

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

Ingeniera Martha Fanny La Torre Cabanillas

En adelante LA CONTRATISTA O LA DEMANDANTE

Demandado:

Proyecto Especial Infraestructura de Transporte Descentralizado -

PROVIAS DESCENTRALIZADO del Ministerio de Transportes y Comunicaciones

En adelante PROVIAS, LA DEMANDADA O LA ENTIDAD

Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez - Presidente del Tribunal Arbitral

Dr. Raúl Leonid Salazar Rivera - Árbitro

Dr. Fernando Liza Ángeles - Árbitro

RESOLUCION N° 17

Lima, 14 de febrero del dos mil once.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 25.07.2008, la ingeniera MARTHA FANNY LA TORRE CABANILLAS, en adelante LA CONTRATISTA, suscribió con PROVIAS DESCENTRALIZADO, en adelante PROVIAS el Contrato de Ejecución de Obra N° 370-2008-MTC/21, en adelante EL CONTRATO, luego de haber

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

obtenido la Buena Pro, en el Proceso de Comparación de Precios por Invitación CI Nº 232-2008-MTC/21-SHOPPING.

El Contrato tenía como objeto que LA CONTRATISTA ejecute las Obras para el Mantenimiento Periódico del Camino Vecinal: Bambamarca - El Naranjo (17.000 Km), en adelante la Obra.

El monto de la Obra se estableció en S/. 173,157.81 (Ciento Setenta y Tres Mil Ciento Cincuenta y Siete con 81/100 Nuevos Soles), incluido el I.G.V y un plazo de 60 días calendario para la ejecución de la Obra¹.

En la ejecución del Contrato surgieron controversias entre las partes que son materia del presente proceso arbitral.

II. EL PROCESO ARBITRAL

II.1 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

Inicio del Proceso Arbitral, Designación de los Árbitros e Instalación del Tribunal Arbitral

Surgidas las controversias entre las partes, LA CONTRATISTA designó como árbitro al doctor Raúl Leonid Salazar Rivera.

A su turno, PROVIAS designó al doctor Fernando Liza Ángeles como su árbitro. Ambos árbitros acordaron nombrar como tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral al doctor Juan Huamaní Chávez.

¹Primera, Segunda, Décima Primera y Décima Segunda Cláusulas del Contrato presentado como Medio Probatorio Nº 1 de la Demanda.

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

Con fecha 25 de febrero de 2010, se instaló el Tribunal Arbitral con presencia y participación de las partes. En este acto se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de honorarios de los árbitros y del secretario arbitral.

Cabe resaltar que las partes han aceptado plenamente la designación de este Tribunal Arbitral, al no haber recusado a los árbitros ni manifestado motivo alguno para dudar de su independencia e imparcialidad, dentro de los plazos y oportunidades establecidos en el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, en adelante, la Ley de Arbitraje.

El Convenio Arbitral y la Competencia del Tribunal Arbitral

En la Cláusula Trigésima Sexta del Contrato relativa a la solución de controversias se estableció que:

"Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado y en la Ley General de Arbitraje (...)"

Por otro lado, en el punto 3 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, en adelante el Acta, se dispuso que en virtud a lo establecido en el Artículo 53° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, el arbitraje sería nacional y de derecho.

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

Asimismo, en el convenio arbitral concordante con el numeral 33 del Acta, se pactó que el laudo del presente proceso será vinculante para las partes, siendo definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia².

Procedimiento arbitral aplicable

Según lo estipulado en el punto 4) del Acta, el arbitraje debe regirse de acuerdo con las reglas establecidas en ella y, en su defecto, de acuerdo a lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, en adelante la Ley, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM y supletoriamente, por el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje.

Asimismo, el Tribunal Arbitral quedó facultado para suplir, a su discreción, cualquier deficiencia o vacío existente en la legislación o en el Contrato, mediante la aplicación de los principios generales del derecho.

II.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente laudo se expide de conformidad con lo estipulado en el Artículo 52° de la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en el mencionado Artículo, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las

² Trigésima Sexta Cláusula del Contrato presentado como Medio Probatorio N° 6 de la demanda.

