indica que el planteamiento indicado por el Supervisor era acertado y correcto; ya que, para que proceda el cambio de un profesional, el profesional propuesto debía tener una igual experiencia al profesional reemplazado. Situación que no se ha cumplido.

xliv. Ahora bien se expresa que el CONSORCIO pretende justificar la presentación del personal propuesto en base a una aparente "carencia de profesionales", situación que habría inducido inicialmente a error a PROVÍAS NACIONAL, por la que procedió a facultarle la participación temporal de un profesional cuyas características eran menores a las del personal reemplazado; empero, para que esta sea procedente no bastaba su alegación sino que esta debía estar plenamente acreditado por el proponente. Situación que una vez más no se dio.

xlv. Finalmente, se señala que el DEMANDANTE no ha sustentado las causales de nulidad y/o ineficacia en las que habría incurrido PROVÍAS NACIONAL con la emisión del oficio cuestionado.

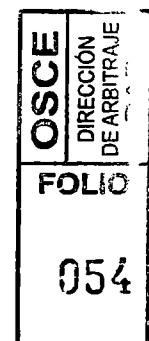
xlvi. Por lo ya expuesto, PROVÍAS NACIONAL solicita se declare INFUNDADO el pedido formulado por el CONSORCIO.

xlvii. De igual manera, respecto al pedido de nulidad y/o ineficacia de los siguientes documentos

- Oficio N° 557-2012-MTC, además se declare que la entidad debe devolvernos el descuento aplicado a la valorización N° 21 (junio 2012) por la suma de S/. 68,689.12 o S/. 68,689.12 incluido el IGV por la presunta no

participación del especialista en suelos y pavimentos. (Numeral 9 del Petitorio).

- Oficio N° 037-2013-MTC, además se declare que la entidad debe devolvernos el descuento aplicado a la valorización N° 27 (diciembre 2012) por la suma de S/. 91,635.44 más IGV o S/. 91,635.44 por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos. (Numeral 10 del petitorio)
- Oficio N° 066-2013-MTC, además se declare que la entidad debe devolvernos el descuento aplicado a la valorización N° 28 (enero 2013) por la suma de S/. 13,064.56 más IGV o S/. 13,064.56 por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos. (Numeral 11 del petitorio)
- Oficio N° 067-2013-MTC, además se declare que la entidad debe devolvernos el descuento aplicado a la valorización N° 29 (febrero 2013) por la suma de S/. 9,000.00 más IGV o S/. 9,000.00 por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos. (Numeral 12 del petitorio)
- Oficio N° 068-2013-MTC, además se declare que la entidad debe devolvernos el descuento aplicado a la valorización N° 30 (marzo 2013) por la suma de S/. 9,000.00 más IGV o S/. 9,000.00 por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos. (Numeral 13 del petitorio)



xlviii. Al respecto, PROVÍAS NACIONAL indica que es preciso resaltar que EL DEMANDANTE, solicita la nulidad de los Oficios mediante los cuales se remite las valorizaciones presentadas por la supervisión.

xlix. Sin embargo, el CONSORCIO no ha sustentado las causales de nulidad y/o ineficacia en las que habría incurrido PROVÍAS NACIONAL con la emisión de los referidos oficios. En contraposición a ello, hemos demostrado que EL DEMANDANTE no cumplió sus obligaciones contractuales, por cuanto no tuvo un especialista en suelos y pavimentos en el referido periodo de tiempo, más aun cuando la autorización temporal correspondía al periodo de julio, agosto y setiembre de 2012.

- i. Por lo ya expuesto, PROVÍAS NACIONAL solicita se declare infundado el pedido formulado por EL CONSORCIO.
- ii. Por último, respecto a la pretensión de que el tribunal arbitral disponga que sea la entidad la que asuma todos los costos del presente arbitraje, PROVÍAS NACIONAL declara que ha quedado evidenciado que en el presente proceso arbitral se ha generado por responsabilidad de EL DEMANDANTE; motivo por el cual, corresponde a este asumir el total de las costas y costos del presente arbitraje.

3) Posición del Tribunal Arbitral

- i. El Consorcio sostiene que el Ingeniero Adolfo Cabrera Pérez fue el Especialista en Suelos y Pavimentos inicialmente propuesto quien habría prestado sus servicios desde el mes de setiembre de 2010 hasta setiembre de 2013. Asimismo señala que en forma paralela, desde del 02 de noviembre de 2011 hasta setiembre de 2013, también laboró como Especialista en Suelos y Pavimentos, el Ingeniero Leonardo Chura Canahua, quien fue expresamente

aceptado para desarrollar sus servicios los meses de julio de 2012 a setiembre de 2012.

También, señala que, desde mayo de 2013, el Ingeniero Héctor Tune Condori laboró en paralelo con los otros dos especialistas en suelos y pavimentos, siendo aceptado oficialmente el 04 de octubre de 2013.

ii. El Anexo al Memorándum N° 002-2015-MTC/20.1-EECNS0146-2010-NAGU3.60, considera que el Consorcio Mazocruz, debe devolver a la Entidad, S/148,860.00 incluido el IGV, que cobró por los servicios brindados por el Ingeniero Adolfo Cabrera Pérez para el contrato sub litis, desde el mes de octubre de 2010 hasta noviembre de 2011, ya que en ese mismo periodo, el profesional estaba laborando para el Consorcio Izcuchaca, cuando estaba obligado a laborar en forma permanente y a tiempo completo para el Consorcio Mazocruz.

Así, la Entidad señala que, el Especialista en Suelos y Pavimentos, no puede brindar sus servicios tanto para el contrato N° 068-2010-MTC/20 cuyo Contratista era el Consorcio Izcuchaca como para el contrato N° 146-2010-MTC/20 cuyo Contratista era el Consorcio Mazocruz, teniendo ambos consorcios a las mismas empresas integrantes.

Precisa que el 02 de diciembre de 2011, el Consorcio presentó la renuncia del Ingeniero Adolfo Cabrera Pérez proponiendo como reemplazo al Ingeniero Leonardo Chura Cahuana, pero mediante la carta N° 033-2011-MTC/20.10.16 del 14 de diciembre de 2011, no se aceptó tal reemplazo porque el ingeniero propuesto, no reunía igual o mejores cualidades que la del personal ofertado en la propuesta técnica del Contratista conservador.

Posteriormente, el Contratista reiteró su pedido vía reconsideración del 06 de junio de 2012 y, la Entidad, atendiendo que había menos oferta de especialistas en suelos y pavimentos, decidió aceptar profesionales que cumplan los requerimientos técnicos mínimos, sujetando su aprobación definitiva, a un periodo de tres (3) meses de evaluación. Así, mediante Carta N° 049-2012-MTC/20.10.16 del 10 de julio de 2012, se aceptó al Ingeniero Leonardo Chura Cahuana.

Mediante la Carta N° 074-2012-MTC/20.10.16 de 18 de octubre de 2012, el Jefe de la Unidad Zonal Puno, dispuso la culminación del Ingeniero Leonardo Chura Cahuana como reemplazo temporal, precisando que, cuando sea necesario e imprescindible la presencia del Especialista en Suelos y Pavimentos, requerirá el reemplazo de otro profesional del mismo nivel o superior.

Posteriormente, con fecha 04 de octubre de 2013, la Entidad, aprobó la participación del Ingeniero Héctor Fernando Tune Condori, como Especialista en Suelos y Pavimentos.

Por esos motivos, la Entidad dispuso sendos descuentos, relacionados al Especialista en Suelos y Pavimentos: En el periodo de diciembre de 2011 a mayo de 2012 aplicaron descuentos a razón de 1 mes por cada valorización mensual; en junio 2012 aplicaron el descuento de 19 días; en el periodo de julio de 2012 a noviembre de 2012 aplicaron descuentos a razón de 1 mes por cada valorización mensual; en la valorización de diciembre de 2012 aplicaron el descuento de 17 días; en la valorización de enero de 2013 aplicaron el descuento de 14 días de diciembre de 2012 y el descuento de 1 mes por enero 2013; en el periodo de febrero a setiembre de 2013 aplicaron descuentos a razón de 1 mes por cada

valorización mensual, y en octubre de 2013 aplicaron el descuento de 4 días de sueldo del profesional.

iii. **Sobre los descuentos:**

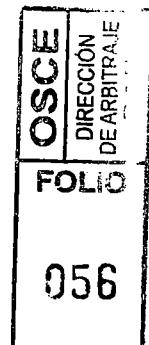
- a) El Consorcio señala que el 12 de noviembre de 2011, propuso el reemplazo del Ingeniero especialista en suelos y pavimentos Ingeniero Adolfo Cabrera Pérez, sin embargo, no materializó tal cambio, debido a que la Entidad no aceptó el remplazo.

La Entidad sostiene que el Ingeniero Cabrera Pérez, no participó nunca para el Consorcio Mazocruz, ya que no estuvo en forma permanente, exclusivay a tiempo completo para el mencionado Consorcio, y afirma que, por el contrario, brindó sus servicios en otro Consorcio Izcuchaca también conformada por las mismas empresas que el Consorcio Mazocruz.

Por eso, estima que debe aplicarse los descuentos por los montos que le fueron abonados oportunamente desde el 01 de octubre de 2010 hasta el 04 de octubre de 2013.

