

Expediente Arbitral: N° 085-2009/SNCA

Demandante: Consorcio Pampas

Demandado: Proyecto Especial Sierra Centro Sur - PESCS

Árbitro Único: Jaime Alejandro Gray Chicchón

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Resolución N° 30

Lima, 25 de febrero de 2012

VISTOS:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 16 de octubre de 2007 el Proyecto Especial Sierra Centro Sur – PESCS (en adelante, la Entidad o PESCS) y el Consorcio PAMPAS (en adelante, el Consorcio o el Contratista) suscribieron el Contrato N° 028-2007-INADE-PESCS, por la modalidad de Concurso Oferta (en adelante, el Contrato), en virtud de la Licitación Pública N° 002-2007-INADE-PESCS, con la finalidad de ejecutar la Obra “Construcción de Puente Incachaca – Vilcashuamán – Andahuaylas”.

En la Cláusula Décimo Tercera del Contrato las partes establecieron que las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante arbitraje, debiendo solicitarse el inicio de este procedimiento en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad.

Asimismo, en la referida Cláusula las partes establecieron que el arbitraje se llevará a cabo bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE y de acuerdo a su Reglamento.

II. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO Y ACTA DE INSTALACIÓN

Habiéndose suscitado una controversia entre las partes derivada de la Resolución del Contrato, el Consorcio presentó su Demanda Arbitral con fecha 05 de marzo de 2009, designando como árbitro al Doctor Emilio Cassina.

Mediante escrito del 31 de marzo de 2009, PESCS por medio de su Director Ejecutivo, contesta la Demanda y deduce excepción de prescripción de la misma. En el mismo escrito, consta que la Entidad designó como árbitro al Doctor Mario Gonzáles Peralta.

Mediante Oficio N° 1973-OSCE/DAA y N° 2326-2009-OSCE/DAA de fecha 24 de abril de 2009, la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE comunicó al Consorcio y a la Entidad respectivamente, que habiendo transcurrido el plazo otorgado para el pago de la tasa respectiva, se tiene por no presentado el escrito de contestación de la demanda de la Entidad. Asimismo, considerando que las partes no han pactado sobre el número de árbitros a nombrar, cumple con informar que se procederá con la designación del árbitro único correspondiente a cargo del Colegio de Arbitraje Administrativo del SNCA.

Así las cosas, mediante Acta de Designación de Árbitro N° 020-2009-SNA de fecha 06 de julio de 2009, la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, procedió a designar como Árbitro Único al doctor Jaime Alejandro Gray Chicchón para resolver la controversia, determinando su cuantía en S/. 2'097,143.36 Nuevos Soles. Este documento fue puesto de conocimiento de las partes mediante Oficios N° 3664-2009-OSCE/DAA y N° 3665-2009-OSCE/DAA.

Es así que mediante Oficio N° 4452-2009-OSCE/DAA de fecha 11 de agosto de 2009, el OSCE procedió a comunicar al doctor Jaime Alejandro Gray Chichón su designación como Árbitro Único en la controversia vinculada al Contrato N° 028-2007-INADE-PESCS "Ejecución de Obra: Construcción del Puente Vilcashuamán – Andahuaylas", quien aceptó dicha designación.

Con fecha 12 de noviembre de 2009, se instaló el Arbitraje constituido por el Árbitro Único doctor Jaime Alejandro Gray Chicchón, conjuntamente con el Director de Arbitraje Administrativo del OSCE, doctor Franz Kundmüller Caminiti; con la asistencia de CONSORCIO PAMPAS representada por los señores César Andrés Vitor Benavente, Milton Aldo Mendoza Torres y la abogada Ana María

Salazar Laguna y la asistencia del PROYECTO ESPECIAL SIERRA CENTRO SUR, representada por el abogado Carlos Augusto Flores Alvizuri y el ingeniero Luis Alberto Aréstegui Quispe. Las partes asistentes manifestaron su conformidad con la designación realizada y expresaron que al momento de la suscripción del Acta de Instalación, no tienen conocimiento de causal de recusación en contra del Árbitro.

III. DEMANDA ARBITRAL

El Consorcio solicitó en su escrito de Demanda Arbitral presentada el 05 de marzo de 2009 y en su escrito de subsanación del 10 de marzo de 2009, que se declaren Fundadas las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se deje sin efecto la Resolución Directoral N° 00022-2009-INADE-7100 que resuelve el Contrato N° 028-2007-INADE-PESCS "Ejecución de Obra: Construcción del Puente Vilcashuamán – Andahuaylas" y paraliza la ejecución de la Obra.

SEGUNDA PRETENSIÓN

Que se fije una indemnización por los gastos, daños y perjuicios ocasionados al Consorcio, por la suma de **S/. 550,000.00 (Quinientos cincuenta mil y 00/100 Nuevos Soles)**

TERCERA PRETENSIÓN

Que se restituya la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento emitida a favor de la Entidad, en el supuesto que ésta haya sido ejecutada.

CUARTA PRETENSIÓN

Que se ordene a la Entidad el reconocimiento de gastos, costas y costos que genere el proceso arbitral.

QUINTA PRETENSIÓN

Que se ordene a la Entidad el pago de **S/. 2'097,143.36 (Dos millones noventa y siete mil ciento cuarenta y tres y 36/100 Nuevos Soles)**, monto que se encuentra compuesto por concepto de la Valorización N° 08 (**S/. 969,981.47 Nuevos Soles**), Valorización N° 09 (**S/. 858,542.69 Nuevos Soles**), los Gastos Generales por 113 días ascendentes a **S/. 168,619.20 Nuevos Soles** y los intereses devengados hasta la fecha de pago por parte de la Entidad.

SEXTA PRETENSIÓN

Que se deje sin efecto la Resolución N° 0519-2008-INADE-7106, por no cumplir con las características legales de ley (sic).

A) FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA

El Consorcio precisó los siguientes fundamentos en su escrito de Demanda del 05 de marzo de 2009:

1. Con fecha 16 de octubre de 2007, el Consorcio y la Entidad suscribieron el Contrato N° 028-2007-INADE-PESCS para la ejecución de la obra "Construcción del Puente Incachaca – Vilcashuamán – Andahuaylas", por la modalidad de Concurso Oferta. La ejecución de la obra comprende también la elaboración del respectivo Expediente Técnico, por un monto contractual S/. 5'853,642.40 y un plazo de ejecución de 240 días. La fecha de inicio de elaboración del Expediente Técnico era el 31 de julio de octubre de 2007, debiendo efectuarse éste en noventa (90) días.
2. Mediante Resolución N° 084-2007-INADE-7100 del 26 de marzo de 2008, se aprueba el Expediente Técnico, indicando que "cumplía con todos los aspectos técnicos y exigencias técnicas señaladas en la guía N° 001-2003-INADE-1201".
3. Que el Consorcio mediante Carta N° 039-2008/CPAMPAS de fecha 24 de abril de 2008 y recibida por la Entidad el 28 de abril de 2008, levanta las observaciones efectuadas al Expediente Técnico.

Que mediante Acta de Trabajo de fecha 01 de abril de 2008, los representantes de la Entidad y el Consorcio acordaron la fecha del inicio de la obra, el acceso de la obra y la disponibilidad presupuestal.

Que el 21 de mayo de 2008, el Consorcio remitió Carta N° 042-2008/C.PAMPAS requirió al Gerente de la Región Vilcashuamán – Región Ayacucho que se culmine con los trabajos en la carretera Saurama Río Pampas que no permiten el paso de maquinaria pesada.

4. Con fecha 19 de junio de 2008, la Gerencia de Estudios emite el Memorándum N° 359-2008-INADE-5301-GE dirigido al Director Ejecutivo de la Entidad, mediante el cual opina favorablemente respecto a la aprobación del adicional para los accesos ascendentes a S/. 536,552.01.
5. Que debido a “una mala gestión” de la Entidad, recién el 02 de mayo de 2008 se pudo iniciar la obra ya que no se solucionaban los problemas de accesibilidad del distrito de Saurama al Río Pampas.
6. Que la Entidad quiere imputar multas y sanciones que no le corresponden al Consorcio, ya que la Entidad había otorgado ampliación de plazo por cuarenta y siete (47) días. Además mencionan que lo efectivamente solicitado fue por un plazo adicional de sesenta y dos (62) días y que este plazo quedó aceptado al no haberse pronunciado la Entidad en el plazo establecido por el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Que la Entidad no consideró que el 31 de diciembre de 2008 se paralizó la obra por razones climáticas y que tampoco resolvió el problema existente de los accesos al lugar de la obra.

7. Que se está afectando la veracidad en cuanto al real avance de la obra, ya que la Entidad conoce el estado de fabricación del puente, el cual se encuentra construido y expedito para el transporte e instalación de los mismos en la zona. En tal sentido, la Entidad al ejecutar la Carta Fianza otorgada está lesionando económicamente al Consorcio, por lo que el pedido de indemnización por el daño sufrido se encuentra justificado.

8. A la fecha de la presentación de la demanda arbitral, la estructura de la obra era la siguiente:

- Obras preliminares y otros:	100%
- Subestructura y obras en concreto:	75%
- Superestructura, obras metal mecánicas e instalación:	80%

En tal sentido, no es correcta la afirmación de la Entidad de que la obra se encuentra "súper atrasada".

9. La Entidad ha desaprobado el Adicional N° 01 para la ejecución de los accesos, los que fueron tramitados desde el inicio de la obra y aprobados por la Gerencia de INADE y comunicado oportunamente al Director Ejecutivo del PESCS mediante Memorandum N° 359-2008-INADE-53001-GE. El adicional fue por S/. 536,552.01 es decir una incidencia del 9.17%.

Mediante Resolución N° 0530-2008-INADE-7100 del 27 de diciembre de 2008 se declaró no ha lugar por no contar con cobertura presupuestal.

10. Que debe considerarse que el Consorcio no se encontraba en supuesto de resolución, puesto que la ampliación de plazo fue otorgada por sesenta y dos (62) días y la obra se encontraba paralizada desde el 31 de diciembre de 2008. Por tanto la resolución es nula.
11. Que si hubo retraso en la ejecución de la obra, éste fue por causas no atribuibles al Consorcio, tal como el negar el adicional destinado a la creación de los accesos a la rivera del río, como la demora en el pago de las valorizaciones y la existencia de constantes lluvias y crecidas de río.

B) FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA

El Consorcio sustenta sus pretensiones en la siguiente base legal:

1. Tercera Disposición Complementaria de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, aprobado por DS 083-2004-PCM.
2. Cláusula Décimo Tercera del Contrato N° 028-2007-INADE-PESCS.

3. Directivas de Supervisión vigente.
4. Artículo 43º y 259º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – FORMULA OPOSICIÓN AL ARBITRAJE POR PRESCRIPCIÓN

La Entidad mediante escrito presentado el 31 de marzo de 2009, formuló oposición al Arbitraje por prescripción y efectuó contestación de la demanda.

A) FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Entidad presentó los siguientes hechos para sustentar su contestación:

1. Con fecha 16 de octubre de 2007, la Entidad suscribió el Contrato N° 028-2007-INADE-PESCSC con el Consorcio Pampas para la ejecución de la obra "Construcción del Puente Incachaca Vilcashuamán Andahuaylas", mediante la modalidad de Concurso Oferta, que comprende la elaboración del Expediente Técnico y ejecución de la Obra en un plazo de 240 días calendarios (08 meses), siendo 90 días para la elaboración del Expediente Técnico. El monto total del Contrato ascendía a la suma de **S/. 5'853,632.40 Nuevos Soles**.
2. Con fecha 26 de marzo de 2008 la Entidad emitió la Resolución N° 084-2008-INADE-7100, mediante la cual aprueba el Expediente Técnico de la obra, indicando en su cuarto considerando que cumple en general con todos los aspectos y exigencias técnicas, estudios básicos, presupuesto, costos unitarios, etc (es decir, con requisitos generales, aspecto "formal"), sin embargo no se otorga la respectiva conformidad a los diseños, canteras, materiales, etc.

En el sexto considerando de la resolución se establece que el Expediente Técnico presenta observaciones relacionadas a las características de diseño y tipo de materiales en obra, ensayos de laboratorio, instalación de estructuras de encausamiento, accesos, definición de canteras, relación de maquinarias, etc (es decir, no cumple con el aspecto de "fondo").

Que la Entidad resuelve "Comunicar al Contratista que deberá levantar las observaciones hechas por el INADE y la Supervisión contratada, antes de la ejecución de la obra, las cuales una vez levantadas dichas observaciones a entera satisfacción y conformidad de la Entidad darán derecho al pago de adelanto en efectivo y de materiales", por lo que era de plena conocimiento del Consorcio el contenido de la Resolución, siendo su obligación subsanar el Expediente Técnico antes del inicio de la obra.

3. Con Carta N° 0208-2008-NRR (1252) del 06 de marzo de 2008, el Consultor Néstor Romeo Ramírez observa el Estudio Geotécnico, Estudio Geológico y Geotécnico y Estudio de Suelos con fines de cimentación y determinación de la capacidad portante, indicando que no existe sello y firma del profesional ejecutor y/o responsable, que debería recurrir al Manual de Diseño de Puentes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones numeral 1.3 estudios geológicos y geotécnicos más no la norma E050 para habilitaciones urbanas y edificaciones.

Con Carta N° 001-2008/GOA-SPI de fecha 11 de marzo de 2008, el Consultor Giuliano Otárola Acevedo presenta observaciones al proyecto, indicando que el Consorcio no cumplió con presentar la memoria de cálculo, planilla de metrados sustentados, memoria de costos, presupuesto en versión electrónica S10, análisis de costos unitarios, desagregado de gastos generales, cronograma de desembolsos, fórmulas, fórmulas polinómicas, programación de obra (en versión electrónica MS Project), Calendario de adquisición de materiales, calendarios de utilización de equipo mecánico, relación de equipo mínimo, estudios de canteras y depósito de material excedente, estudio de fuentes de agua, así como observaciones a la memoria descriptiva y planteamiento de proyecto, estudios de ingeniería básica, estudios de hidrología e hidráulica, estudios geológicos y geotécnicos, estudio de impacto ambiental y social, planos sin numeración y codificación, sin adecuarse a los términos de referencia del Contrato y Manual de Puentes del Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

Con Carta N° 004-2008/HB-ECV-Asociados del 12 de marzo de 2008, la Supervisión presenta el contenido de las cartas indicadas y con Carta N° 016-2008-RUM del 14 de marzo de 2008 se presenta el Primer Informe de la

evaluación del Estudio de Hidrología e Hidráulica Fluvial para el diseño del Puente Incachaca.

4. A pesar del incumplimiento por parte del Consorcio consistente en no levantar las observaciones efectuadas, la Entidad cumplió con brindar las facilidades a fin que proceda con la ejecución eficiente de la obra, otorgando el Adelanto Directo correspondiente al 20% del monto contractual, el cual ascendió a la suma de S/. 1'170,726.68 Nuevos Soles, todo ello a fin de cumplir con las condiciones establecidas en el artículo 240° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para el inicio del plazo de ejecución de obra.
5. Mediante Carta Notarial de fecha 09 de abril de 2008, la Entidad notifica al Contratista para que cumpla con levantar las observaciones efectuadas al Expediente Técnico, las cuales adjuntan en 16 folios y otorgando un plazo de 10 días calendario para subsanarlas.

Con Carta N° 039-2008/C.PAMPAS recibida el 16 de abril de 2008, el Consorcio adjunta sólo la evaluación hidrológica e hidráulica a modo de subsanación de observaciones. La Entidad consideró que el levantamiento de observaciones no fue efectuado a satisfacción y el Expediente no se considera completo.

El Consorcio con Carta N° 039-2008/C.PAMPAS del 28 de abril de 2008, alcanza el Expediente Técnico con las observaciones supuestamente levantadas, las cuales se remitieron con Carta N° 053-2008-INADE-PESCS-7105 del 30 de junio de 2008, para evaluación de la empresa Consorcio HB Contratistas Generales (empresa contratada por la Entidad para efectuar la Supervisión de la obra).

Mediante Informe N° 072-2008-INADE-PESCS-7105/IO de fecha 29 de abril de 2008, el Ingeniero de obras emite opinión respecto de la procedencia del adelanto de materiales, recomendando que se exija al Consorcio la entrega del Expediente Técnico con las observaciones debidamente levantadas y ~~suspender~~ toda solicitud de adelanto hasta que no se cumpla con la misma.

6. La Entidad solicita al Consorcio mediante Carta Notarial de fecha 02 de octubre de 2008, que cumpla con la entrega del Expediente Técnico de la

obra debidamente subsanada, para lo cual otorga un plazo de 02 días calendarios.

Asimismo, con Carta Notarial de fecha 27 de octubre de 2008, la Entidad comunica al Consorcio que no procederá a efectuar el adelanto de materiales solicitado, debido a que no ha hecho llegar el Expediente Técnico completo.

7. Que con Carta N° 042-2008/C.PAMPAS de fecha 21 de mayo de 2008, el Consorcio solicitó a la Subregión de Vilcashuamán Ayacucho la culminación de los trabajos de construcción de alcantarillas en la vía de acceso a la obra Saurama – Río Pampas, por lo que es falso lo afirmado por el Consorcio en su demanda arbitral, en el sentido que solicitó a la Entidad la habilitación de los accesos, denotando su falta de seriedad en su accionar.
8. El Consorcio comunica a la Entidad con Carta N° 041-2008/C.PAMPAS sobre las dificultades en la ejecución de la obra debido a los trabajos que se vienen ejecutando en la vía de acceso Saurama – Río Pampas, motivo por el cual los trabajos se reiniciarán el 05 de mayo de 2008.

Mediante Carta N° 015-2008/C.PAMPAS de fecha 19 de septiembre de 2008, el Consorcio solicita a la Supervisión la ampliación de plazo N° 01 por cincuenta y un (51) días calendario, en razón de la demora referida en el párrafo anterior. En atención a esta solicitud, la Supervisión recomienda a la Entidad otorgar una ampliación de plazo por treinta y nueve (39) días, no obstante el 02 de octubre de 2008 se otorgó ampliación de plazo N° 01 por cincuenta y un (51) días calendario mediante Resolución Directoral N° 0372-2008-INADE-7100.

En relación a esta primera ampliación, el Consorcio comunica con Carta Notarial del 25 de septiembre de 2008 su renuncia a los Gastos Generales correspondientes, lo cual es aceptado por la Entidad al ser un derecho renunciante. Por tanto, el Consorcio no puede manifestar que tuvo impedimentos para la ejecución de la obra, ya que se otorgó la ampliación solicitada por la demora en la habilitación en el acceso a la misma.

9. Que el Expediente Técnico no considera la construcción de los accesos debido a que los accesos a pie ya existen, por lo que el Consorcio pretende

justificar su retraso e incumplimiento amparándose en la construcción de los accesos a la plataforma de trabajo, los cuales son de obligación del Consorcio como Contratista y que no impiden la ejecución de la estructura y superestructura del puente ni el lanzamiento del mismo, ya que se cuenta con área suficiente para ello, tal como se advierte en las fotografías que acompañan a la contestación de la demanda.

10. Respecto al plazo de ejecución de la obra, la entrega del terreno se efectuó el 18 de abril de 2008, pero debido a la falta del Expediente Técnico debidamente subsanado, las partes acordaron como fecha de inicio el 02 de mayo de 2008.

El avance físico de la obra al primer mes fue de 0.01% cuando correspondía un 6% y el segundo mes fue de 1.51% cuando debía ser 15.92%, conforme al nuevo calendario de avance de obra. En razón a este atraso, la Entidad pudo haber optado por la resolución del Contrato, sin embargo procedió a brindar facilidades al Consorcio.

11. Mediante Carta N° 027-2008/HB-ECV de fecha 28 de junio de 2008, la Supervisión indicó que la obra se encuentra atrasada, por lo que en virtud al artículo 263° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, solicita el cronograma reprogramado y acelerado de obra. Asimismo, manifiesta que es necesario proceder con la intervención económica de la obra, de conformidad al artículo 264° de la citada norma.

Situación similar sucedió el 03 de julio de 2008, cuando la Supervisión con Informe N° 003-2008-HRT comunica que la obra presenta un atraso del 99.425% y al haber transcurrido 58 días de ejecución, solicita el cronograma reprogramado acelerado, equipos mínimos para revertir el atraso, recomendando la intervención económica de la obra en un plazo de 15 días de notificado al Consorcio.

La tercera valorización acumulada al mes de julio de 2008 fue de 1.89% respecto del 31.44% reprogramado, por tal motivo, la Entidad decidió proceder con la intervención económica de la obra para lo cual emitió la Resolución Directoral N° 0320-2008-INADE-7100 de fecha 13 de agosto, la

cual fue comunicada al Consorcio con Carta Notarial de fecha 15 de agosto de 2008.

12. Mediante Carta Notarial de fecha 05 de septiembre de 2008, la Entidad solicita al Consorcio la suscripción de la cláusula adicional al Contrato, en virtud del cual se obliga al Contratista a efectuar en efectivo los aportes detallados en el cronograma indicado en dicha cláusula, de conformidad con lo establecido en la Directiva N° 001-003/CONSUCODE/PRE de Intervención Económica.

El Consorcio hizo caso omiso a la comunicación, a pesar de que la Entidad continuó brindando las facilidades y depositando las valorizaciones en cuenta mancomunada.

13. Con fecha 17 de septiembre de 2008, la Supervisión continuó presentando informes situacionales de la obra y efectuando recomendaciones respecto a la ejecución de la misma. De igual forma, indica al Consorcio que no autorizará los trabajos correspondientes a la estructura en tanto no remita las pruebas de compatibilidad de la capacidad portante del suelo de cimentación correspondiente al estribo derecho.
14. El 17 de septiembre de 2008 la Supervisión presenta el Informe N° 005-2008-HRT, en el cual manifiesta que es necesario que se proceda con la renovación de la Carta Fianza de adelanto, ya que la misma había vencido y habían transcurrido 136 días de ejecución de obra.
15. Con fecha 18 de octubre de 2008, el Consorcio presentó la segunda solicitud de ampliación de plazo por 62 días calendario. A pesar que la Supervisión recomendó no otorgar el plazo solicitado y que la solicitud fue presentada fuera de los plazos de ejecución, la Entidad emitió la Resolución Directoral N° 0519-2008-INADE-7100 de fecha 05 de diciembre de 2008 aprobando una ampliación de plazo por 47 días calendario.