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

En lo concerniente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del Artículo 43º de la Ley de Arbitraje, que a la letra señala que:

"El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva, la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas".

II.3 LA DEMANDA

Con fecha 18 de marzo de 2010, LA CONTRATISTA presentó su Demanda, en los siguientes términos:

PETITORIO

Primera Pretensión Principal:



Que, el Tribunal Arbitral declare que la liquidación de obra practicada por LA CONTRATISTA con fecha 10.08.2009 ha quedado consentida por silencio administrativo positivo, debido a que PROVIAS le notificó su pronunciamiento sobre la misma el día 11.09.2009, es decir, dentro de 32 días de haber tomado conocimiento de la liquidación.

Pretensión Sustitutoria de la Primera Pretensión Principal:

Que, en caso se establezca que la liquidación presentada por LA CONTRATISTA no ha quedado consentida, el Tribunal Arbitral DECLARE



ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

que la demora en el levantamiento de observaciones impuestas a LA CONTRATISTA por la Comisión de Recepción de Obras, con fecha 11.03.2009 se debió a causas no imputables a LA CONTRATISTA, por lo que no procedería la aplicación de penalidad por demora en el levantamiento del pliego de observaciones.

Segunda Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral DECLARE la nulidad de la Resolución Directoral N° 1631-2009-MTC/21, notificada el 11.09.2009, fuera de plazo y, además, por carecer de fundamentos técnicos y legales.

Tercera Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral DECLARE que existió demora de 25 días calendarios en el plazo de inicio de obra, debido a la demora injustificada en la entrega del terreno por causas imputables a PROVIAS y ORDENE el pago a LA CONTRATISTA por el RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS, ascendente a S/ 12,986.84 (DOCE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS CON 84/100 NUEVOS SOLES).

Cuarta Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral declare que corresponde a LA CONTRATISTA el pago de S/. 3,895.20 (TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO CON 20/100 NUEVOS SOLES) por concepto de mayores gastos generales, a consecuencia de la ampliación de plazo N° 01, por 26 días calendario, ampliación aprobada mediante Resolución Directoral N° 2171-2008-MTC/21 de fecha 22.10.2008.

Quinta Pretensión Principal:

5.1 Que, el Tribunal Arbitral DECLARE que PROVIAS utilizó 108 días de demora (del 24.11.2008 al 11.03.2009) en la designación de la Comisión de Recepción de Obra y en la constitución de la Comisión de

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

Recepción de Obra al lugar de la ejecución de la misma, a fin de verificar la culminación de los trabajos y formular Pliego de Observaciones, cuando está establecido un plazo de 32 días calendarios.

5.2 Que, el Tribunal Arbitral DECLARE que el desfase de 77 días en la subsanación de las observaciones por parte de LA CONTRATISTA, se debe a causas ajenas a la voluntad, interés y responsabilidad de la misma, al no contar con la Cantera designada por PROVIAS ni tener condiciones de transitabilidad.

5.3 PROVIAS debe reconocer a la CONTRATISTA la suma de S/. 26,976.71 (VEINTE Y SEIS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS CON 71/100 NUEVOS SOLES), por concepto de los gastos en que incurrió por desfase del período de recepción por las demoras establecidas en las pretensiones 5.1 y 5.2.

Primera Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral DECLARE que no corresponde la aplicación de penalidad por demora en el levantamiento del pliego de observaciones a LA CONTRATISTA.

Sexta Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral declare que le corresponde a LA CONTRATISTA, el resarcimiento de DAÑOS Y PERJUICIOS, respecto a la renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, por un plazo no previsto contractualmente. En consecuencia ordene que PROVIAS pague a LA CONTRATISTA la suma de S/. 25,500.00 (VEINTICINCO MIL QUINIENTOS Y 00/100 NUEVOS SOLES) por no poder liberar el importe retenido el 100% del valor de la fianza, por no contar con la liberación de este documento valor, e impedidos de generar utilidades al no poder invertir.



ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

Sétima Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene que PROVIAS asuma los gastos que demande la realización del arbitraje solicitado, incluyendo honorarios de los integrantes del Tribunal arbitral y del secretario arbitral, así como los costos de la asesoría técnica y legal que hemos contratado para resolver la presente controversia.