Asimismo, precisa que por el periodo de diciembre de 2011 hasta el 04 de octubre de 2013, ya le aplicaron el descuento respectivo, faltando sólo descontar el periodo desde el 01 de octubre de 2010 hasta noviembre de 2011.

- b) Este Tribunal también aprecia que mediante el Oficio N° 557-2012-MTC/20.10.16, se comunicó la valorización N° 21 (junio 2012) que dispuso aplicar una penalidad de S/ 68,689.12 por la ausencia del personal del 20 al 30 de junio de 2012.
- c) Asimismo, mediante el Oficio N° 037-2013- MTC/20.7 se comunicó la Valorización N° 27 (diciembre 2012) que contemplaba un descuento de S/.91,635.44 más IGV por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos, en el periodo de diciembre de 2011 hasta setiembre de 2012.
- d) Asimismo, es materia de reclamo, el Oficio N° 066-2013- MTC/20.7 con el que se comunicó la Valorización N° 28 (enero 2013) que considera un descuento por S/.13,064.56 más IGV, por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos en el periodo del 18 de diciembre de 2012 al 31 de diciembre de 2012 y por el mes de enero de 2013.
- e) Del mismo modo, el consorcio reclama contra el Oficio N° 067-2013-MTC/20.7 con el que se comunicó la Valorización N° 29 (febrero 2013) que dispuso un descuento de S/.9,000.00 más IGV, por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos en ese mes.
- f) Finalmente, el consorcio también reclama contra el Oficio N° 068-2013-MTC/20.7 con el que se comunicó la Valorización N° 30 (marzo 2013) que aplicó el descuento de S/.9,000.00 más IGV, por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.
- iv. El Consorcio sostiene que el Ingeniero Cabrera Pérez, sí prestó sus servicios para el Consorcio Mazocruz, sosteniendo su dicho en que las Bases no requerían que el referido profesional labore a tiempo completo, ni en forma exclusiva ni en forma



permanente para el Consorcio Mazocruz, pero sí debía estar a disponibilidad del Consorcio.

Agrega que respecto de ese especialista, no hubo queja alguna de su participación por el periodo de octubre de 2010 hasta junio de 2012, por lo cual la Entidad le otorgó conformidad a las valorizaciones que presentó en ese periodo, señalando además que el referido especialista, sí firmó diversos documentos técnicos del contrato ejecutado por el Consorcio Mazocruz.

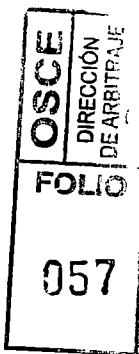
También señala que, cuando la Entidad pretendió modificar las liquidaciones desde el mes de enero de 2012, el Consorcio mediante a la Carta N° 090-2012/CM-L-GA, presentó información contable relacionada al Ingeniero Cabrera Pérez por los meses de diciembre de 2011 hasta junio de 2012, incluido facturas, voucher de depósito y cheque, así como otras obligaciones tributarias.

- v. Entonces, para determinar si Especialista en Suelos y Pavimentos, era requerido a tiempo completo, en forma exclusiva y permanente para laborar en el Consorcio Mazocruz, corresponde acudir a las disposiciones de las Bases Integradas, las cuales señalan lo siguiente:

6.2 PERSONAL TÉCNICO MÍNIMO

La Relación del personal técnico mínimo es requisito para poder pasar la etapa de recepción de propuestas a la etapa de calificación en el proceso de contratación. El contratista – Conservador tiene la obligación de mantener todos los profesionales y personal, en número y tiempo propuestos en los Gastos Generales.

Item	Personal	Profesión	Cantidad	Observación
1	Gerente Vial	Ing. Civil	01	Experiencia gerencial de por lo menos un año, se acreditará con presentación de certificados o constancias de haber desempeñado el cargo de Gerente en cualquier entidad pública o privada o Gerente de proyecto. Maestría. (Se aceptará Egresado con su respectiva constancia) en: transportes, Ingeniería vial o transportes o en administración. Diplomado en transportes, en gestión vial o gestión de proyectos, con un mínimo de 200 horas lecivas. Tiempo completo



2	Ing. Residente Carreteras	Ing. Civil	01	<p>Se solicitan con experiencia en trabajos de Conservación vial y/o Obras de Mantenimiento Periódico, Rehabilitación, Mejoramiento y Construcción de Carreteras de por lo menos 1.5 años en total, de los cuales 0.5 años será necesariamente en conservación. Se acreditará con la presentación de certificados o constancias de haber desempeñado el cargo Jefe de Proyecto (de ejecución de obra), Ingeniero Residente, Supervisor, Inspector o Especialista en trabajos de conservación vial. Jefatura, Coordinación y/o Supervisión de proyectos, trabajos o programas viales. Tiempo completo</p>
3	Ing. Residente Puentes.	Ing. Civil	01	<p>Se solicitan con experiencia en trabajos de conservación y/o construcción de puentes de por lo menos 1.5 años en total, de los cuales 0.5 años será necesariamente en conservación. La conservación de puentes considera obras de reparación y rehabilitación de puentes y atención de emergencias en puentes. Se acreditará con la presentación de certificados o constancias de haber desempeñado el cargo de Jefe de Proyecto (de ejecución de obra), Ingeniero Residente, Supervisor, Inspector, Especialista, en ejecución trabajos de conservación de puentes. Jefatura, Coordinación y/o Supervisión de proyectos, trabajos o programas viales, en el área de conservación de puentes. Tiempo Completo.</p>
4	Administrador	Contador Público, Economista, Administrador	01	Tiempo completo
5	Ingeniero Especialista en Suelos y Pavimentos	Ing. Civil	01	El especialista de suelos y pavimentos debe acreditar tal condición con la presentación de certificados o constancias de haber participado en cinco estudios o trabajos relacionados con la infraestructura vial.
6	Especialista ambiental.		0,50	El Profesional especialista ambiental debe acreditar tal condición con la presentación de certificados o constancias de haber participado en cinco estudios ambientales o trabajos relacionados con la infraestructura vial, habiéndose desempeñado como asesor, especialista, director, responsable de departamento o área, ingeniero o jefe de medio ambiente.

Conforme se aprecia, del texto de las Bases Integradas, el personal técnico mínimo que debía brindar sus servicios, a tiempo completo, era el gerente vial, el ingeniero residente de carreteras, el ingeniero residente de puentes y el administrador.

Las Bases Integradas no exigían que el ingeniero especialista en suelos y pavimentos y el especialista ambiental, brinden sus servicios a "tiempo completo".

Además, las bases tampoco requerían expresamente que los servicios del especialista en suelos y pavimentos, sean en forma exclusiva y permanente.

vi. Así lo habrían entendido inicialmente las partes, por lo que durante las valorizaciones no se objetaron los servicios que había estado brindando el Especialista en Suelos y Pavimentos, Ingeniero Cabrera Pérez, a pesar que también estaba brindando sus servicios para otro Consorcio, en forma paralela.

Así, se otorgaron las conformidades a las valorizaciones del Consorcio Mazocruz, por el periodo que abarca desde el mes de octubre de 2010 hasta mayo de 2012, sin considerar descuento alguno a las labores del Ingeniero Especialista en Suelos y Pavimentos.

vii. En forma posterior, el Jefe Zonal de Puno, Ingeniero Miguel Ángel Machado Cazorla, mediante el Oficio N° 965-2012-MTC/20.10.16 del 30 de noviembre de 2012, señaló que desde el inicio del servicio de conservación, el profesional Cabrera Pérez, no había participó para el Consorcio Mazocruz y que nunca estuvo en obra, por lo que consideraba que el Contratista conservador había cobrado indebidamente cada valorización mensual por la participación de ese profesional.

viii. Sin embargo, este Tribunal Arbitral aprecia que el mismo Ingeniero Miguel Ángel Machado Cazorla, fue quien firmó desde la Valorización N° 1 (07.10.2010 al

31.10.2010) hasta la Valorización N° 19 (01.04.2012 al 30.04.2012) sin descuento alguno por la ausencia del Ingeniero Especialista en Suelos y Pavimentos.

Es decir otorgó conformidades, sin descuento por el especialista en suelos y pavimentos, inclusive en periodos posteriores al 30 de noviembre de 2012.

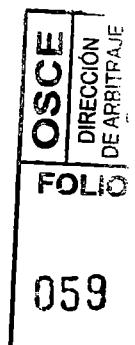
Por tanto, este Tribunal, no encuentra coherencia, entre lo señalado por el Ingeniero Miguel Ángel Machado Cazorla en el Oficio N° 965-2012-MTC/20.10.16 del 30 de noviembre de 2012 y las valorizaciones que firmó antes e incluso con posterioridad a la emisión del mencionado oficio, por lo que debe tenerse por válida la participación del Ingeniero Cabrera Pérez, como Especialista en Suelos y Pavimentos, también para el Consorcio Mazocruz.

- ix. Asimismo, la Entidad, también otorgó la conformidad de la Valorización N° 20 (01.05.2012 al 31.05.2012), sin aplicar descuento por el Especialista en Suelos y Pavimentos.
- x. En adición a lo señalado, este Tribunal aprecia que la Resolución Directoral N° 902-2011-MTC/20⁵ de fecha 25 de agosto de 2011, aprobó el Plan de Conservación Vial que consta de cuatro (4) volúmenes, cuyo Volumen 3 denominado "Inventario Vial e Informe Técnico de Situación Inicial" tiene como "Anexo 3" el rubro "Suelos y Pavimentos" en el Tomo IV de 469 folios.