No obstante, la Resolución Directoral fue notificada de manera extemporánea, por lo que quedó consentida la ampliación de plazo por los 62 días calendario solicitados, siendo la nueva fecha de finalización de obra el 20 de enero de 2009 y a partir de la cual se considera la aplicación de las penalidades.

El Consorcio pretende la nulidad de la referida Resolución Directoral basado en que la misma había sido refrendada por el Ing. Mesías Heli Julca Trisolini el mismo día en que se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución Ministerial que daba por concluida su designación en el cargo de Director Ejecutivo del Proyecto Especial Sierra Centro Sur. En tal sentido, esta solicitud no procede puesto que la culminación de la designación se hace efectiva a partir del día siguiente de la publicación.

16. El avance real de la obra a la fecha del vencimiento del plazo fue de 18.95%, siendo que el Consorcio pretende valorizar los trabajos de fabricación de la superestructura metálica del puente, la que se encuentra en la ciudad de Lima. En tal sentido, la superestructura será valorizada una vez que el Consorcio la traslade y efectúe el lanzamiento respectivo.

De igual forma, la Entidad señala que no es correcto que se pretenda lesionar económicamente al Consorcio, debido a que la fabricación de la superestructura ha sido efectuada con el monto otorgado por la Entidad por concepto de adelanto de materiales a pesar de no contar con el Expediente Técnico, ni con la Carta Fianza y estando la obra intervenida económicamente.

17. La Entidad manifiesta que para la construcción de la cámara de anclaje, el montaje y el lanzamiento del puente, no es necesaria la construcción de accesos al puente, puesto que existe suficiente espacio y accesibilidad para estos trabajos, lo cual se evidencia en las fotografías que se adjuntan.

El Consorcio pretende justificar su retraso e incumplimiento del Contrato alegando como primordial la construcción de los accesos, sin embargo hasta la fecha de la contestación de la demanda, no se encontraba en obra ni los cables ni la estructura metálica.

Es así que los accesos a pie de obra existen, de forma contraria el Consorcio no hubiese podido efectuar el ingreso de sus volquetes y maquinarias.

18. Desde el inicio de la ejecución del Contrato, la Entidad manifiesta que ha mostrado interés y brindado facilidades al Consorcio para la ejecución de la

obra, sin embargo éste no ha cumplido con sus obligaciones contractuales perjudicando a la Entidad.

B) FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Entidad fundamenta su contestación en la siguiente base legal:

1. Constitución Política del Perú.
2. Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo N° 083-2004-PCM).
3. Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo N° 084-2004-PCM).
4. Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje.
5. Cláusula Décimo Tercera del Contrato N° 028-2007-INADE-PESCS.

C) FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Respecto a la formulación de excepción de prescripción, la Entidad la presentó como Otrosí en su escrito de demanda arbitral, basada en los siguientes hechos:

1. Que con fecha 16 de febrero de 2009 se notificó al Consorcio la Carta Notarial N° 28410 y la Resolución Directoral N° 022-2009-INADE-7100, a través de la cual se procede con la Resolución del Contrato.
2. Que el plazo para interponer la demanda arbitral por parte del Consorcio venció el 02 de marzo de 2009, en virtud de lo establecido en el artículo 267° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y de la Cláusula Décimo Tercera del Contrato.
3. El Consorcio interpuso su Demanda Arbitral el 05 de marzo de 2009, es decir, fuera del plazo establecido por la normativa.
4. Se tiene que la Resolución del Contrato ha quedado debidamente consentida y por tanto no cabe interposición de la Demanda Arbitral al haberse extinguido el derecho de acción respecto a pretensión.

D) FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

1. Artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
2. Artículo 28° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE.
3. Cláusula Décimo Tercer del Contrato N° 028-2007-INADE-PESCS.
4. Numeral 12 del Artículo 446° del Código Procesal Civil.

V. HECHOS PREVIOS RELEVANTES A LA AUDIENCIA DE FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

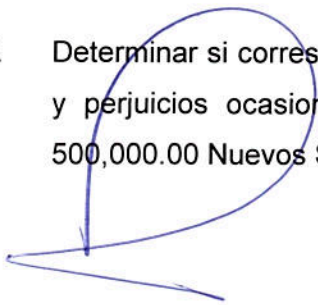
1. Mediante Oficio N° 1201 de fecha 12 de marzo de 2009, la Dirección de Arbitraje Administrativo comunicó a la Entidad la presentación de la Demanda Arbitral, otorgando un plazo de diez (10) días hábiles, a fin de presentar la contestación a la demanda y de ser el caso formulen reconvencción, cumpliendo en cualquier supuesto con el pago de la tasa ascendente a S/. 177.50 (Ciento Setenta y Siete y 50/100 Nuevos Soles).
2. Con escrito de fecha 07 de septiembre de 2009, la Entidad solicita ampliación de diez (10) días para el pago de gastos arbitrales.

VI. AUDIENCIA DE FIJACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

6.1 Fijación de Puntos Controvertidos:

El Árbitro Único luego de revisar lo expuesto por el Consorcio en su escrito de Demanda Arbitral, consideró seis (06) los puntos controvertidos:

- i. Determinar si corresponde o no, dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 022-2009-INADE-7100.
- ii. Determinar si corresponde o no, fijar una indemnización por los gastos, daños y perjuicios ocasionados a favor de la demandante, por la suma de S/. 500,000.00 Nuevos Soles.



- iii. Determinar si corresponde o no, que la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento emitida a favor de la Entidad por la demandante, en caso haya sido ejecutada, sea restituida.
- iv. Determinar si corresponde o no, ordenar a la Entidad el pago de S/.2'097,143.36 Nuevos Soles, monto que se encuentra compuesto por concepto de la Valorización N° 08 (**S/. 969,981.47 Nuevos Soles**), Valorización N° 09 (**S/. 858,542.69 Nuevos Soles**), los Gastos Generales por 113 días ascendentes a **S/. 168,619.20 Nuevos Soles** y los intereses devengados hasta la fecha de pago por parte de la Entidad.
- v. Determinar si corresponde o no, dejar sin efecto la Resolución N° 0519-2008-INADE-7106.
- vi. Determinar a quién y en qué proporción se deberán asumir las costas y costos del proceso arbitral.

El Árbitro Único podrá resolver los puntos controvertidos en el orden que considere conveniente y resolver la excepción formulada por la Entidad, en el momento de laudar.

6.2 Saneamiento Probatorio:

El Árbitro Único considera que deben admitirse los medios probatorios enumerados del 1 al 10, presentados por el demandante.

Respecto a los medios probatorios presentados por la demandada, al no haberse admitido la contestación de la demanda a la fecha de la Audiencia, se considera que no hay medios probatorios que admitir por parte de la Entidad.

No obstante, el Árbitro Único considera necesario incorporar como medios probatorios de oficio, los documentos presentados por la Entidad en su escrito de fecha 31 de marzo de 2009, enumerados del 1 al 56.

VII. DESIGNACIÓN DE PERITO – INFORME PERICIAL

7.1 El Árbitro Único mediante Resolución N° 01 de fecha 30 de noviembre de 2009, resolvió designar de oficio al Ingeniero Carlos López Avilés como Perito en el proceso arbitral.

7.2 De igual forma, fijó las siguientes reglas para la actuación de la pericia:

- i. Se correrá traslado recíproco entre las partes de los escritos presentados, a fin que cada una de ellas exprese lo conveniente a su derecho, respecto a los alcances de la Pericia planteada por la parte contraria.
- ii. La Pericia se practicará únicamente a efectos de comprobar o verificar los hechos controvertidos del proceso, precisándose de ser el caso, las causas o efectos de los mismos. La Pericia sólo comprenderá hechos objetivos y verificables y no podrá versar sobre aspectos que supongan en modo alguno, calificación, juicio u opinión subjetiva del perito sobre los hechos controvertidos, facultad que corresponde exclusivamente al Árbitro Único.
- iii. Emitido el Informe Pericial, se correrá traslado a las partes para que formulen lo que convenga a su derecho. Las partes tendrán derecho a una audiencia donde el Perito sustentará su pericia y las partes podrán contradecir y/o sustentar lo que corresponda a su derecho, con lo cual se dará por concluida la actuación de la prueba.

7.3 Con escrito de fecha 30 de diciembre de 2009, la Entidad presenta propuesta de puntos periciales.

7.4 Mediante Resolución N° 03 de fecha 05 de febrero de 2010, el Árbitro Único fija el pliego pericial en los siguientes puntos:

- i. Determinar el alcance de la Obra establecida en el Contrato objeto del presente proceso arbitral.
- ii. Determinar si el Expediente Técnico aprobado por la entidad cumplía con las exigencias técnicas requeridas.
- iii. Determinar si las observaciones formuladas al Contratista respecto a supuestos vicios del Expediente Técnico eran esenciales para la ejecución de la Obra.
- iv. Determinar el avance físico de la obra.
- v. Determinar si se acumuló la penalidad máxima.

- 7.5 Mediante escrito de fecha 15 de febrero del 2010, el perito propone como honorarios para la realización de la pericia, el monto ascendente a S/. 6,000.00 Nuevos Soles, estimando un plazo de veinte (20) días útiles a partir de la recepción de todos los documentos necesarios y el pago de los honorarios, para la entrega del Informe Pericial. Asimismo, señala que la pericia será de tipo documentaria, por lo que se efectuará una verificación de los documentos que obran en el expediente arbitral y en caso se necesite documentación adicional, gestionará la obtención del mismo por medio del Tribunal.
- 7.6 Con Resolución N° 04 de fecha 05 de mayo de 2010, el Árbitro Único resuelve tener presente lo señalado por el perito y fijar como honorarios profesionales el monto de S/. 6,000.00 Nuevos Soles y otorgar a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para que las partes cumplan con realizar el pago del 50% de los honorarios del perito. Además se indica que el 50% restante será cancelado por las partes una vez entregado el Dictamen Pericial al Árbitro Único, luego del cual se procederá a remitir el contenido del Dictamen a las partes. Asimismo, se señala que el plazo de entrega del Dictamen será de veinte (20) días hábiles computados a partir del día siguiente de la notificación que acredita la verificación del pago del 50% de los honorarios profesionales del perito. Finalmente, se otorga un plazo de cinco (05) días hábiles para que cada parte presente copia simple de todos los escritos presentados a la fecha, para que estos sean presentados al perito.
- 7.7 Con fecha 05 de junio de 2010, la Entidad presentó escrito con documentación a tener en cuenta por el perito para la mejor elaboración de su Dictamen.
- 7.8 El Árbitro Único, mediante Resolución N° 05 de fecha 07 de junio de 2010, se tiene por cumplido por parte de la Entidad, el mandato establecido en la Resolución N° 04 y otorga por última vez al Consorcio un plazo de cinco (05) días hábiles para que cumpla con el pago de los honorarios del perito, bajo apercibimiento de suspender el arbitraje.
- 7.9 Con Resolución N° 06 del 30 de junio de 2010, se declara inadmisibile el escrito presentado por la Entidad indicado en el numeral 7.7 del presente acápite y solicita que cumpla en cinco (05) días hábiles para remitir tres (03) copias de su escrito y los anexos respectivos.