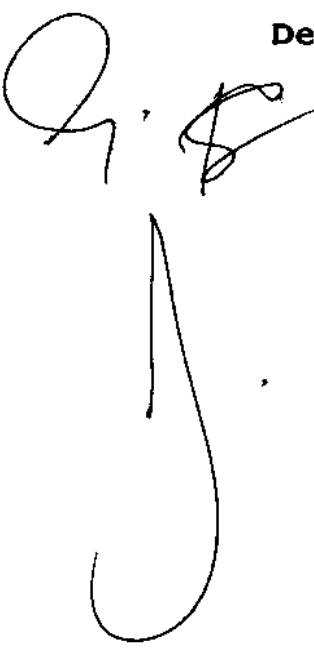
Octava Pretensión Principal:

Se RECONOZCA a LA CONTRATISTA un monto de S/. 33,070.65, por concepto de Lucro Cesante, que LA CONTRATISTA hubiese podido percibir en otro proceso de convocatoria de características similares al de la obra submateria, pero que no pudo debido a la falta de solvencia originada por la renovación de Cartas Fianzas que realizó para avalar la ejecución de la obra por un plazo de 360 días calendario.

Hechos de la Demanda

LA CONTRATISTA fundamentó en los siguientes hechos las pretensiones invocadas y sus implicancias:

De la Primera Pretensión Principal

- 
1. Con fecha 23.11.2008, mediante Asiento N° 41 del Cuaderno de Obra, el Ingeniero Residente de LA CONTRATISTA comunica al Supervisor que en la fecha se ha culminado con la ejecución de la Obra y solicita inspección de la misma.
 2. Con fecha 04.12.2008, LA CONTRATISTA al no recibir ninguna respuesta del Supervisor de Obra a la anotación antes indicada, remite la carta N° 003-2008-JMTT/RES, informando al Coordinador Zonal de Cajamarca la culminación de la obra y solicitando se proceda con la Recepción de la misma.

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

3. Con fecha 18.12.2008, PROVIAS entrega el Certificado de terminación de Obra.
4. Con fecha 12.06.2009, se suscribe el Acta de Recepción de la obra.
5. Con fecha 10.08.2009 LA CONTRATISTA, mediante carta S/N presenta su liquidación de obra.
6. Con fecha 11.09.2009 PROVIAS notificó a LA CONTRATISTA con la Resolución Directoral N° 1631-2009-MTC/21 a través de la cual se hizo entrega de la liquidación de obra practicada por PROVIAS, por la cual, entre otros, se resuelve un saldo a cargo de LA CONTRATISTA ascendente a S/. 17,315.77 (Diecisiete Mil Trescientos Quince con 77/100 Nuevos Soles) y se ordena a la Unidad Gerencial de Administración para que se efectúe el cobro.
7. Sin embargo, como podrá apreciarse, para la fecha de notificación de la citada Resolución la liquidación de obra presentada por LA CONTRATISTA ya había quedado consentida, pues la notificación se produjo en el día 32 después de recibir la liquidación de LA CONTRATISTA.

De la Pretensión Sustitutoria de la Primera Pretensión Principal

1. Con fecha 23.11.2008, mediante Asiento N° 41 del Cuaderno de Obra, el Ingeniero Residente de LA CONTRATISTA comunica al Supervisor que en la fecha se ha culminado con la ejecución de la Obra y solicita inspección de la misma.