El anexo 3, no pudo haberse realizado ni aprobado, si es que el Especialista en Suelos y Pavimentos Ingeniero Cabrera Pérez, no hubiese participado.

- xi. Asimismo, se aprecia la firma del Ingeniero Cabrera Pérez en los ensayos de control de calidad del Informe Técnico Mensual 13 (del 01.10.2011 – 31.10.2011), así como en el Informe Técnico Suelos y Pavimentos de noviembre 2011.
- xii. Además, cuando la Entidad pretendió modificar las liquidaciones desde el mes de enero de 2012, el Consorcio Mazocruz, conforme a la Carta N° 090-2012/CM-L-GA, presentó información contable relacionada a los servicios brindados por el Ingeniero Cabrera Pérez al Consorcio Mazocruz, por los meses de diciembre de 2011 hasta junio de 2012, incluido facturas, voucher de depósito, cheque, así como otras obligaciones tributarias, siendo que la carta del Consorcio, no fue respondida por parte de la Entidad.
- xiii. De ese modo, se puede afirmar que el ingeniero Cabrera Pérez, participó para el contrato sub litis, desde el inicio hasta el mes de mayo de 2012.
- xiv. A partir de la valorización N° 21 (del 01.06.2012 al 30.06.2012), la Entidad aplica el descuento por la ausencia del Ingeniero Especialista en Suelos y Pavimentos Cabrera Pérez.
- xv. Mencionado lo anterior y a pesar que este Tribunal Arbitral, ha concluido que el Ingeniero Cabrera Pérez participó en el contrato sub litis, como Especialista en Suelos y Pavimentos, desde setiembre de 2010 hasta el mes de mayo de 2012, dichos servicios, no los habría brindado a tiempo completo al Consorcio Mazocruz, pues, se aprecia que, ese mismo profesional, también estuvo laborando para otro Consorcio, donde se le pagó la integridad de sus servicios mensuales.

⁵ Que fue adjuntado en el escrito presentado por la Entidad con fecha 16 de mayo de 2016.



Dicho esto, si bien el Ingeniero Cabrera prestó sus servicios para el Consorcio Mazocruz contrató, no a tiempo completo, ni en forma exclusiva ni permanente para el Contrato N° 146-2010-MTC/20, ante una situación de esta índole, no puede soslayarse que, lo presupuestado para ese profesional, está fijado en base a una remuneración mensual, de modo tal que las labores que desarrolló el referido profesional para el Contrato N° 146-2010-MTC/20, debería ser reconocido por la Entidad, sólo en proporción al tiempo empleado cada mes por el aludido especialista; empero, como esos montos no ha sido propuesto por el Consorcio en este proceso arbitral y no siendo posible saber exactamente cuántas horas en cada mes prestó sus servicios el Especialista en Suelos y Pavimentos para el Consorcio Mazocruz, corresponde declarar que por el periodo de octubre de 2010 a noviembre de 2011, se le aplicará al Consorcio Mazocruz el descuento de S/ 148,680.00 incluido el IGV.

Este Tribunal Arbitral reitera que el descuento de octubre 2010 a noviembre de 2011 procede, no porque el Especialista en Suelos y Pavimentos no hubiere prestado sus servicios cada mes respecto del Contrato N° 146-2010-MTC/20, pues sí los prestó, sino porque no es posible saber cuántas horas exactamente prestó sus servicios cada mes, hecho que tampoco informó el Consorcio Mazocruz a la Entidad, durante la ejecución del contrato.

xvi. Así también, este Tribunal Arbitral, aprecia que, la Valorización N° 27 comunicado mediante el Oficio N° 037-2013-MTC/20.7, incluye descuentos desde diciembre de 2011 a setiembre de 2012, relacionados a la ausencia del Especialista en Suelos y Pavimentos

Sobre esto, el Tribunal expresa que, similar razonamiento al señalado en el numeral antecedente, debe aplicarse del periodo comprendido desde diciembre de 2011 a junio de 2012, correspondiendo el descuento previsto en la Valorización N° 27 para el Especialista en Suelos y Pavimentos, no porque no hubiere prestado sus servicios cada mes respecto del Contrato N° 146-2010-MTC/20, pues sí los prestó, sino porque no es posible saber cuántas horas exactamente prestó sus servicios dentro de cada mes, hecho que tampoco informó el Consorcio Mazocruz a la Entidad, durante la ejecución del contrato.

Sin embargo, desde el mes de Julio de 2012 hasta el mes de setiembre de 2012, ingresó oficialmente como Especialista en Suelos y Pavimentos, el Ingeniero Leonardo Chura Canahua, quien prestó sus servicios, sin mayor objeción por parte de la Entidad.

Siendo esto así, habiendo prestado oficialmente sus labores el Ingeniero Leonardo Chura Canahua, como especialista en suelos y pavimentos, los meses de julio, agosto y setiembre de 2012, no corresponde descontar monto alguno al Consorcio Mazocruz, por ese periodo, máxime si las valorizaciones 22, 23 y 24, firmadas por ambas partes, no establecen descuentos por la labor desarrollada por el profesional ya mencionado. Así, corresponde dejar sin efecto, los descuentos realizados entre julio y setiembre de 2012.

xvii. Posteriormente, el Tribunal aprecia que, en los hechos el Ingeniero Leonardo Chura Canahua habría continuado laborando como Especialista en Suelos y Pavimentos.

Asimismo, aprecia que a partir del mes de mayo de 2013, también habría estado laborando como tal, el Ingeniero Héctor Tune Condori.

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE
FOLIO	
060	

Sin embargo, es recién el 04 de octubre de 2013, que se oficializa la designación del Ingeniero Héctor Tune Condori, como Especialista en Suelos y Pavimentos, por lo que los descuentos de enero 2013 a marzo 2013, aplicados al Consorcio Mazocruz, en las valorizaciones N° 28, 29 y 30, resultan procedentes, no porque el Consorcio no hubiera contado con sus Especialistas en Suelos y Pavimentos en los hechos, sino porque el último especialista no fue reconocido oficialmente sino hasta el 04 de octubre de 2013.

xviii. Sobre las penalidades de S/8'260,127.59 por la no participación del personal propuesto que impidió o retraso el inicio del servicio

El Anexo al Memorándum N° 002-2015-MTC/20.1-EECNS0146-2010-NAGU3.60, también señala que, el Ingeniero Adolfo Cabrera Pérez, al estar ausente en la zona de trabajo, al no participar en ningún momento en el servicio de conservación vial y al no suscribir ningún documento técnico del Plan de Conservación Vial, ni los informes mensuales, no sólo hace que al Consorcio Mazocruz deba descontarse los montos abonados en relación a ese especialista, sino que además, la situación expuesta, genera la aplicación de penalidades por ausencia del personal técnico ofrecido por el Consorcio, por el periodo comprendido desde el 10 de setiembre de 2010, que fue cuando se celebró el contrato, hasta el 04 de octubre de 2013, que fue cuando se aprobó al Ingeniero Héctor Fernando Tune Condori.

Así, considera que el Ingeniero Adolfo Cabrera Pérez que fue propuesto como especialista en suelos y pavimentos no prestó sus servicios para el Consorcio Mazocruz, en el periodo antedicho, por lo que son 1,293 días de ausencia sujetos a una penalidad diaria de S/6,388.34 y por tanto, la penalidad total, es de S/8'260,127.59 por la no participación del personal propuesto.

- xix. El Consorcio, sostiene que, de acuerdo a lo estipulado en las Bases Integradas, las penalidades, sólo son aplicables cuando la ausencia del personal propuesto, impide o retrase el inicio de los servicios, arguyendo que, en el mes de octubre de 2010, dieron inicio efectivo a los servicios derivados del contrato sub litis, por lo cual, no le resultaría aplicable las penalidades que la Entidad pretende imputarle.
- xx. Como cuestión inicial, debemos de señalar que, el Ingeniero Adolfo Cabrera Pérez, sí desarrolló sus actividades para el Contrato N° 146-2010-MTC/20 desde el inicio del contrato, hasta el mes de junio de 2012, siendo reemplazado en el mes de julio de 2012.
- xxi. Pero, además, el Tribunal Arbitral, comparte la posición doctrinaria, conforme a la cual, las cláusulas penales, deben de interpretarse en forma restrictiva y no extensiva.
- xxii. OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE⁶, opinan que cuando nos encontramos ante una cláusula penal, la doctrina mayoritaria sostiene que, para los casos de duda sobre el contenido y el alcance de la cláusula penal, debe interpretarse restrictivamente, de modo más favorable al deudo, según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Biblioteca para leer el Código Civil, Tratado de las obligaciones Cuarta Parte Tomo XIV, Volumen XVI. Fondo Editorial PCP. Lima, 2003. Páginas 2446 a 2452.

Citando a Kemeljander de Carlucci, esta autoría señala que "cuando se trata de establecer el significado de cláusulas penales o que conduzcan a la pérdida de un derecho, la cuestión debe decidirse contra quien ha redactado el contrato".