- 7.10 Mediante Resolución N° 07 de fecha 23 de julio de 2010, se tiene por cumplido lo solicitado en la Resolución N° 06.
- 7.11 Mediante Resolución N° 08 de fecha 23 de julio de 2010, el Árbitro Único resuelve que se tienen por cancelados los honorarios profesionales del Perito a cargo de la Entidad. Asimismo, se ordena a la Secretaría Arbitral que remita al Perito todos los escritos presentados por el Consorcio a la fecha de la Resolución N° 04. De igual forma, se otorga al Consorcio un plazo de cinco (05) días hábiles para que efectúe el pago por concepto de derecho de tramitación de copia simple. Finalmente, se da inicio al cómputo de entrega del Dictamen Pericial a cargo del Perito.
- 7.12 Mediante escrito de 09 de agosto de 2010, el Consorcio solicita la suspensión del plazo para elaborar la pericia, a efectos que el perito pueda visitar la obra, para una evaluación real del proyecto.
- 7.13 Mediante Resolución N° 09 de fecha 30 de agosto de 2010, el Árbitro Único resuelve otorgar al Consorcio un plazo de cinco (05) días hábiles para que remita el Expediente Técnico final, incluido las subsanaciones a las observaciones) y la documentación sustentatoria que permita determinar el avance físico de la obra. Asimismo, se resolvió suspender el plazo para la elaboración de la pericia hasta que el Consorcio cumpla con lo ordenado.
- 7.14 Mediante Resolución N° 11 de fecha 02 de noviembre de 2010, el Árbitro Único resuelve dejar constancia que el Consorcio no ha cumplido con lo solicitado en el plazo otorgado mediante Resolución N° 09, por lo que se otorga a la Entidad un plazo de cinco (05) días hábiles para que remita lo que le fue solicitado al Consorcio.
- 7.15 El Consorcio con escrito de fecha 11 de noviembre de 2010, solicita que se le conceda un plazo excepcional de diez (10) días hábiles, a fin de cumplir con el requerimiento solicitado por la Resolución N° 09.
- 7.16 Mediante Resolución N° 12 de fecha 09 de diciembre de 2010, el Árbitro Único resuelve otorgar un plazo de diez (10) días hábiles para que el Consorcio cumpla con lo solicitado en la Resolución N° 09, bajo apercibimiento de suspender

el proceso arbitral por quince (15) días hábiles, en caso no cumpla con el mandato.

7.17 Con Resolución N° 13 de fecha 21 de febrero de 2011, se tiene por cumplido lo solicitado al Consorcio

7.18 El Árbitro Único con Resolución N° 14 de fecha 18 de abril de 2011, resolvió levantar la suspensión del plazo de entrega del Dictamen Pericial por parte del Perito y otorgar un plazo de veinte (20) días hábiles para la entrega del mismo.

7.19 El Perito Ing. Carlos López Avilés remite escrito de fecha 20 de junio de 2011, en el cual solicita una extensión de diez (10) días, contados desde la recepción del escrito, para la entrega del Informe Pericial.

7.20 Con fecha 31 de agosto de 2011, el Ing. Carlos López Avilés emite Informe Pericial solicitado por el Árbitro Único, el cual responde el pliego pericial de la siguiente manera:

- i. Determinar el alcance de la Obra establecida en el Contrato objeto del presente proceso arbitral:

El Perito manifiesta que el alcance del Contrato es la elaboración del Expediente Técnico definitivo y la ejecución de la obra Puente Incachaca – Vilcashuamán – Andahuaylas.

- ii. Determinar si el Expediente Técnico aprobado por la entidad cumplía con las exigencias técnicas requeridas.

El Perito indica que la aprobación del Expediente Técnico mediante Resolución Directoral N° 084-2008-INADE-7100 de fecha 26 de marzo de 2008 fue efectuada en base al Memorándum N° 116-2008-INADE-5301-GE de la Gerencia de Estudio y Obras del Instituto Nacional de Desarrollo.

La referida resolución en su tercer considerando indica que el expediente "cumple en general con todos los aspectos y exigencias técnicas según la normatividad vigente en cuanto a su presentación y de su revisión la Gerencia de Estudios ha constatado que cuenta con Memoria Descriptiva, Especificaciones Técnicas,

Estudios Básicos, Topografía, Hidrología, Geológico y Geotécnico, Canteras e Impacto Ambiental, Metrados, Presupuestos VR1 y VR2, Análisis de Costos Unitarios, Gastos Generales, Planos de Ejecución de Obra, Panel Fotográfico”.

La Gerencia de INADE emite comentarios y recomendaciones incidiendo en aspectos relacionados al cumplimiento de la Ley del SNIP, Reglamento de Metrados, Reglamento Nacional de Construcciones, Reglamento de puentes del MTC, Normas Peruanas de Diseño resistente E-030, Norma Peruana de cargas E020, Normas de ACI ACI 318-99 y Normas AASHTO y normas de Contraloría General de la República. Finalmente indican que existen observaciones referidas a características de diseño y tipo de materiales en la obra, Ensayos de laboratorio, instalación de estructuras de encauzamiento, accesos a la obra, identificación y cuantificación de las zonas de extracción, Bms, Pls y demás estaciones topográficas que deben quedar especificadas, que no se indica relación de maquinaria propia y que debe presentar la programación de obra en barras y MS Project.

El Perito manifiesta que de la lectura del texto anterior se forma la convicción de que la revisión efectuada por la Gerencia de Estudios y Obras de INADE fue de carácter documentario, es decir, comprobar si el listado de documentos existentes en el Expediente Técnico remitido, era el que se esperaba encontrar. No obstante, en la misma Resolución Directoral, se señala que existen observaciones efectuadas por el Supervisor de Obra que deben ser levantadas antes de la ejecución de la construcción del puente y que sería luego de que dichas observaciones quedasen levantadas a entera satisfacción de la Entidad, se procedería al pago del adelanto en efectivo y del adelanto de materiales.

Asimismo, el referido profesional no se explica cómo es que la citada resolución aprueba por un lado el Expediente Técnico pero condiciona la ejecución de la obra al levantamiento de observaciones de la Supervisión. Además indica que en el expediente arbitral constan innumerables referencias a fallas, deficiencias y omisiones en el Expediente Técnico, así como reclamos de la Supervisión para que las observaciones sean levantadas, sin embargo se autoriza la ejecución.

En conclusión, el Expediente Técnico aprobado por la Entidad no cumplía con las Exigencias Técnicas requeridas.

- iii. Determinar si las observaciones formuladas al Contratista respecto a supuestos vicios del Expediente Técnico eran esenciales para la ejecución de la Obra.

El Perito manifiesta que habiéndose aprobado el Expediente Técnico, encontrándose el Supervisor en funciones, habiéndose otorgado el adelanto directo el 11 de abril de 2008, las condiciones para el inicio del plazo de obra se cumplieron y éste estaba iniciado desde el 19 de abril de 2008, siendo el día 1.

Asimismo, que de la documentación presente en el expediente se demuestra que las observaciones al Expediente Técnico eran esenciales y técnicamente permitían el desarrollo de la obra.

Que no existen documentos que señalen que la Supervisión y por ende la Entidad, hayan otorgado su conformidad con el levantamiento de observaciones presentado por el Consorcio.

En relación a la posibilidad de ejecutar o no los trabajos de manera adecuada, existen cartas que demuestran que existían indefiniciones importantes desde el punto de vista técnico.

En conclusión, las observaciones formuladas al Consorcio respecto de supuestos vicios del Expediente Técnico, eran esenciales para la ejecución de la obra.

- iv. Determinar el avance físico de la obra.

Al momento de la resolución del Contrato se habían tramitado 8 valorizaciones. La Valorización N° 08 presenta la firma del Supervisor, por lo que se entiende que está conforme y señala un avance acumulado de 41.62%.

El Consorcio ha presentado como prueba en su demanda la Valorización N° 09, pero la misma no cuenta con la firma de la Supervisión, por lo que el Perito asume que esta no se encuentra aprobada. Incluso ésta ha sido presentada en un formato diferente y con fecha posterior a la resolución del Contrato. En la Valorización N° 09 se muestra un avance acumulado de 60.41%.

En conclusión, el avance de la obra certificado por la supervisión hasta la última valorización revisada por la ésta fue de 41.62%.

- v. Determinar si se acumuló la penalidad máxima.

No habiendo en el Contrato un plazo diferenciado para el Expediente Técnico, se debe tomar el plazo total desde su inicio para determinar el momento a partir del cual se empieza a computar la penalidad.

De acuerdo con el Contrato, el fin del plazo original sería el 26 de junio de 2008, considerando las ampliaciones de plazo concedidas, el plazo terminaba el 2 de octubre de 2008 y no de manera computada por la Entidad que señala el 05 de enero de 2009 como fecha de vencimiento del plazo.

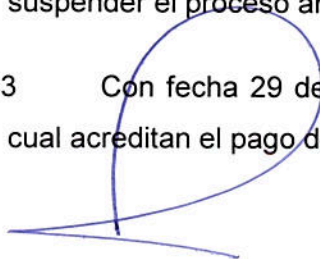
El Perito señala que siendo así, la penalidad máxima se acumuló 51 días después del 02 de octubre de 2008, esto es el 22 de noviembre de 2008. El error de cálculo de la Entidad es que toma un plazo de ejecución de obra de 150 días, el cual no está señalado en el Contrato y no toma en cuenta tampoco las ampliaciones de plazo concedidas.

En conclusión, sí se acumuló la penalidad máxima.

7.21 El Árbitro Único mediante Resolución N° 18 de fecha 07 de octubre de 2011, da por cumplido la entrega del Dictamen Pericial por parte del Ing. Carlos López Avilés, otorgando a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para que realicen el pago del 50% de los honorarios del perito.

7.22 Con Resolución N° 20 de fecha 30 de noviembre de 2011, el Árbitro Único deja constancia que la Entidad ha cumplido con el pago de los honorarios del Perito y otorga un plazo excepcional de cinco (05) días hábiles al Consorcio para acreditar la cancelación de los honorarios del Perito y facultar a la Entidad para que en el mismo plazo se subrogue en dicho pago, en lugar del Consorcio Pampas, con cargo a reembolso en el Laudo Arbitral, bajo apercibimiento de suspender el proceso arbitral pro quince (15) días.

7.23 Con fecha 29 de diciembre de 2011, el Consorcio presentó escrito con el cual acreditan el pago de los honorarios arbitrales que le corresponden.



7.24 Con Resolución N° 21 de fecha 08 de marzo de 2012, el Árbitro Único da por cancelado íntegramente por las partes, los honorarios arbitrales profesionales del Perito Ing. Carlos López Avilés.

De la cronología de los actuados durante el proceso, se puede observar que la dilación de los plazos ocurrida desde la emisión de la Resolución N° 03 de fecha 05 de febrero de 2010 que establece el pliego pericial, hasta el 31 de agosto del 2011, fecha de emisión del Dictamen Pericial elaborado por el Perito Ing. Carlos López Avilés, obedece a causas atribuibles a las partes, tal como el retraso en el pago de los honorarios profesionales establecidos, la no entrega del expediente técnico aprobado con el levantamiento de observaciones y de las copias de los documentos que forman parte del expediente –esto por parte del Consorcio; lo cual determinó que el Árbitro Único resolviera otorgar plazos para el cumplimiento de los mandatos e incluso ordenar la suspensión de la entrega del Dictamen Pericial.