Tal interpretación debe realizarse, debido al carácter sancionador que conlleva una cláusula penal (Luis Diez Picaso) que tiende a hacer más grave la situación de una de las partes contratantes y que existe la presunción que el deudor se ha querido gravar del modo menos agudo posible (Jore Peirano Facio)

Así, entre las consecuencias derivada de la interpretación restrictiva de la cláusula penal, que además tiene sustento en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil⁷, que proscribe la interpretación analógica y extensiva de disposiciones que restrinjan derechos, tenemos que:

"d) En caso de dudosa redacción de la cláusula penal, las reglas generales de interpretación de los contratos lleva a pronunciarse por la solución más favorable al deudor"

- xxiii. Así, este Tribunal Arbitral, analizará las penalidades previstas en las Bases y el Contrato, para delimitar el contenido de las mismas y sus alcances, respecto a la participación del personal propuesto.
- xxiv. Las Bases califican como MULTAS o PENALIDADES, lo siguiente:

SCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE
O	
FOLIO	
062	

10. MULTAS

Dado que el objetivo principal del contrato de conservación vial por niveles de servicio, es asegurar que las vías funcionen en estado óptimo buscando la satisfacción de los usuarios, se han establecido sanciones y sus correspondientes penalizaciones.

(...)

Del Personal propuesto

El Contratista – Conservador deberá iniciar el servicio con el personal presentado en su propuesta técnica, dichos profesionales participarán en la firma del Acta de entrega de áreas y bienes para la ejecución del servicio, la no participación en el tiempo que dure el contrato de cualquiera de ellos, impedirá el inicio efectivo del servicio y será sancionada con una penalidad diaria de acuerdo a la siguiente fórmula.

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto de la Partida de G.G}}{0.25 \times \text{Plazo en días (1,800)}}$$

De acuerdo a esta redacción de las Bases, la finalidad de la multa, es sancionar la no participación de los profesionales presentados en la propuesta técnica que impida el inicio efectivo del servicio.

- xv. Asimismo, el postor del Concurso Público, Servicios Generales Franco, realizó la siguiente consulta N° 39 que no fue acogida por el Comité Especial:

⁷Artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.

CONSULTA N°: 39

REFERENCIA(S) DE LAS BASES

Sección: III Términos de Referencia

Numeral:

Página: 111 / 10.0 MULTAS

Consulta:

Solicitamos precisar la fórmula para la penalidad diaria por la no participación del Personal Propuesto, de acuerdo al siguiente detalle:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto de la Partida de G.G.}}{0.25 \times \text{Plazo en días (1,800)}}$$

Se debe precisar agregando la siguiente nota:

Monto de la Partida de G.G.: Monto de la partida de los Gastos Generales correspondiente al profesional que no participa.

RESPUESTA:

No procede ceñirse a lo indicado en las bases.

De acuerdo al texto de la consulta formulada, el postor que así lo hizo, consultaba si es que podían precisar que el rubro denominado "Monto de la Partida de G.G." debe ser el "Monto de la Partida de los Gastos Generales correspondientes al profesional que no participa".

- xxvi. La proforma de contrato prevista en las Bases establece como PENALIDADES, lo siguiente:

CLAUSULA DÉCIMO SEGUNDA: PENALIDADES POR RETRASO INJUSTIFICADO

(...)

Del Personal Propuesto

El Contratista – Conservador deberá iniciar el servicio con el personal presentado en su propuesta técnica, dichos profesionales participarán en la firma del Acta de entrega de áreas y bienes para la ejecución del servicio, la no participación en el tiempo que dure el contrato de cualquiera de ellos, impedirá el inicio efectivo del servicio y será sancionada con una penalidad diaria de acuerdo a la siguiente fórmula.

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto de la Partida de G.G.}}{0.25 \times \text{Plazo en días}}$$

COPIA FIEL DEL ORIGINAL
Anexo Expediente de Información de Transporte Aéreo
PROVIAL AEROPORTUARIAL

Conforme a esta redacción de las Bases, la finalidad de la penalidad es sancionar la no participación de los profesionales presentados en la propuesta técnica que produzcan un retraso injustificado que impida el inicio efectivo del servicio.

OSCE
DIRECCIÓN
DE ARBITRAJE
FOLIO
063

Dicha consulta no fue acogida y por ende, no forma parte de las Bases Integradas.

xxvii. Por su parte, el contrato establece lo siguiente:

CLAUSULA DÉCIMO SEGUNDA: PENALIDADES POR RETRASO INJUSTIFICADO	
Atendiendo a que el objetivo principal del contrato es...	
(....)	
Del Personal Propuesto	
EL CONTRATISTA - CONSERVADOR deberá iniciar el servicio con el personal presentado en su propuesta técnica, dichos profesionales participarán en la firma del Acta de entrega de áreas y bienes para la ejecución del servicio, la no participación en el tiempo que dure el contrato de cualquiera de ellos, impedirá el inicio efectivo del servicio y será sancionada con una penalidad diaria de acuerdo a la siguiente fórmula.	
Penalidad diaria =	<u>0.10 x Monto de la Partida de G.G</u> <u>0.25 x Plazo en días</u>

OSCE
 DIRECCIÓN
 DE ARBITRAJE
 FOLIO
 064

Conforme a esta redacción de las Bases, la finalidad de la penalidad es sancionar la no participación de los profesionales presentados en la propuesta técnica que produzcan un retraso injustificado que impida el inicio efectivo del servicio.

xxviii. Entonces, resulta claro que, la finalidad de la penalidad es sancionar la no participación de los profesionales presentados en la propuesta técnica que produzcan un retraso injustificado que impida el inicio efectivo del servicio.

xxix. Sin embargo, está demostrado que no hubo retraso o impedimento del inicio efectivo del servicio. La Entidad no ha probado que se retrase o impidió el inicio efectivo del servicio por parte del Consorcio conservador, ni al inicio del contrato ni con posterioridad.

Siendo esto así, no le es aplicable alguna penalidad al Consorcio, por la no participación de los profesionales presentados en la propuesta técnica que produzcan un retraso injustificado que hubieran impedido el inicio efectivo del servicio.

xxx. La interpretación que hace este Tribunal, refleja la común intención de las partes, quienes durante la ejecución del contrato, también arribaron a la misma interpretación, lo cual se demuestra con la Carta 075-2012-MTC/20.10.16 del 18 de octubre de 2012, emitida por la Entidad, conforme a la cual, se precisó que si un profesional no participa en un servicio, lo que corresponde es aplicar los descuentos por la no participación del personal profesional, pero no resulta aplicable las penalidades previstas en la cláusula Diez del contrato.

La referida carta, adjuntó el Informe N° 772-2011-MTC/20.3 del 26 de setiembre de 2011 que si bien se refería al Contrato N° 104-2010-MTC/20, contiene la misma cláusula de penalidades que en el contrato sub Litis:

Al respecto, conforme al Numeral 10 – Multas de los Términos de Referencia, que establece lo siguiente: PERSONAL TÉCNICO MÍNIMO. El Contratista – Conservador deberá iniciar el servicio con el personal propuesto a la firma del contrato, dichos profesionales participarán en la firma del Acta de entrega de áreas y baterías para la ejecución del servicio, la no participación en el tiempo que dure el contrato de cualquiera de ellos, impedirá el inicio efectivo del servicio y será sancionada con una penalidad diaria de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto de la Partida de G.G.}}{0.25 \times \text{Plazo en días (1,800)}}$$

En dicho informe, se hizo la siguiente precisión:

“... el citado numeral no es muy preciso en su redacción, por lo tanto para su interpretación era necesario contar con la opinión, de quienes elaboraron los Términos de Referencia del proceso de selección, habiendo la Comisión de Terciarización del Mantenimiento de la Unidad Gerencial de Conservación indicado que cuando se consignó lo mencionado en el numeral 10 – Multas de los Términos de Referencia, el espíritu de ésta estaba circunscrito a la obligatoriedad de los profesionales en participar en el inicio del servicio.

Al respecto, hay que tener presente, que de conformidad con los Artículos 1361 y 1362 del Código Civil los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes; ejecutándose éstos según las reglas de la buena fe y común intención de las partes; de modo tal, de acuerdo con lo señalado por la unidad Gerencial de Conservación, opinión que expresa la voluntad de la Entidad, dicho numeral, sólo está previsto para el caso de la participación del Personal Técnico Mínimo al inicio de la ejecución del servicio y no después de iniciado éste, criterio que es razonable y lógico, si se considera que este numeral se trascibe en la Cláusula Décimo Segunda del Contrato que lleva como título PENALIDADES POR RETRASO INJUSTIFICADO; es decir está vinculada más al cumplimiento del plazo contractual que a la participación del personal ...”

xxxi. Por las consideraciones expresadas, este Tribunal concluye que no resulta aplicable al Consorcio, la penalidad de S/8'260,127.59 por la no participación del personal propuesto que impidió o retraso el inicio del servicio, en tanto no hubo impedimento o retraso en el inicio del servicio.

xxxii. A mayor abundamiento, además, existe una indefinición en los componentes de las fórmulas para determinar las penalidades así como una contradicción en la fórmula que debe aplicarse, porque como se señala en el numeral xxiv de este apartado, las Bases establecen una fórmula - que además dio lugar a la formulación de una consulta-; sin embargo, en la proforma de contrato y en el contrato, se establece otra fórmula:

Fórmula del numeral xxiv	Fórmula de la proforma del contrato y del contrato
--------------------------	--

OSCE
 DIRECCIÓN
 DE ARBITRAJE
FOLIO
065

$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto de la Partida de G.G.}}{0.25 \times \text{Plazo en días (1,800)}}$	$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto de la Partida de G.G.}}{0.25 \times \text{Plazo en días}}$
---	---

xxxiii. En cuanto a la indefinición en los componentes de las fórmulas, ubicadas en el dividendo, rubro "Monto de la Partida de G.G."

En la eventualidad de la aplicación de una penalidad, en cualquiera de las dos fórmulas, las Bases no precisaron cuál será el monto a considerar en el rubro "Monto de la Partida de G.G." del dividendo.

Así: ¿Qué es lo que debe entenderse por "Monto de la Partida de G.G.?"

a) ¿Puede entenderse como el monto de la partida de gastos generales asignado al profesional que no participa?

Evidentemente no, porque el Comité Especial, descartó esta posibilidad de interpretación.

b) ¿Puede entenderse como el monto de la partida de gastos generales asignado a todo el personal profesional que no participa?

Las Bases no lo precisan.

c) ¿Puede entenderse como el monto del total de la partida de gastos generales mensuales?

Las Bases no lo precisan.

d) ¿Puede entenderse como el monto de la partida de gastos generales anual asignado a todo el personal profesional que no participa?

Las Bases no lo precisan.

e) ¿Puede entenderse como el monto del total de la partida de gastos generales anual?

Las Bases no lo precisan.

f) ¿Puede entenderse como el monto del total de la partida de gastos generales de los 5 años?

Las Bases no lo precisan.

El informe del OCI, no explica por qué colocó todo el monto de los gastos generales de los 5 años de contrato, si las Bases no lo habían precisado.

Es más, dentro de todas las posibilidades de aplicación sobre lo que debe entenderse por "Monto de la Partida de G.G.", el OCI optó por emplear la aplicación más grave para el deudor, es decir, consideró el monto del total de la

partida de gastos generales de los 5 años, cuando había otras aplicaciones menos gravosas para el deudor.

xxxiv. En cuanto a la indefinición y contradicción en los componentes de las fórmulas, ubicadas en el divisor, rubro "Plazo en días"

Ambas fórmulas difieren en el divisor, una señala que el "Plazo en días" es 1,800 días, sin embargo, la otra no señala el "Plazo en días".

En la eventualidad de la aplicación de una penalidad: ¿Cuál es el plazo en días que debería aplicarse?.

Las Bases no lo precisaron, pero, debería aplicarse la fórmula menos gravosa para el deudor.

xxxv. Esta indefinición, inclusive conllevó a que en la Valorización N° 21

xxxvi. Por tanto, la cláusula penal, resulta indefinida en cuanto a su aplicación, lo que desde ya la torna en inaplicable.

xxxvii. Sobre las penalidades contenidas en la Valorización N° 21

Mediante el Oficio N° 557-2012- MTC/20.10.16 se comunicó la Valorización N° 21 (junio 2012), estableciendo una penalidad de S/.68,689.12 incluido el IGV por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos por el periodo del 20 de junio de 2012 al 30 de junio de 2012.

Sin embargo, como ha sido precisado, no cabe la penalidad por ausencia del profesional, a menos que hubiera impedido o retrasado el inicio del servicio.

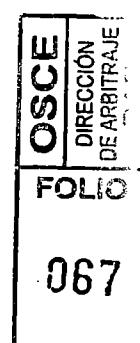
Por tal motivo, sólo cabe el descuento y no la penalidad.

xxxviii. Sobre la nulidad e ineeficacia de la Carta N° 074-2012-MTC/20.10.16.

Mediante Carta N° 074-2012-MTC/20.10.16 recibido el 18 de octubre de 2012, el CONSORCIO señala que PROVÍAS NACIONAL dio por finalizado el remplazo temporal del especialista de suelos Ingeniero Leonardo Chura Canahua, indicando que éste se desempeñó como tal, los meses de julio, agosto y hasta el 30 de setiembre de 2012; así también PROVÍAS NACIONAL precisa que:

"como no están ejecutando mantenimiento periódico de ningún tramo contractual (...) no es necesaria la presencia del Especialista en Suelos y Pavimentos durante las actividades mensuales del servicio" y, que para las "futuras intervenciones contractuales de mantenimiento periódico (...), considerando que el profesional Especialista en Suelos y Pavimentos ha renunciado, su representada oportunamente propondrá el reemplazo de este profesional, cuando sea necesaria e imprescindible la presencia del Especialista (...) durante la ejecución de los tramos que en el futuro deben entrar en mantenimiento periódico, en cumplimiento de las condiciones contractuales".

El CONSORCIO indica que la decisión parcial de separación del especialista de suelos Ingeniero Leonardo Chura Canahua, dispuesto por PROVÍAS NACIONAL con la Carta N° 074-2012-MTC/20.10.16, fue arbitrario, ilegal y al



margen de lo dispuesto en el contrato, por cuanto, en forma anticipada a la toma de decisión de no continuación de un profesional, se debió emitir una evaluación, acerca del desempeño del profesional (como lo reconoce el Memorándum 2863-2012-MTC/20.7 de 06 de noviembre de 2012) y sólo en el caso que el resultado de esa evaluación arrojaba que las funciones desarrolladas por el profesional era deficiente, éste no continuaba en el servicio.

- iii. La Entidad señala que mediante Carta N° 074-2012-MTC/20.10.16 de fecha 18.10.2012 (Folio 000040 del escrito de ampliación de la demanda) PROVÍAS NACIONAL indica que comunicó al CONSORCIO, que el día de 30 de setiembre de 2012 culminó la autorización temporal de la sustitución del especialista en suelos y pavimentos; precisando que para la sustitución de profesionales, se debe presentar como propuesta un profesional del mismo o superior nivel.
- liii. Este Colegiado, concluye, para este caso, que el Consorcio, estaba obligado a presentar como propuesta un profesional del mismo o superior nivel que el reemplazado.

XIII. SOBRE LOS COSTOS Y COSTAS.

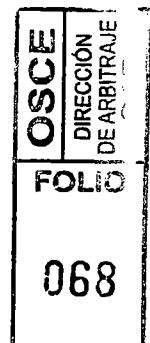
Décimo Cuarto Punto Controvertido Determinar a quién o a quiénes le(s) corresponde(n) asumir el pago de costos y costas del presente proceso arbitral.

El numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70º del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorrtear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje.

Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada 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 (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.



XIV. DECISIÓN:

Estando a las consideraciones precedentes, el Tribunal Arbitral **RESUELVE**:

Primero.- Declarar fundada la pretensión del Primer Punto Controvertido, por lo cual, se declara la nulidad e ineficacia del Oficio N° 1596-2015-MTC/20; asimismo, se declara que no corresponde que el Consorcio Mazocruz devuelva a la Entidad, la suma de S/ 9'981,188.66.

Segundo.- Declarar fundada la pretensión del Segundo Punto Controvertido, por lo cual se declara la nulidad e ineficacia del Oficio N° 1864-2015- MTC/20, ya que dicho oficio tenía su sustento en el Oficio N° 1596-2015-MTC/20 que ha sido declarado nulo e ineficaz.

Tercero.- Declarar fundada la pretensión del Tercer Punto Controvertido por lo cual, se declara la nulidad e ineficacia del Oficio N° 2007-2015- MTC/20, ya que dicho oficio tenía su sustento en el Oficio N° 1596-2015-MTC/20 que ha sido declarado nulo e ineficaz.

Cuarto.- Declarar fundado en parte el Cuarto Punto Controvertido por lo cual se declara la nulidad e ineficacia del Oficio N° 1915-2015- MTC/20, en el extremo que dispone aplicar penalidades no correspondiendo las mismas; siendo que sólo corresponde aplicar el descuento de S/148,680.00 conforme a los considerandos del presente laudo.

Quinto.- Declarar respecto del Quinto Punto Controvertido que la Entidad no devolverá al Consorcio Mazocruz el monto de S/.148,680.00 incluido el IGV, a que se refiere la Entidad en el oficio N° 1915-2015- MTC/20, conforme a los considerandos del presente laudo.

Sexto.-Declarar fundado el Sexto Punto Controvertido, por lo cual se declara que no corresponde aplicar penalidades al Consorcio Mazocruz por S/.8'280,127.59 al que hacía referencia el Oficio N° 1915-2015- MTC/20.

Séptimo.-Sobre el Séptimo Punto Controvertido, corresponde declarar que carece de objeto el pronunciamiento sobre la reducción de la penalidad contenida en el oficio N° 915-2015- MTC/20 porque en el cuarto y sexto puntos resolutivos de este laudo, se ha señalado que no corresponde la aplicación de penalidades al Consorcio Mazocruz.

Octavo.- Declarar infundado el Octavo Punto Controvertido por lo cual, no corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 074-2012-MTC/20.10.16.

Noveno.- Declarar fundado en parte el Noveno Punto Controvertido por lo cual, corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 557-2012- MTC/20.10.16 por el cual se aplicó una penalidad de S/.68,689.12 incluido el IGV por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos en la Valorización N° 21 (junio 2012), debiendo devolverse dicha suma al Consorcio Mazocruz, siempre que se verifique que en efecto la Entidad le descontó dicho monto.



Décimo.- Declarar fundado en parte el Décimo Punto Controvertido, por lo cual, corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 037-2013- MTC/20.7 en el extremo que en la Valorización N° 27 (diciembre 2012) dispuso descontar S/.91,635.44 más IGV debiendo descontar sólo S/70,446 incluido el IGV, conforme a los considerandos del presente laudo.