Sin perjuicio de la dilación en los plazos descrita, el Árbitro Único brindó la posibilidad a las partes de ejercer su derecho de contradicción respecto al Dictamen Pericial elaborado por el Perito Ing. Carlos López Avilés. Dicho derecho se materializó en observaciones por escrito al Dictamen Pericial y a través de réplicas y dúplicas sostenidas por las Partes con el Perito, en la Audiencia de Pruebas (Sustentación de Pericia) convocada por el Árbitro Único.

VIII. OBSERVACIONES AL DICTAMEN PERICIAL PRESENTADAS POR LAS PARTES

8.1 Con fecha 29 de marzo de 2012, la Entidad presenta escrito con las observaciones al Dictamen Pericial emitido por el Ing. Carlos López Avilés, las mismas que son como siguen:

- i. El Peritaje no cuenta con una metodología técnica que corrobore las conclusiones, es decir, no se ha tomado datos de campo, ya que no se ha verificado la ubicación de la obra según coordenadas descritas.
- ii. Si bien la Entidad aprobó el Expediente Técnico también advirtió las observaciones incurridas por el Consorcio, que en definitiva el Consorcio

nunca las absolvió. Las conclusiones del Perito también deben referirse a quién elaboró el Expediente, es decir, al Consorcio, quien formuló y entregó el Expediente con observaciones, las mismas que no absolvió en su debida oportunidad.

- iii. Las observaciones efectuadas eran esenciales para la ejecución de la obra, por lo que se puede deducir que toda la ejecución de la obra adolece de deficiencias y en otras palabras, lo que se ha realizado no tiene valor. Además, la Supervisión pese a plantear observaciones, ha permitido el inicio y continuación de la obra con evidentes vicios ocultos.
- iv. Que la Valorización N° 08, según lo recomendado por el Ing. Inspector, no iba a ser reconocida hasta la presentación del expediente Técnico saneado, con el cual se iba a verificar el avance real de la obra. Que las valorizaciones N° 08 y N° 09 son inexigibles.

8.2 Con escrito de fecha 30 de marzo de 2012, el Procurador Público a cargo de los asuntos jurídicos del Ministerio de Agricultura, absuelven el traslado al Informe Pericial indicando que respecto al alcance del Contrato, el Informe carece de motivación puesto que sólo hace mención a las características previstas para la construcción del puente objeto del Contrato, en tanto que debería establecerse el alcance de la obra, es decir, precisar no sólo las características del puente sino si contiene todas las especificaciones que hagan viable el proyecto, lo cual no ha sido analizado por el perito.

Respecto a la conclusión de que el Expediente Técnico no cumplía las exigencias técnicas requeridas, ésta sólo fue efectuada de la lectura de algunos documentos que constan en el expediente arbitral, sin efectuar un análisis técnico respecto a las deficiencias a que hubiera lugar en el expediente técnico y la razón a que haya llegado la entidad para aprobar un expediente que de acuerdo con el perito, no cumplía con las exigencias técnicas.

8.3 Con Resolución N° 22 de fecha 07 de mayo de 2012, el Árbitro Único resuelve tener presente los escritos presentados por la entidad y la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos jurídicos del Ministerio de Agricultura y cita a las partes y al

Perito a la Audiencia de Pruebas (Sustentación de Pericia) a llevarse el 24 de mayo de 2012.

8.4 El Consorcio con fecha 14 de mayo de 2012, presentó observaciones al Informe periciales, manifestando lo siguiente:

- i. Las observaciones efectuadas al Expediente Técnico son de forma y no de fondo, siendo que en ninguna parte se cuestiona la parte técnica.
- ii. Las observaciones efectuadas al Expediente Técnico no fueron de carácter esencial, ya que de haber sido así, la obra se hubiera paralizado, tal como si hubiera acontecido un hecho que hubiese comprometido la seguridad y ejecución de la obra.
- iii. El avance de la obra establecida por el perito no corresponde a la realidad, ya que la Supervisión nunca viajó a Lima a verificar el avance de la fabricación de la Superestructura, por lo que no se puede hablar de un avance real.
- iv. Respecto a la penalidad, no se puede hablar de penalidad máxima cuando la obra estaba dentro del plazo de ejecución.

IX. RESPUESTAS EFECTUADAS POR EL PERITO A LAS OBSERVACIONES EFECTUADAS AL INFORME PERICIAL

Mediante escrito de fecha 17 de mayo de 2012, el Perito Ing. Carlos López Avilés presentó sus respuestas a las observaciones contenidas en los documentos presentados por la Entidad¹ y el Procurador Público a cargo de los asuntos jurídicos del Ministerio de Agricultura², las cuales se resumen en lo siguiente:

9.1 Al escrito de la Entidad:

- i. El escrito contiene mayormente apreciaciones que no constituyen observaciones a la pericia.

¹ Escrito de fecha 29 de marzo de 2012.

² Escrito de fecha 30 de marzo de 2012.

- ii. Se procedió a responder una pregunta específica, que era cual era el alcance que estaba establecido en el Contrato. Además no estuvo previsto efectuar visitas a la obra o la toma de datos en campo.
- iii. La pericia detalla perfectamente la respuesta y el proceso de aprobación del Expediente seguido por la Entidad.
- iv. La cuantificación monetaria de la penalidad no era parte de la pericia y corresponderá efectuarla en la liquidación del Contrato, luego de que el arbitraje concluya, bastando que la Entidad establezca el 10% del monto del Contrato.

9.2 Al escrito de Ministerio de Agricultura:

- i. Respecto a la observación de que debería haber determinada razón por la que la Entidad aprobó el Expediente Técnico con deficiencias, esto no formó parte de la pericia y que no es posible determinarlo a partir de los documentos presentes en el expediente arbitral y finalmente, no es materia de arbitraje.

En este escrito el Perito no se pronunció respecto a las observaciones presentadas por el Consorcio, ya que el mismo, tal como se puede observar en el numeral 8.4 del acápite anterior, presentó escrito con fecha posterior a la emisión de la Resolución N° 22 por la cual se resuelve fijar fecha para la Audiencia de Pruebas.

X. AUDIENCIA DE PRUEBAS (SUSTENTACIÓN DE PERICIA) E INFORMES ORALES

- i. Mediante Resolución N° 22 de fecha 07 de mayo de 2012, el Árbitro Único cita a las partes y al Perito a la Audiencia de Pruebas (Sustentación de Pericia) para el día 24 de mayo de 2012.
- ii. Con fecha 24 de mayo de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de pruebas con la presencia de los representantes del Consorcio, de la Entidad y de la Directora de Arbitraje Administrativo del OSCE.

En la referida Audiencia de Pruebas, el Perito sustentó su Dictamen Pericial, siendo interrogado por las partes, haciendo réplica y dúplica de las observaciones efectuadas por éstas a su pericia, quienes ejercieron su pleno derecho de contradicción.

- iii. Con Resolución N° 24, el Árbitro Único remitió el Acta respectiva, otorgando un plazo de 05 días hábiles para que las partes presenten sus alegatos escritos.
- iv. Con fecha 27 de septiembre de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, la cual fue notificada mediante Resolución N° 26.

XI. ESCRITO PRESENTADO POR EL PROCURADOR PÚBLICO A CARGO DE LOS ASUNTOS JURÍDICOS DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA

Con fecha 04 de noviembre de 2011, el señor Salim Strusberg Chaskel, en nombre y representación del Estado, se apersona a la instancia en calidad del Procurador Público a cargo de los asuntos jurídicos del Ministerio de Agricultura, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto Legislativo N° 1068 y el artículo 37° del Decreto Supremo N° 017-2008-JUS Reglamento del citado Decreto Legislativo, señalando además domicilio real y legal.

Mediante Resolución N° 19 de fecha 24 de noviembre de 2011, el Árbitro Único resolvió tener presente el apersonamiento del Procurador Público del Ministerio de Agricultura y téngase por variado el domicilio procesal. Asimismo, el escrito referido se puso de conocimiento a la parte contraria para los fines correspondientes.

Con fecha 16 de octubre de 2012, el Procurador Público a cargo de los asuntos jurídicos del Ministerio de Agricultura, presentó medios probatorios adicionales a los presentados por la Entidad, con los cuales pretenden demostrar lo siguiente:

- A la fecha de resolución del Contrato, el Consorcio sólo había acumulado un avance de obra por el orden de 18.95%, conforme se aprecia del cuadro resumen de la Valorización N° 07, visada por el Ing. Supervisor de obra.
- En esta misma valorización, se observa que al mes de noviembre el avance sobre el suministro de cables principales, conjunto de péndolas, entre otros es

de 0%, lo que desvirtúa la afirmación del Consorcio que señala que estas partidas habían sido ejecutadas.

- El Consorcio no efectuó la obra conforme a los cronogramas reprogramados, lo que acredita su incumplimiento contractual.
- El Expediente Técnico de la subestructura y subestructura no tiene justificación técnica y las ampliaciones de plazo otorgadas no han tenido como objeto solucionar el retraso, sino ha tenido fines de cobro de las valorizaciones. Para tal fin, se adjuntan los Informes Periciales presentados a la Séptima Fiscalía Provincial en lo Penal de Huamanga en la investigación penal sobre los presuntos delitos cometidos en la ejecución de la obra.

Con Resolución N° 28 de fecha 28 de noviembre de 2012, el Árbitro Único admite los medios probatorios adicionales ofrecidos.

XII. CONSIDERACIONES DEL LAUDO

A continuación corresponde emitir el pronunciamiento del Árbitro Único respecto a las pretensiones formuladas durante el proceso arbitral, evaluando cada uno de los puntos controvertidos fijados en la Audiencia de Fijación y Determinación de Puntos Controvertidos, revisando y analizando los medios probatorios presentados por el Consorcio en su demanda, por la Entidad en su escrito de contestación y por el Procurador Público a cargo de los asuntos jurídicos del Ministerio de Agricultura mediante escrito de fecha 16 de octubre de 2012, y el peritaje solicitado de oficio efectuado por el Ing. Carlos López Avilés.

Cuestiones preliminares

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente:

- (i) Que la designación del Árbitro Único se efectuó de conformidad con la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, y el Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del (entonces denominado) CONSUCODE vigente a la fecha del convenio arbitral.

- (ii) Que el Árbitro Único debe determinar si el Consorcio presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos en la Ley o si debe acogerse la excepción de prescripción interpuesta por la Entidad.
- (iii) Que el Proyecto Especial Sierra Centro Sur fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa.
- (iv) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos.
- (v) Que el Árbitro Único procede a laudar dentro del plazo establecido mediante Resolución N° 30 de fecha 25 de enero de 2013.

Excepción de Prescripción

El Árbitro Único considera que antes de resolver el primer punto controvertido, es necesario primero pronunciarse sobre la excepción de prescripción que dedujo la Entidad en su escrito de Contestación de Demanda respecto de la solicitud de arbitraje presentada por el Consorcio.