Décimo Primero.- Declarar infundado el Décimo Primer Punto Controvertido por lo cual no corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 066-2013- MTC/20.7 y que la Entidad no debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 28 (enero de 2013), por la suma de S/.13,064.56 más IGV, conforme a los considerandos del presente laudo.

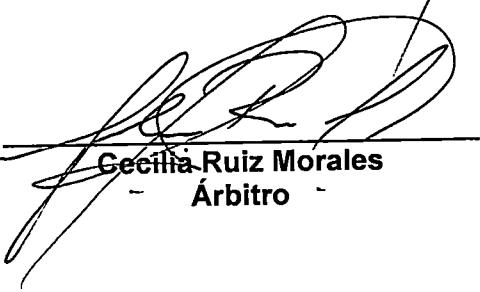
Décimo Segundo.- Declarar infundado el Décimo Segundo Punto Controvertido por lo cual no corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 067-2013-MTC/20.7 y que la Entidad no debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N°29 (febrero de 2013), por la suma de S/.9,000.00 más IGV, conforme a los considerandos del presente laudo.

Décimo Tercero.- Declarar infundado el Décimo Tercer Punto Controvertido, por lo cual, corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 068-2013-MTC/20.7 y que la Entidad no debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 30 (marzo de 2013), por la suma de S/.9,000.00 más IGV, conforme a los considerandos del presente laudo.

Décimo Cuarto. Dispensar que tanto el Consorcio Mazocruz como la Entidad, asuman en partes iguales los gastos del presente proceso arbitral, siendo de cargo de cada una de ellas, los gastos incurridos en sus respectivas defensas.



Luis Felipe Pardo Narváez
Presidente del Tribunal Arbitral



Cecilia Ruiz Morales
Árbitro

OSCE
DIRECCIÓN
DE ARBITRAJE
FOLIO
070

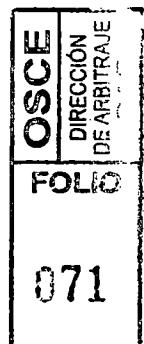
VOTO EN DISCORDIA DEL ÁRBITRO ERNESTO VALVERDE VILELA
LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

ARBITRAJE SEGUIDO POR
CONSORCIO MAZOCRUZ Y PROVIAS NACIONAL – EXP. N° 808-212-15

El presente voto se expide en la ciudad de Lima a los 07 días del mes de marzo del 2018.

Mediante el presente **VOTO EN DISCORDIA** sustento mi posición que discrepa respetuosamente de mis coárbitros que ha emitido un Laudo en mayoría, en lo referente a los todos los puntos detallados en el presente voto.

Procedo a sustentar mi posición de la siguiente manera:



1.- CUESTIÓN SOMETIDA A ARBITRAJE.

La cuestión sometida a arbitraje corresponde a los puntos controvertidos señalados en el presente proceso arbitral por las partes; donde luego de revisar lo manifestado por ellas, considero que los puntos controvertidos del presente arbitraje son los que a continuación se indican. Asimismo, se ha verificado la existencia de una relación jurídica procesal válida, y saneamiento del proceso arbitral.

Los puntos controvertidos son los siguientes:

a) **Sobre el Primer Punto Controvertido:**

Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 1596-2015-MTC/20 y que no corresponde que el Consorcio Mazocruz devuelva a la demandada, la suma de S/. 9'981,188.66.

b) **Sobre el Segundo Punto Controvertido:**

Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 1864-2015- MTC/20.

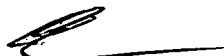
c) **Sobre el Tercer Punto Controvertido:**

Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 2007-2015- MTC/20.

d) **Sobre el Cuarto Punto Controvertido:**

Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 1915-2015- MTC/20 en todos sus extremos

e) **Sobre el Quinto Punto Controvertido:**



Determinar si corresponde declarar que se devuelva a la Entidad S/.148,680.00 por la presunta no participación del especialista de suelos y pavimentos, a que se refiere la Entidad en el oficio N° 1915-2015- MTC/20

f) **Sobre el Sexto Punto Controvertido:**

Determinar si corresponde declarar que se apliquen penalidades por S/.8'280,127.59, en virtud del oficio N° 1915-2015- MTC/20.

g) **Sobre el Séptimo Punto Controvertido:**

En el supuesto que el Tribunal Arbitral considerara aplicable alguna penalidad en relación al oficio N° 1915-2015- MTC/20, determinar si corresponde aplicar el artículo 1346° del Código Civil, para reducir equitativamente la penalidad a imponer por "manifestamente excesiva" o porque la obligación principal fue cumplida, el cual no debería superar de S/20,000.

h) **Sobre el Octavo Punto Controvertido:**

Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 074-2012-MTC/20.10.16

i) **Sobre el Noveno Punto Controvertido:**

Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 557-2012- MTC/20.10.16 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 21 (junio 2012), por la suma de S/.68,689.12 incluido el IGV por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.

j) **Sobre el Décimo Punto Controvertido:**

Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 037-2013- MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 27 (diciembre 2012), por la suma de S/.91,635.44 más IGV por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.

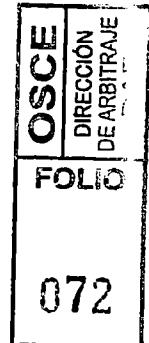
k) **Sobre el Décimo Primer Punto Controvertido:**

Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 066-2013- MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 28 (enero 2013), por la suma de S/.13,064.56 más IGV, por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.

l) **Sobre el Décimo Segundo Punto Controvertido**

Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 067-2013-MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 29 (febrero 2013), por la suma de S/.9,000.00 más IGV, por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.

m) **Sobre el Décimo Tercer Punto Controvertido**



Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 068-2013-MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 30 (marzo 2013), por la suma de S/.9,000.00 más IGV, por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.

n) **Sobre el Décimo Cuarto Punto Controvertido**

Determinar a quién o a quiénes le(s) corresponde(n) asumir el pago de costos y costas del presente proceso arbitral.

2.- MARCO LEGAL APPLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA.

De conformidad con el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se estableció que el presente Arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas establecidas en dicha Acta; a lo dispuesto por el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante, el "Reglamento del Centro) por el D.L 1017 (en adelante "Ley LCE"); su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante "Reglamento RLCE"), y de manera supletoria por el Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el Arbitraje (en adelante "Ley de Arbitraje LA").

En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva, del modo que considerase apropiado.

3.- CONSIDERANDOS, VALORIZACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS, FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO.

CONSIDERANDO:

1. CUESTIONES PRELIMINARES:

Que, la constitución e instalación del Tribunal Arbitral y las actuaciones arbitrales se han regido por las normas legales pertinentes, detalladas en el marco legal aplicable.

Que, la parte Demandante presentó su demanda conforme a lo dispuesto en el Acta de Instalación del Tribunal y fijación de las reglas del proceso y la Ley, y ejerció en forma plena su derecho de defensa.

Que, la parte Demandada fue debidamente emplazada con la demanda e igualmente ejerció en forma plena su derecho de defensa.

Que, los puntos controvertidos fueron fijados en la audiencia respectiva con la presencia de las partes, con la admisión de los medios probatorios, así como también ambas partes tuvieron plena oportunidad para la actuación de sus medios probatorios en las audiencias y en forma escrita; posteriormente ejercieron la facultad de presentar sus alegatos por escrito e hicieron el uso de la palabra para exponerlos ante el Tribunal.

Que, habiéndose cumplido con todas las etapas correspondientes al proceso arbitral, y también examinado todas las pruebas ofrecidas por las partes y admitidas al proceso, escritos presentados por las partes, y exposiciones en las audiencias; y, estando dentro del plazo para laudar, se expide el presente Laudo Arbitral de Derecho.



Calle 21 (Av. E. Canaval y Moreyra) N° 751 – 745, primer piso, Urb. Corpac, distrito de San Isidro
6267400 / 6267420



4.- LAUDO:

Luego de revisar los actuados, analizar los puntos controvertidos, los argumentos de las partes y valorar de modo conjunto y razonado los medios probatorios, emito mi **VOTO EN DISCORDIA**, con relación a los puntos controvertidos que a continuación detallo, es decir no coincido con el voto en mayoría respecto de los fundamentos y tampoco con sus decisiones:

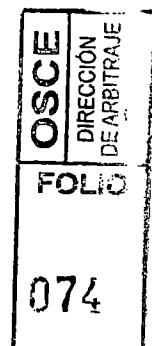
5.- ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS EN LA QUE EMITO MI VOTO EN DISCORDIA

5.1. RESPECTO A LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA

“Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 1596-2015-MTC/20 y que no corresponde que el Consorcio Mazocruz devuelva a la demandada, la suma de S/. 9'981,188.66.”

“Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 1864-2015- MTC/20.”

“Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 2007-2015- MTC/20.”



Como se puede apreciar, de los documentos emitidos por la Entidad, estos constituyen actos administrativos,¹ siendo que se trata de declaraciones emitidas por la Entidad resolviendo un escenario jurídico, en el marco del derecho público, destinados a producir efectos jurídicos sobre una situación concreta, que en este caso se deriva de un contrato suscrito entre las partes para su ejecución.

En efecto los documentos materia de impugnación al producir efectos jurídicos,² debe cumplir con condiciones de validez legal, motivación, finalidad pública y la exigencia de un procedimiento regular, porque un acto administrativo es válido si esta dictado conforme al ordenamiento jurídico, eso significa que su estructura este acorde con el ordenamiento legal vigente y no contravenga la finalidad del procedimiento administrativo, ello al amparo de no afectar derechos, en este caso del demandante.

En ese sentido, de los argumentos expuestos por ambas partes, este Arbitro determina que para dilucidar estos puntos controvertidos, se debe verificar si los documentos antes citados, se emitieron o no vulnerando el derecho del contratista de obtener una decisión motivada y si la misma contiene o no vicios de nulidad.

Al respecto, se tiene que el artículo 10º de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General-, aplicable a la presente controversia, señala lo siguiente:

“Artículo 10.- Causales de nulidad

¹ Ramon Parada, “Derecho Administrativo” I Parte General Decimo Quinta edición , Marcial Pons, Pág. 89” el acto administrativo es “toda manifestación de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa”

² Juan Francisco Rojas Leo. “ ¿Hemos encontrado el rumbo del nuevo Derecho Administrativo en el Perú?” AA.VV Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. ARA Editores, Lima 2001 Pág. 128.



Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma."

Por lo tanto corresponde determinar si los documentos antes citados, se ha emitido teniendo en cuenta los requisitos de validez de todo acto administrativo.

Al respecto, el artículo 3º de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General-, respecto a los requisitos de validez de los actos administrativos, establece lo siguiente:

"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

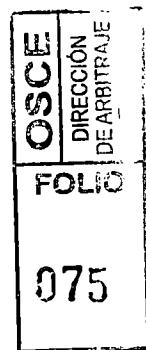
Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. *Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.*
2. *Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.*
3. *Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.*
4. *Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.*
5. *Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación."*

En ese sentido, tenemos que la Entidad al momento de emitir los documentos materia de impugnación, se ha sustentado y motivado entre otros, conforme se desprende de los medios probatorios aportados al proceso a solicitar al CONSORCIO la devolución de S/. 9'981,188.66; debido a que, la ejecución de los trabajos de mantenimiento periódico de la Carretera La Raya-Pucará no solucionaron el problema de la superficie de rodadura; de esta manera, los montos pagados con dicho motivo no fueron justificados.

Por ello, la Entidad al emitir los oficios antes citados ha cumplido con lo establecido

Calle 21 (Av. E. Canaval y Moreyra) N° 751 – 745, primer piso, Urb. Corpac, distrito de San Isidro
6267400 / 6267420



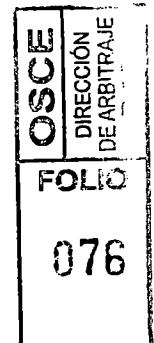
por la normatividad legal habiéndose emitido teniendo en cuenta los requisitos de validez de todo acto administrativo

Por otro lado, cabe precisar además que en el presente caso el demandante no ha demostrado que el pronunciamiento de la Entidad a través de los oficios antes citados incurre en vicios de nulidad, invalidez o ineficacia. Considerando lo expuesto y que la carga de la prueba la tiene quien afirma un hecho no corresponde amparar estas pretensiones.

En consecuencia, este Árbitro considera que no se le ha acreditado la invalidez, la nulidad o ineficacia del acto administrativo antes citado en el ámbito de la contratación pública,

Por consiguiente, las presentes pretensiones devienen en improcedentes.

"Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 1915-2015- MTC/20 en todos sus extremos"



De igual manera siguiendo el razonamiento jurídico precitado, como se puede apreciar, del documento emitido por la Entidad, este constituye un acto administrativo,³ siendo que se trata de una declaración emitida por la Entidad resolviendo un escenario jurídico, en el marco del derecho público, destinado a producir efectos jurídicos sobre una situación concreta, que en este caso se deriva de un contrato suscrito entre las partes para su ejecución.

En efecto el documento materia de impugnación al producir efectos jurídicos,⁴ debe cumplir con condiciones de validez legal, motivación, finalidad pública y la exigencia de un procedimiento regular, porque un acto administrativo es válido si esta dictado conforme al ordenamiento jurídico, eso significa que su estructura este acorde con el ordenamiento legal vigente y no contravenga la finalidad del procedimiento administrativo, ello al amparo de no afectar derechos, en este caso del demandante.

En ese sentido, tenemos que la Entidad al momento de emitir el documento materia de impugnación, se ha sustentado y motivado entre otros, conforme se desprende de los medios probatorios aportados al presente proceso a solicitar al CONSORCIO la devolución del monto de S/ 148,680.00 por la no participación del especialista de suelos y pavimentos, así como la devolución del monto de S/. 8'820,127.59 como penalidad, al no haber cumplido con su propuesta respecto a la participación del referido especialista.

Por ello, la Entidad al emitir el documento antes citado ha cumplido con lo establecido por la normatividad legal habiéndose emitido teniendo en cuenta los requisitos de validez de todo acto administrativo

Por otro lado, cabe precisar además que en el presente caso el demandante no ha demostrado que el pronunciamiento de la Entidad a través del oficio antes citado incurre en vicios de nulidad, invalidez o ineficacia. Considerando lo expuesto y que la carga de la prueba la tiene quien afirma un hecho no corresponde amparar esta pretensión.

³Idem
⁴Idem

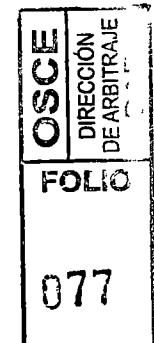
En consecuencia, este Árbitro considera que no se le ha acreditado la invalidez, la nulidad o ineficacia del acto administrativo antes citado en el ámbito de la contratación pública,

Por consiguiente, la presente pretensión deviene en improcedente.

“Determinar si corresponde declarar que se devuelva a la Entidad S/.148,680.00 por la presunta no participación del especialista de suelos y pavimentos, a que se refiere la Entidad en el oficio N° 1915-2015- MTC/20”

“Determinar si corresponde declarar que se apliquen penalidades por S/.8'280,127.59, en virtud del oficio N° 1915-2015- MTC/20”.

“En el supuesto que el Tribunal Arbitral considerara aplicable alguna penalidad en relación al oficio N° 1915-2015- MTC/20, determinar si corresponde aplicar el artículo 1346° del Código Civil, para reducir equitativamente la penalidad a imponer por “manifestamente excesiva” o porque la obligación principal fue cumplida, el cual no debería superar de S/20,000.”



Con relación a estos puntos controvertidos, este Árbitro considera insistir en el análisis antes realizado y por ende debemos mencionar, que un acto administrativo inválido sería aquél en el que existe discordancia entre el acto y el ordenamiento jurídico o que adoleciera de algún requisito de validez, por tanto, resultaría en un acto ilegal.

Por otro lado, el acto administrativo nulo, sería aquel que padece de algunas de las causales de invalidez trascendentales o relevantes previstas y que ha sido expresamente declarado como tal por la autoridad administrativa o judicial competente, determinando la expulsión del acto administrativo del mundo jurídico.

La nulidad de pleno derecho, requiere ser expresamente declarada por los órganos legitimados para hacerlo por tanto no opera de manera automática. En nuestro ordenamiento administrativo, no es posible sostener que un acto administrativo es nulo y no surte efecto alguno por más grave que sea el vicio de que padezca, si es que no ha sido expresamente calificado como tal por la autoridad competente conforme a los procedimientos establecidos legalmente.

En ese sentido, siendo que este Árbitro ha considerado no declarar invalido y/o ineficaz el Oficio N° 1915-2015- MTC/20 en todos sus extremos, en consecuencia es improcedente las pretensiones antes citadas respecto al reclamo del contratista.

“Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta N° 074-2012-MTC/20.10.16”

Asimismo, siguiendo el razonamiento jurídico del presente Laudo, como se puede apreciar, del documento emitido por la Entidad, este constituye un acto administrativo,⁵ siendo que se trata de una declaración emitida por la Entidad resolviendo un escenario jurídico, en el marco del derecho público, destinado a producir efectos jurídicos sobre

⁵ /dem

una situación concreta, que en este caso se deriva de un contrato suscrito entre las partes para su ejecución.

En efecto el documento materia de impugnación al producir efectos jurídicos,⁶ debe cumplir con condiciones de validez legal, motivación, finalidad pública y la exigencia de un procedimiento regular, porque un acto administrativo es válido si esta dictado conforme al ordenamiento jurídico, eso significa que su estructura este acorde con el ordenamiento legal vigente y no contravenga la finalidad del procedimiento administrativo, ello al amparo de no afectar derechos, en este caso del demandante.

Por ello, la Entidad al emitir el documento antes citado ha cumplido con lo establecido por la normatividad legal habiéndose emitido teniendo en cuenta los requisitos de validez de todo acto administrativo

Por otro lado, cabe precisar además que en el presente caso el demandante no ha demostrado que el pronunciamiento de la Entidad a través de la carta antes citada incurre en vicios de nulidad, invalidez o ineficacia. Considerando lo expuesto y que la carga de la prueba la tiene quien afirma un hecho no corresponde amparar esta pretensión.

OSCE
 DIRECCIÓN
 DE ARBITRAJE
 FOLIO
 078

“Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 557-2012- MTC/20.10.16 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 21 (junio 2012), por la suma de S/.68,689.12 incluido el IGV por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos”.

“Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 037-2013- MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 27 (diciembre 2012), por la suma de S/.91,635.44 más IGV por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.”

“Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 066-2013- MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 28 (enero 2013), por la suma de S/.13,064.56 más IGV, por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.”

“Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 067-2013-MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 29 (febrero 2013), por la suma de S/.9,000.00 más IGV, por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.”

“Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia del Oficio N° 068-2013-MTC/20.7 y que se declare que la Entidad debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 30 (marzo 2013), por la suma de S/.9,000.00 más IGV, por la presunta no participación del especialista en suelos y pavimentos.”

⁶ Idem

Finalmente, siguiendo el razonamiento jurídico precitado, como se puede apreciar, de los documentos emitidos por la Entidad, estos constituyen actos administrativos,⁷ siendo que se trata de unas declaraciones emitida por la Entidad resolviendo un escenario jurídico, en el marco del derecho público, destinado a producir efectos jurídicos sobre una situación concreta, que en este caso se deriva de un contrato suscrito entre las partes para su ejecución.

En efecto los documento materia de impugnación al producir efectos jurídicos,⁸ debe cumplir con condiciones de validez legal, motivación, finalidad pública y la exigencia de un procedimiento regular, porque un acto administrativo es válido si esta dictado conforme al ordenamiento jurídico, eso significa que su estructura este acorde con el ordenamiento legal vigente y no contravenga la finalidad del procedimiento administrativo, ello al amparo de no afectar derechos, en este caso del demandante.

En ese sentido, tenemos que la Entidad al momento de emitir los documentos materia de impugnación, se ha sustentado y motivado entre otros, conforme se desprende de los medios probatorios aportados al presente proceso al señalar que el CONSORCIO no ha demostrado que cumplió sus obligaciones contractuales, por cuanto no tuvo un especialista en suelos y pavimentos en el referido periodo de tiempo, más aun cuando la autorización temporal correspondía al periodo de julio, agosto y setiembre de 2012

Por ello, la Entidad al emitir los documentos antes citados ha cumplido con lo establecido por la normatividad legal habiéndose emitido teniendo en cuenta los requisitos de validez de todo acto administrativo

Por otro lado, cabe precisar además que en el presente caso el demandante no ha demostrado que el pronunciamiento de la Entidad a través del oficio antes citado incurre en vicios de nulidad, invalidez o ineficacia. Considerando lo expuesto y que la carga de la prueba la tiene quien afirma un hecho no corresponde amparar esta pretensión.

En consecuencia, este Árbitro considera que no se le ha acreditado la invalidez, la nulidad o ineficacia del acto administrativo antes citado en el ámbito de la contratación pública, en tal sentido las presentes pretensiones devienen en improcedentes.

Finalmente, siendo que este Árbitro ha considerado no declarar invalido y/o ineficaz los oficios antes citados, por consiguiente son improcedentes las devoluciones aplicadas a las valorizaciones reclamadas por el contratista.

“Determinar a quién o a quiénes le(s) corresponde(n) asumir el pago de costos y costas del presente proceso arbitral.”

El numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre la distribución los costos indicados en su artículo 70º, asimismo, el numeral 1) del artículo 73º del citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral, además tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de la parte

⁷ Ramon Parada, "Derecho Administrativo" I Parte General Decimo Quinta edición , Marcial Pons, Pág. 89" el acto administrativo es "toda manifestación de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa"

⁸ Juan Francisco Rojas Leo. " ¿Hemos encontrado el rumbo del nuevo Derecho Administrativo en el Perú?" AA.VV Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. ARA Editores, Lima 2001 Pág. 128.

vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta la circunstancias del caso.

En el convenio arbitral, las partes no se han establecido pacto alguno acerca de los costos indicado en el artículo 70º del Decreto Legislativo N° 1071.

En ese sentido ante la ausencia de acuerdo expreso entre las partes sobre este tema y considerando que no se han acogido de manera integral ninguna de las posiciones de las partes, corresponde distribuir los costos arbitrales entre las partes.

El Árbitro ha apreciado que ambas partes han actuado basados en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultaban atendibles.

Este Árbitro ha apreciado también que las partes han actuado en este proceso observando los principios de la buena fe y lealtad. Que, en este mismo orden de ideas, el colegiado considera que, ambas partes han seguido la secuela del proceso arbitral en igualdad de condiciones y haciendo valer su derecho con legítimo interés, razón por el cual, en aplicación del principio de equidad ambos deberán asumir las costas y costos del presente proceso arbitral en forma equitativa.

Por ello, este Árbitro considera que no corresponde ordenar a ninguna de las partes el pago total de los costos arbitrales. En consecuencia, se dispone que cada parte asuma sus propios costos y los costos comunes, entendiendo por tales los honorarios del Tribunal Arbitral y del Secretario Arbitral, se asuman en partes iguales.

6. LAUDO ARBITRAL DE DERECHO.

Estando a los Considerandos expuestos en los puntos precedentes, de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Arbitraje, DL 1071, y estando a lo prescrito en las normas legales pertinentes, este Árbitro expide el presente LAUDO ARBITRAL DE DERECHO, teniendo en cuenta el carácter autónomo que no genera precedente del presente proceso arbitral respecto de otras causas existentes.

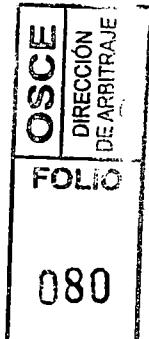
RESUELVE:

Primero.- Declarar IMPROCEDENTE la pretensión del Primer Punto Controvertido, por lo cual, no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia del Oficio N° 1596-2015-MTC/20; en consecuencia se declara que corresponde que el Consorcio Mazocruz devuelva a la Entidad, la suma de S/ 9'981,188.66.

Segundo.- Declarar IMPROCEDENTE la pretensión del Segundo Punto Controvertido, por lo cual no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia del Oficio N° 1864-2015- MTC/20.

Tercero.- Declarar IMPROCEDENTE la pretensión del Tercer Punto Controvertido por lo cual, no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia del Oficio N° 2007-2015-MTC/20.

Cuarto.- Declarar IMPROCEDENTE el Cuarto Punto Controvertido por lo cual no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia del Oficio N° 1915-2015- MTC/20.



Quinto.- Declarar IMPROCEDENTE respecto del Quinto Punto Controvertido y habiéndose declarado que no corresponde determinar la invalidez y/o ineficacia del Oficio N° 1915-2015- MTC/20 en todos sus extremos, en consecuencia es improcedente el reclamo del contratista.

Sexto.- Declarar IMPROCEDENTE el Sexto Punto Controvertido, por lo cual se declara que si corresponde aplicar penalidades al Consorcio Mazocruz por S/.8'280,127.59, por cuanto no se ha declarado la invalidez y/o ineficacia el Oficio N° 1915-2015- MTC/20 en todos sus extremos

Séptimo.- Declarar IMPROCEDENTE el Séptimo Punto Controvertido, y habiéndose declarado que no corresponde determinar la invalidez y/o ineficacia del Oficio N° 1915-2015- MTC/20 en todos sus extremos, en consecuencia es improcedente el pedido del contratista..

Octavo.- Declarar IMPROCEDENTE el Octavo Punto Controvertido por lo cual se declara que no corresponde determinar la invalidez y/o ineficacia de la Carta N° 074-2012-MTC/20.10.16.

Noveno.- Declarar IMPROCEDENTE el Noveno Punto Controvertido por lo cual, no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia del Oficio N° 557-2012- MTC/20.10.16 y que la Entidad no debe devolver la suma de S/.68,689.12 incluido el IGV por la no participación del especialista en suelos y pavimentos en la Valorización N° 21).

Décimo.- Declarar IMPROCEDENTE el Décimo Punto Controvertido, por lo cual, no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia del Oficio N° 037-2013- MTC/20.7 y que la Entidad no debe devolver el descuento a la Valorización N° 27, por la suma de S/.91,635.44 más IGV por la no participación del especialista en suelos y pavimentos.

Décimo Primero.- Declarar IMPROCEDENTE el Décimo Primer Punto Controvertido por lo cual no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia del Oficio N° 066-2013- MTC/20.7 y que la Entidad no debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 28, por la suma de S/.13,064.56 más IGV.

Décimo Segundo.- Declarar IMPROCEDENTE el Décimo Segundo Punto Controvertido por lo cual no corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia del Oficio N° 067-2013-MTC/20.7 y que la Entidad no debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N°29, por la suma de S/.9,000.00 más IGV.

Décimo Tercero.- Declarar IMPROCEDENTE el Décimo Tercer Punto Controvertido, por lo cual, no corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia del Oficio N° 068-2013- MTC/20.7 y que la Entidad no debe devolver el descuento aplicado a la Valorización N° 30 por la suma de S/.9,000.00 más IGV.

Décimo Cuarto.- DISPÓNGASE que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asume los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios del Tribunal Arbitral, del Secretario Arbitral, su defensa legal, entre otros.

Décimo Quinto: DISPONGASE que la secretaría arbitral remita al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado OSCE, copia del presente laudo arbitral.

El presente Laudo parcial es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes, en consecuencia una vez firmado, notifíquese a las partes, para su cumplimiento, con arreglo a lo dispuesto por la Ley General de Arbitraje.



ERNESTO ARMANDO VALVERDE VILELA
Arbitro