Para efectos ilustrativos, resulta pertinente señalar que las Excepciones son definidas como: *“defensas de forma, en tanto medio a través del cual el demandado denuncia la existencia de una relación procesal inválida, sea porque se ha omitido o se ha presentado defectuosamente un presupuesto procesal o una condición de la acción”*⁷.

Respecto de este punto, el Árbitro Único considera relevante el análisis de lo establecido en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, LCAE), su Reglamento (en adelante, RLCAE) y en el Código Civil, aplicables para este caso, así como lo acordado entre las partes en el Contrato que da origen a este arbitraje.

Para estos efectos, se debe tener en consideración lo establecido en el artículo 41° de la LCAE, que indica en el literal b) lo siguiente:

“Artículo 41.- Cláusulas obligatorias en los contratos.-

Los contratos regulados por la presente Ley incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

*b) Solución de Controversias: **Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá, resolverse mediante conciliación o arbitraje. En***

caso que no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.
(...)” (El resaltado y subrayado es nuestro)

Por mandato de la LCAE, no existe modalidad de solución de Controversias distinta a la conciliación o arbitraje para toda controversia surgida durante la etapa de ejecución de un contrato regulado bajo la normativa de contrataciones. Esta disposición explica claramente la obligatoriedad de los referidos mecanismos de solución de controversias y a contrario, la exclusión de la competencia del Poder Judicial sobre las controversias derivadas de dichos contratos.

El artículo 41° debe ser leído conjuntamente con el artículo 53° de la LCAE, el cual, en el numeral 53.2 nos indica:

"Artículo 53.- Solución de Controversias

(...)

*53.2 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, **debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad.** (...)"*

(El resaltado y subrayado es nuestro)

Como es de verse, la norma indica que las controversias surgidas a raíz del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato, siendo el plazo de vigencia del contrato el límite máximo para la interposición de los mismos. Así, como consecuencia de no haber activado los mecanismos para solución de controversias, caduca el derecho de las partes a solicitar la conciliación y/o arbitraje.

Esta regulación dispone por lo tanto, que las partes tienen derecho a invocar la conciliación y/o arbitraje en cualquier momento de la vigencia del contrato hasta la culminación del mismo, momento en el cual su derecho caducará. Por lo mismo, la competencia del Poder Judicial se encuentra excluida para la vista de las controversias que surjan durante el periodo de vigencia del contrato, salvo las excepciones de la misma LCAE.

Por su parte, el RLCAE indica en el artículo 273° lo siguiente:

“Artículo 273.- Arbitraje

Cualquiera de las partes tiene el derecho de dar inicio al arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en el Artículo 53 de la Ley, en armonía con lo previsto en los 202, 227, 232, 257, 259, 265, 267, 268 y 269 de este Reglamento. Para iniciar el arbitraje, las partes deben recurrir a una institución arbitral, en el caso de arbitraje institucional, o remitir la solicitud de arbitraje a que se refiere este Reglamento, en el caso de arbitraje ad hoc. (...)”

El reglamento reitera que es límite con efecto de caducidad del derecho a accionar en conciliación o arbitraje, aquel indicado en el artículo 53 de la Ley, el cual como se ha visto se identifica con la culminación del Contrato, pero también indica que dicho plazo debe estar en armonía con los artículos 202, 227, 232, 257, 259, 265, 267, 268 y 269 de este Reglamento.

Al respecto, es el artículo 267° del RLACE regula para el caso de contrato de obra lo siguiente:

“En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución de controversia establecidos en la Ley, el Reglamento o en el Contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato ha quedado consentida.”

Este artículo indica que transcurridos 10 días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, la misma quedará consentida y surtirá todos sus efectos.

En el caso concreto, la Entidad sustenta la excepción de prescripción formulada en lo establecido en el mencionado artículo 267° del RLCAE. Indica que el plazo para interponer la demanda arbitral venció el 02 de marzo de 2009 puesto que el 16 de febrero de 2009 se comunicó al Consorcio la resolución del Contrato. Asimismo, que al haber el Consorcio presentado su demanda el 5 de marzo de 2009, se encontraba fuera de plazo, con lo que la resolución quedó consentida. Por último, indica la Entidad que como

consecuencia de haber interpuesto la demanda fuera de plazo, se ha extinguido el derecho de acción respecto a pretensión del Consorcio.

En este punto, el Árbitro Único debe invocar la existencia de Reserva de Ley, la cual se encuentra contenida en el artículo 2000° del Código Civil Peruano, el cual señala que:

"sólo la Ley puede fijar los plazos de prescripción"

(El resaltado y subrayado es nuestro).

En ese sentido, tenemos que el plazo referido en el RLCAE no es uno de prescripción, pues una norma con rango reglamentario no puede establecer dicha consecuencia al plazo, de lo contrario estaría contraviniendo una norma de orden público, como es la descrita del Código Civil.

. Bajo esta premisa, el Consorcio no hubiera podido accionar en arbitraje en caso hubiera culminado la vigencia del contrato, situación que no se ha producido. Debemos decir incluso que la resolución del contrato, no significa el término de su vigencia, pues de acuerdo al artículo 270 del RLCAE:

"Artículo 270.- Efectos de la liquidación

Luego de haber quedado aprobada o consentida la liquidación culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato, inclusive por defectos o vicios ocultos, se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje en los plazos previstos para cada caso." (El resaltado y subrayado es nuestro)

En consecuencia, el Consorcio tenía el derecho de someter a arbitraje las controversias derivadas del Contrato, luego de transcurridos los 10 días que indica el artículo 267° del RLCAE, luego de consentida la resolución e incluso hasta el momento de la aprobación o consentimiento de la liquidación del contrato.

Así las cosas, corresponde al Árbitro Único declarar **INFUNDADA** la Excepción de Prescripción alegada por la Entidad.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO (PRIMERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA)

Determinar si corresponde o no, dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 022-2009-INADE-7100.

A fin emitir pronunciamiento respecto del primer punto controvertido, el Árbitro Único debe primero mencionar los aspectos formales que contempla la LCAE y el RLCAE para que opere la resolución contractual. Es así que tenemos los siguientes artículos:

Artículo 45° de la LCAE.- Culminación de los Contratos:

“Las partes podrán resolver el contrato de mutuo acuerdo por causas no atribuibles a éstas o por caso fortuito o fuerza mayor, estableciendo los términos de la resolución.

Cuando se ponga término al contrato, por causas imputables a la Entidad, ésta deberá liquidarle al contratista la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados.

En los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada.

La Entidad deberá reconocer en el acto administrativo resolutorio los conceptos indicados en los párrafos precedentes. Para hacer efectiva la resolución deberá contar con la aprobación del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, bajo responsabilidad.

La resolución del contrato por causas imputables al contratista le originará las sanciones que le imponga el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados”. (el subrayado es nuestro)

El Artículo 224° del RLCAE establece lo que sigue:

“Cualquiera de las partes, o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las Bases, en el contrato o en el Reglamento.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro

factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto.” (el subrayado es nuestro)

Asimismo, el Artículo 225° del RLCAE establece como causales de resolución contractual los casos en los que el Contratista:

- “1) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*
- 2) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
- 3) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.”*

De igual forma, este artículo también establece las causales por las cuales el Contratista puede solicitar la resolución del contrato:

En los casos en los que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 226°.

Así lo establecido en la normativa, tenemos que el Consorcio solicita en su petitorio en el numeral 2.1, que se deje sin efecto la resolución que resuelve el contrato y paraliza la ejecución de la obra, alegando que: (i) levantó debidamente las observaciones efectuadas al Expediente Técnico de la Obra aprobado mediante Resolución Directoral N°084-2008-INADE-7100; (ii) por mala gestión de la Entidad no pudo iniciar la obra ya que la misma no cumplió con habilitar los accesos que permitiesen llegar al lugar de la obra; (iii) no estuvieron de acuerdo con la intervención económica de la obra por parte de la Entidad; (IV) no se consideró que la obra se paralizó el 31 de diciembre de 2008 por razones climáticas y; (V) otros retrasos imputables a la Entidad.

La cuestionada resolución de fecha 12 de febrero de 2009, en resumen establece los siguientes argumentos para resolver el contrato: (i) el Consorcio no cumplió con el levantamiento de las observaciones efectuadas en el Expediente Técnico en reiteradas oportunidades y mediante cartas notariales; (ii) con Carta Notarial de fecha 09 de abril de 2008, se requirió al Consorcio en un plazo de 10 (diez) días el levantamiento de las

observaciones; (iii) que debido al atraso en la ejecución de los trabajos, se intervino económicamente la obra en virtud de los artículos 263° y 264° del RLCAE; (iv) que con Carta Notarial de fecha 02 de octubre de 2008, se requirió al Consorcio revertir la situación actual de la obra en un plazo de 15 (quince) días, en virtud de lo establecido en el artículo 226° del RLCAE; (v) la configuración de diversos incumplimientos contractuales; (vi) que habiéndose vencido el plazo de ejecución contractual el 05 de enero de 2009, el Consorcio venía incurriendo en multa, desde esa fecha, por incumplimiento del plazo de ejecución y; (vii) que a la fecha se ha llegado a acumular la penalidad máxima establecida en el artículo 222° del RLCAE.

Así los hechos y de la revisión de todos los medios probatorios presentados por ambas partes, el Árbitro Único se pronunciará sobre las tres causales argüidas por las cuales la Entidad decidió proceder con la resolución del Contrato de N° 028-2007-INADE-PESCS "Construcción de Puente Incachaca – Vilcashuamán – Andahuaylas":

- 1) Incumplimiento del Consorcio de lo establecido en el artículo CUARTO de la parte resolutive de la Resolución Directoral N° 084-2008-INADE-7100³ y cuyo cumplimiento fuera requerido al Consorcio mediante Carta Notarial de fecha 09 de abril de 2009 (anexo 25 del escrito de contestación de la demanda).

Conforme al Informe Pericial solicitado mediante Resolución N° 01 indicada en el numeral 7.1 del presente Laudo, la Resolución Directoral N° 084-2008-INADE-7100 emitida por la Entidad, por la cual se aprueba el Expediente Técnico elaborado por el Consorcio, no cumplía con las exigencias técnicas requeridas, puesto que existían observaciones "esenciales" que debían ser subsanadas previamente a la ejecución de la obra⁴.

No obstante, la resolución a pesar de que la misma da por aprobado el expediente, establece como obligación del Consorcio cumplir con la subsanación de las observaciones planteadas por la Entidad, lo cual de la revisión de los actuados del

³ "COMUNICAR, al Contratista que deberá levantar las observaciones hechas por la Gerencia de Estudios del Instituto Nacional de Desarrollo y por el Supervisor de Obra, antes de la ejecución de la Construcción del Puente, el mismo que debe remitir a la citada Gerencia para su procesamiento respectivo, las cuales una vez levantadas dichas observaciones a entera satisfacción y conformidad de la Entidad, darán derecho al pago de adelanto en efectivo, así como el adelanto de materiales.

⁴ Informe Pericial de fecha 31 de agosto de 2011.

proceso, la situación de incumplimiento se mantuvo inclusive durante el transcurso del presente proceso arbitral, al no haberse demostrado el incumplimiento.

El Contrato N° 028-2007-INADE-PESCS, en la Cláusula Décimo Segunda "Resolución del Contrato" establece lo siguiente:

*"12.1 Si EL CONTRATISTA continuara incumpliendo injustificadamente con las obligaciones asumidas en el presente Contrato, **después de requerida mediante carta notarial** que las satisfaga en un plazo no mayor de quince (15) días después de recibida la comunicación en referencia o si el monto acumulado de la penalidad, en aplicación de la formula precedente alcanza el diez (10%) por ciento del monto contractual, LA ENTIDAD **podrá dar por finalizada la prestación**. En esta eventualidad, no autorizará ningún desembolso con relación a la prestación, haciendo efectiva la garantía por el Adelanto que estuviese pendiente de amortizar; ejecutándose la Fianza de Fiel Cumplimiento de contrato." (el subrayado es nuestro)*

*"12.2 LA ENTIDAD asimismo, **tendrá el derecho de resolver unilateral y administrativamente este Contrato en los casos que paralice o reduzca injustificadamente la ejecución**, sin perjuicio de la retención de los pagos pendientes, la ejecución de la garantía del adelanto y la garantía por fiel cumplimiento del Contrato, iniciándose además, de la Acción Judicial respectiva de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, conforme a Ley." (el subrayado es nuestro)*

Es así que en virtud de ambos numerales del Contrato, la Entidad estaba plenamente facultada para resolver el Contrato suscrito, pudiendo proceder con la resolución desde el incumplimiento del plazo otorgado en la primera carta notarial para el cumplimiento por parte del Consorcio del levantamiento de las observaciones.

Por tanto, esta causal ha sido válidamente invocada por la Entidad para la resolución del Contrato.

- 2) Intervención económica de la obra efectuada mediante Resolución Directoral N° 320-2008-INADE-7100 del 13 de agosto de 2009.

Respecto a la Intervención Económica de la Obra ordenada mediante Resolución Directoral N° 320-2008-INADE-7100 del 13 de agosto de 2009 y comunicada al Consorcio con fecha 16 de agosto de 2009 por la Entidad, el Consorcio no ha acreditado a lo largo del proceso arbitral razones por las cuales la Entidad no debió proceder con la intervención económica de la obra, en virtud de los artículos 263° y 264° del RLCAE, ni de la Directiva N° 001-2003/CONSUCODE/PRE.

De igual forma, el Consorcio tampoco ha acreditado que no hubo retraso injustificado, o que efectuó la presentación de un nuevo calendario de obra que contemple la aceleración de los trabajos.

A pesar de lo anterior, es deber del Árbitro Único indicar que la Entidad ha aplicado indebidamente la Directiva N° 001-2003/CONSUCODE/PRE que sirve como sustento de la Resolución Directoral N° 320-2008-INADE-7100 del 13 de agosto de 2009. Al respecto, dicha directiva indica en el numeral I lo siguiente:

I) *FINALIDAD.*

Orientar a las Entidades del Estado sujetas a los alcances del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, sobre el procedimiento para la intervención económica de la obra establecida en el artículo 161° del Reglamento de la indicada Ley, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM.

Como puede verse, la citada disposición es de aplicación a aquellas Entidades del Estado sujetas a los alcances del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PCM. En consecuencia, al haber sido el Contrato N° 028-2007-INADE-PESCS suscrito con fecha 16 de octubre de 2007, y estar vigente en aquella fecha el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo N° 083-2004-PCM) y su Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo N° 084-2004-PCM), no le es aplicable la Directiva N° 001-2003/CONSUCODE/PRE.

Dicho esto, debe aclararse también que la aplicación indebida de la referida Directiva no genera la invalidez de la Resolución Directoral N° 320-2008-INADE-7100. Ello, puesto que las disposiciones de los artículos 263° y 264° del RLCAE fueron correctamente aplicadas, por lo que siendo la jerarquía normativa del Reglamento es superior al de la Directiva y que ésta última no se contrapone a los referidos artículos, no se ve afectada la eficacia de la Resolución Directoral N° 320-2008-INADE-7100 del 13 de agosto de 2009, en este extremo,

Teniendo en cuenta lo indicado en el presente numeral, el Consorcio, no ha probado que la obra haya sido intervenida indebidamente, razón por la cual que el Árbitro Único no puede pronunciarse respecto de la validez de la causal invocada por la Entidad y deja constancia de la aplicación indebida de la Directiva N° 001-2003/CONSUCODE/PRE.

- 3) Incumplimiento de lo requerido por la Entidad mediante Carta Notarial notificada el 02 de octubre a la Entidad (anexo 17 de la contestación de la demanda), por la cual se otorga un plazo de 15 días para revertir la situación actual de retraso, bajo apercibimiento de proceder conforme a los alcances establecidos en la acotada normatividad.

En cuanto al incumplimiento de lo solicitado por la Entidad mediante Carta Notarial notificada el 02 de octubre a la Entidad, de la revisión de los actuados durante el proceso, se tiene que a la fecha de la emisión de la Resolución Directoral N° 00022-2009-INADE-7100, el Consorcio no había cumplido con lo requerido por la Entidad y continuaba en atraso en la ejecución de la obra, por lo que en virtud de lo establecido en el numeral 12.1 de la Cláusula Décimo Segunda citada en el primer caso expuesto en el numeral 1) del presente acápite, la Entidad estaba plenamente facultada para resolver el contrato por causas imputables al consorcio.

El Consorcio alega a lo largo del proceso arbitral que sus incumplimientos se debieron a causas imputables a la Entidad y a causas climáticas, tales como la que ocasionó la paralización de obra desde el 30 de diciembre de 2012, sin embargo en ninguna etapa de la ejecución contractual el Consorcio se amparó en lo establecido

en el contrato⁵ ni hizo valer los mecanismos de resolución contractual establecidos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado⁶ y en su Reglamento⁷.

Más aun, la Entidad otorgó al Consorcio dos (02) ampliaciones de plazo, las cuales implicaban la elaboración, presentación y aprobación de nuevos cronogramas de avance de obra, los cuales también fueron incumplidos.

Así las cosas, se tiene que esta causal también fue invocada válidamente por la Entidad en su Resolución.

En conclusión, del análisis de las tres causales establecidas en la resolución que resuelve el contrato, se tiene que dos de ellas son causales de resolución de contrato conforme a lo establecido en el artículo N° 225, por lo que la Entidad contaba con pleno derecho para solicitar la resolución contractual.

En razón a ello de la revisión de los medios probatorios presentados por la Entidad en su escrito de contestación de la demanda, tenemos que ésta cumplió con comunicar la resolución del contrato mediante Carta Notarial notificada el 16 de febrero de 2009, cumpliendo con la formalidad establecida en el artículo 226° del RLCAE.

Por lo expuesto, el Árbitro Único resuelve declarar que NO PROCEDE DEJAR SIN EFECTO la Resolución Directoral N° 022-2009-INADE-7100.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO (SEGUNDA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA)

Determinar si corresponde o no, fijar una indemnización por los gastos, daños y perjuicios ocasionados a favor de la demandante, por la suma de S/. 500,000.00 Nuevos Soles.

⁵ Cláusula Décima: Caso Fortuito o Fuerza Mayor.

⁶ Artículo 41°, literal c) Resolución de Contrato por Incumplimiento: "... Igual derecho asiste al contratista ante incumplimiento de la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento"

⁷ Artículo N° 225.- Causales de Resolución: "... El Contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41° de la Ley, en los casos que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 226°.

Siguiendo el razonamiento anterior y habiendo resuelto que la resolución que resuelve el contrato es válida, el Árbitro Único determina que no existe indemnización por gastos, daños y perjuicios a favor de la demandante y si es que hubieron, fue por el proceder mismo del Consorcio, más aun teniendo en cuenta que la obra fue intervenida económicamente y el Consorcio, fue beneficiado, a pesar de la intervención, con dos (02) ampliaciones de plazo, a fin de que pudiera cumplir con sus obligaciones.

Por tanto, el Árbitro Único resuelve no fijar una indemnización por gastos, daños y perjuicios a favor de la demandante.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO (CUARTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA)

Determinar si corresponde o no, que la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento emitida a favor de la Entidad por la demandante, en caso haya sido ejecutada, sea restituida.

Dado que la resolución del contrato es plenamente válida, por los fundamentos expuestos en el numeral 1 de esta parte resolutive, es preciso referirnos a lo establecido en los numerales 12.1 y 12.2 de la Cláusula Décimo Primera:

*"12.1 ... LA ENTIDAD podrá dar por finalizada la prestación. En esta eventualidad, no autorizará ningún desembolso con relación a la prestación, **haciendo efectiva la garantía por el Adelanto que estuviese pendiente de amortizar; ejecutándose la Fianza de Fiel Cumplimiento de contrato.**" (el subrayado es nuestro)*

*"12.2 LA ENTIDAD asimismo, tendrá el derecho de resolver unilateral y administrativamente este Contrato... sin perjuicio de la retención de los pagos pendientes, **la ejecución de la garantía del adelanto y la garantía por fiel cumplimiento del Contrato...**" (el subrayado es nuestro)*

En tal sentido, de conformidad con lo establecido en el mismo contrato suscrito por el consorcio, la Entidad se encuentra facultada para que en caso de resolución contractual, pueda ejecutar las garantías otorgadas, incluyendo la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento. Incluso, a la fecha de la emisión de la resolución directoral que resuelve el contrato, esta carta fianza no había sido renovada, a pesar de los requerimientos efectuados por parte de la Entidad.

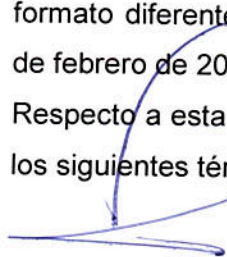
En conclusión, el Árbitro Único resuelve que NO CORRESPONDE la restitución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento otorgada por el Consorcio a la Entidad.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO (QUINTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA)

Determinar si corresponde o no, ordenar a la Entidad el pago de S/.2'097,143.36 Nuevos Soles, monto que se encuentra compuesto por concepto de la Valorización N° 08 (S/. 969,981.47 Nuevos Soles), Valorización N° 09 (S/. 858,542.69 Nuevos Soles), los Gastos Generales por 113 días ascendentes a S/. 168,619.20 Nuevos Soles y los intereses devengados hasta la fecha de pago por parte de la Entidad.

A lo largo del proceso arbitral, ninguna de las partes presentó las Bases del Proceso de Licitación, razón por la cual el Árbitro Único se ve obligado a efectuar el análisis y a fundamentar su decisión en base a los documentos presentados en el proceso, y que obran en el expediente, y basado en el Informe Pericial emitido por el Ing. Carlos López Avilés, el Árbitro Único es así que procede a señalar lo siguiente respecto de las Valorizaciones N° 08 y N° 09:

- 1) En el referido informe, se señala que la Valorización N° 08 correspondiente al mes de diciembre de 2008 presenta la firma del Supervisor, entendiéndolo en señal de conformidad y señala un avance acumulado del 41.62%. El proceso de aprobación de las valorizaciones mensuales de obra se encuentran establecidas en las Bases, tal como lo establece el numeral 4.2 de la Cláusula cuarta del contrato, por lo que la firma de la Supervisión podría hacer presumir que la valorización se encuentra aprobada, tal como lo alega el Consorcio, en tanto se desconoce si las Bases establecen un requisito adicional, tal como la presentación de un informe conjuntamente con la valorización.
- 2) En lo que respecta a la Valorización N° 09 correspondiente al mes de enero de 2009, el perito señala que ésta no cuenta con la firma del Supervisor, por lo que asume que la misma no se encuentra aprobada. Además indica que la misma presenta un formato diferente a los presentados en las valorizaciones anteriores y con fecha 20 de febrero de 2009, es decir, fecha posterior a la resolución del contrato. Respecto a esta valorización, no hay lugar a dudas que no puede ser reconocida por los siguientes términos:



- a) No cuenta con la firma del Supervisor de Obra, lo cual genera certeza de que no ha habido aprobación alguna por parte del Supervisor.
- b) Fue elaborada con fecha de 20 de febrero de 2009, es decir no sólo cuando el contrato ya había sido resuelto por la Entidad, sino 20 días después de iniciado el mes siguiente al mes que se debía valorizar.

En este sentido, debemos remitirnos a lo establecido en el artículo 255° del RLCAE, que establece que "Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas el último día de cada período previsto en las Bases o en el Contrato, por el inspector, supervisor y el Contratista"; por tanto, al ser valorizaciones mensuales, el Consorcio debió elaborar la Valorización N° 09 el día 31 de enero de 2009.

- 3) Es así que al remitirnos nuevamente a lo establecido en el numeral 12.2 de la Cláusula Décimo Segunda, la Entidad se encuentra facultada de efectuar la retención de los pagos que se encuentran pendientes de pago. Así las cosas, aun así la Valorización N° 08 haya sido aprobada por el Supervisor, al haberse resuelto el contrato, la Entidad de acuerdo al contrato suscrito por el Consorcio, tiene la facultad de retener el monto ascendente a S/. 969,981.47 Nuevos Soles, el cual corresponde a la citada valorización.

En lo que respecta a los Mayores Gastos Generales por 113 días de ampliación de plazo y los intereses devengados hasta la fecha de pago por parte de la Entidad, el Árbitro Único manifiesta lo siguiente:

- 1) La ampliación de plazo solicitada por el Consorcio por el plazo de 51 días calendario por la causal de demora en el mantenimiento y construcción de obras de arte de la vía de acceso Saurama – Río Pampas ejecutado por la Subregión Vilcashuamán, fue otorgada por la Entidad mediante Resolución Directoral N° 0372-2008-INADE-7100 del 02 de octubre de 2008. Cabe señalar que la Supervisión recomendó la aprobación de un plazo menor ascendente a 39 días calendario.

El Consorcio con Carta Notarial recibida el 25 de septiembre de 2008 y suscrita por el Representante Legal de Consorcio Pampas, manifiesta su "renuncia a los Gastos Generales por efectos de la ampliación de plazo N° 01 de la obra de la referencia".

En tal sentido, al existir un documento que demuestra de forma indubitable que el Consorcio efectuó renuncia expresa a los mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 01 otorgada, el Árbitro Único considera no efectuar mayor pronunciamiento al respecto.

- 2) Respecto a los mayores gastos generales correspondientes a la segunda ampliación de plazo otorgada, resulta necesario indicar el resultado del análisis efectuado:
- a) De acuerdo a la Cláusula Tercera del Contrato, el contrato entraba en vigencia desde el día siguiente a su suscripción, es decir, a partir del 17 de octubre de 2008.
 - b) El plazo para la elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de las obras era de 240 días calendario, incluyendo los plazos de revisión y aprobación del Expediente Técnico, contados a partir del día siguiente de recibido el Adelanto Directo correspondiente al 20% del monto contractual conforme a lo indicado en el numeral 22.1 de las Bases, es decir desde el 11 de abril de 2008 (conforme a lo señalado por las partes y lo informado por el Perito en su Informe Pericial).
 - c) La entrega del terreno se efectuó el día 18 de abril de 2008, sin embargo por dificultades encontradas en los accesos al lugar de obra, las partes acuerdan que el inicio de la ejecución de la obra sea el 02 de mayo de 2008. En tal sentido, tenemos que no obstante haberse cumplido todas las condiciones establecidas en el Artículo 240° del RLCAE para el inicio del plazo de ejecución de obra, fueron las mismas partes las que convinieron posponer este inicio a fecha posterior. Por tanto, para efectos de cómputo de plazos del contrato para el presente proceso arbitral, la fecha de inicio de ejecución de obra es el 02 de mayo de 2008.
 - d) Si bien el contrato no establece un plazo diferenciado para la elaboración del Expediente Técnico como para la ejecución de la obra, la resolución que aprueba el Expediente Técnico de la obra señala en su Segundo Considerando que el plazo para la elaboración del mismo era de 90 días. Por tanto, si el inicio de ejecución de la obra era el 02 de mayo de 2008, la fecha inicial de finalización de la misma era el 29 de septiembre de 2008.

- e) Debido a la primera solicitud de ampliación de plazo otorgada por la Entidad la cual otorgó 51 días calendario, el nuevo plazo de finalización de la obra concluía el 19 de noviembre de 2008.
- f) La solicitud de la segunda ampliación por 62 días presentada por el Consorcio con fecha 20 de noviembre de 2008, es decir, un día después del vencimiento del plazo de ejecución contractual, por lo que presentación resultó extemporánea. Asimismo, se desconoce si la referida solicitud cumplió con el procedimiento establecido en el Artículo 259° del RLCAE y tampoco es materia controvertida del presente proceso.

No obstante, la Entidad con fecha 05 de diciembre de 2008 emite la Resolución Directoral N° 0519-2008-INADE-7100 por la cual otorgan una ampliación de plazo por 47 días calendario. Esta resolución fue emitida fuera de los plazos establecidos, siendo que la Entidad por propia declaración, tal como consta en la página 6 de su escrito de contestación de demanda, manifiesta que por tal motivo la ampliación de plazo N° 02 quedó consentida por los 62 días solicitados.

A razón de la declaración expresa de la Entidad respecto a su aceptación de la ampliación de los 62 días calendarios, y por tanto, dejando de ser un punto controvertido, no corresponde al Árbitro Único pronunciarse al respecto. Sin perjuicio de ello, a fin de determinar el pago de los mayores gastos generales por esta ampliación, la Entidad debe, mediante resolución directoral, reconocer de manera formal la ampliación de plazo producto de la no manifestación de la Entidad en los plazos establecidos, a fin de poder otorgar y ordenar el pago de los mayores gastos generales correspondientes.

- g) Le Resolución Directoral N° 0519-2008-INADE-7100 de fecha 05 de diciembre de 2008, fue suscrita por el señor Mesías Heli Julca Trisolini, en su calidad de Director Ejecutivo del Proyecto Especial Sierra Centro Sur – INADE. Sin embargo, mediante Resolución Ministerial N° 1048-2008-AG de fecha 02 de diciembre de 2008 y publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 05 de diciembre del mismo año, se da por concluida la designación del referido funcionario en el cargo señalado.

En la citada ~~resolución~~ se señala que mediante Acuerdo de Consejo Directivo de fecha 30 de septiembre de 2008, se decidió poner término a la designación del señor Julca Trisolini, solicitando al Ministerio de Agricultura que proceda con la emisión de la resolución respectiva.

Así las cosas, tenemos que desde el día 30 de septiembre de 2008, el señor Mesías Heli Julca Trisolini, no contaba con facultades para continuar ejerciendo el cargo de Director Ejecutivo del Proyecto Sierra Centro Sur, por lo que la Resolución Directoral N° 0519-2008-INADE-7100 emitida el 05 de diciembre de 2008 fue emitida por funcionario no competente, lo cual fue de conocimiento público esa misma fecha con la publicación de la Resolución Ministerial N° 1048-2008-AG del 02 de diciembre de 2008.

En razón de lo expuesto, el Árbitro Único entiende que la citada resolución carece de validez, al ser suscrita por sujeto sin facultades para ello, por lo que no corresponde que la misma sea dejada sin efecto.

En virtud de lo expuesto en cada uno de los numerales y literales de este acápite, que el Árbitro Único resuelve:

- No procede el pago a favor de la Entidad de las Valorizaciones N° 08 y N° 09.
- No procede el pago por concepto de gastos generales por la ampliación N° 01 por 51 días.
- No corresponde al Árbitro Único ordenar el pago de mayores gastos generales por la ampliación N° 02 por 62 días.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO (SEXTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA)

Que se deje sin efecto la Resolución N° 0519-2008-INADE-7106, por no cumplir con las características legales de ley.

Conforme se expuso y fundamentó en el literal g) del numeral 2) que sirvió como sustento para resolver parte del cuarto punto controvertido, la Resolución N° 0519-2008-INADE-7106 de fecha 05 de diciembre de 2008, fue emitida por funcionario no competente, puesto que al momento de la emisión de la referida resolución, el Consejo Directivo que este presidía había dispuesto culminar la designación como Presidente Ejecutivo del Proyecto Sierra Centro Sur – INADE.

Por tanto, al carecer de validez la mencionada resolución, el Árbitro Único no puede dejar sin efecto una resolución que de por sí carece de validez.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO (CUARTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA)

Determinar a quién y en qué proporción se deberían asumir las costas y costos del proceso arbitral.

El Árbitro Único, en virtud de las facultades que le corresponden, determina que tanto CONSORCIO PAMPAS como PROYECTO ESPECIAL SIERRA CENTRO SUR, deben asumir en partes iguales (50%) las costas y costos del presente proceso arbitral.

En este estado, el Árbitro Único **LAUDA:**

PRIMERO.- INFUNDADA la Excepción de Prescripción alegada por la Entidad.

SEGUNDO.- INFUNDADA la Primera Pretensión de la Demanda, por la que se solicita dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 022-2009-INADE-7100.

TERCERO.- INFUNDADA la Segunda Pretensión de la Demanda, por la que se solicita que se determine una indemnización por los gastos, daños y perjuicios ocasionados al demandante.

CUARTO.- INFUNDADA la Tercera Pretensión de la Demanda, por la que solicitan que se restituya la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento en caso haya sido ejecutada.

QUINTO.- Declara que cada parte asumirá el cincuenta (50%) por ciento de las costas y costos arbitrales.

SEXTO.- INFUNDADA la Quinta Pretensión de la Demanda por la cual solicitan a ordenar a la Entidad el pago de S/.2'097,143.36 Nuevos Soles, monto que se encuentra compuesto por concepto de la Valorización N° 08 (S/. 969,981.47 Nuevos Soles), Valorización N° 09 (S/. 858,542.69 Nuevos Soles), los Gastos Generales por 113 días ascendentes a S/. 168,619.20 Nuevos Soles y los intereses devengados hasta la fecha de pago por parte de la Entidad.

SÉPTIMO.- INFUNDADA la Sexta Pretensión de la Demanda, por la cual solicitan que se deje sin efecto la Resolución N° 0519-2008-INADE-7106.

OCTAVO.- Notifíquese a través de la Secretaría del SNCA-OSCE al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.



JAIME ALEJANDRO GRAY CHICCHÓN

Árbitro Único



FABIOLA PAULET MONTEAGUDO

Directora de Arbitraje Administrativo