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

2. Con fecha 04.12.2008, LA CONTRATISTA al no recibir ninguna respuesta del Supervisor de Obra a la anotación antes indicada, remite la Carta N° 003-2008-JMTT/RES, informando al Coordinador Zonal de Cajamarca la culminación de la obra y solicitando se proceda con la Recepción de la misma.
3. Con fecha 15.12.2008, mediante Carta N° 002-FMLTC, LA CONTRATISTA presenta la Valorización N° 01 (la única de toda la obra), por medio de la cual informa el avance de la obra y solicita el pago que corresponde. LA CONTRATISTA adjunta el Informe del Residente de Obra N° 001-2008-MTC/JMTT.RES, de fecha 28.11.2008, mediante el cual informa las actividades realizadas en el mes. El residente concluye su informe indicando que *"La obra se encuentra culminada con los trabajos efectuados de acuerdo al expediente técnico"* y recomienda aprobar y tramitar la valorización por todo el monto del contrato.
4. Con fecha 18.12.2008, PROVIAS entrega el Certificado de Terminación de Obra.
5. Con fecha 29.12.2008, PROVIAS cancela a LA CONTRATISTA el total de la Valorización N° 01, con lo cual muestra su conformidad con lo informado acerca de la culminación de la misma. Con este único pago efectuado por PROVIAS a favor de LA CONTRATISTA, quedaba únicamente la recepción de la Obra y que LA CONTRATISTA presente la liquidación sin saldos para ninguna de las partes.
6. Con fecha 16.02.2009, mediante oficio N° 318-2009-MTC/21.UGAL, se emite la Resolución Directoral N° 225-2009-MTC/21, resolviendo conformar la Comisión de Recepción de la Obra de Mantenimiento Periódico

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

7. Con fecha 09.03.2009, mediante Carta N° 125-2009-MTC/21.CJM, se fija fecha para la recepción de obra.
8. Con fecha 11.03.2009, se suscribe Acta de Observaciones en el período de recepción de la obra, fecha a partir de la cual, mi representada contaba con 14 días para subsanar las observaciones.
9. Con fecha 17.03.2009, mediante Carta N° 24 FMLTC-2009, LA CONTRATISTA manifiesta que con la finalidad de levantar las observaciones del Acta levantada por la Comisión de Recepción, se constituyó a la Cantera señalada en el contrato, evidenciando que no estaba disponible para su utilización debido a que los propietarios se oponen a la extracción del material mientras no se les cancele y solicita al Jefe de la Coordinación Zonal para que coordine con el Alcalde de Bambamarca quien estuvo comprometido a la entrega de dicha cantera. Este hecho no se suscitaba recién en este período, pues como podrá notarse de la Resolución N° 217-2008-MTC/21 de fecha 22.10.2008, LA CONTRATISTA ya había solicitado una ampliación de plazo debido, entre otras cosas, a la falta de disponibilidad de cantera al inicio de obra.
10. Con fecha 19.03.2009, la Coordinación Zonal, mediante Carta N° 156-2009-MTC/21.CJM, solicita al Alcalde de Hualgayoc-Bambamarca solucione el problema de la cantera.
11. Con fecha 03.04.2009, ante la falta de respuesta de la alcaldía, la Coordinación Zonal reitera solicitud, con Carta N° 175-2009-MTC/21.CJM.
12. Sin embargo, dicho pedido no podía ser prioritario para la comuna de la zona, debido a que para esa fecha Bambamarca era azotada por fuertes lluvias que provocaron inundaciones y la zona estaba en una situación de emergencia. Lo cual se acreditó

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

con notas de prensa que adjuntaron a la demanda. Notas que señalan incluso que debido a diversos deslizamientos los accesos a varios lugares habían quedado interrumpidos, dejando incomunicados a muchos pobladores por un lapso de dos meses. Entre los lugares que quedaron incomunicados se encontraba la zona en que se había ejecutado la Obra, es decir, el Distrito de El Naranjo.

13. Con fecha 25.05.2009, mediante Carta N° 86 MFLTC, LA CONTRATISTA manifiesta que al haber cesado las lluvias ese mismo día se retomarían los trabajos para el levantamiento de observaciones.

14. Con fecha 09.06.2009, con Carta N° 88-2009-FMLTC, LA CONTRATISTA comunica el levantamiento de observaciones del Acta de Pliego de observaciones y hace de conocimiento que la demora en realizar dichos trabajos, fue consecuencia de derrumbes ocurridos en los Km. 10+000 y el KM 11+000, de la carretera Bambamarca-El Naranjo ocurrido en 20 de marzo y que no pudieron ser limpiadas hasta la primera semana del mes de junio debido a fuertes lluvias en la zona, y adjuntó con ello constancias de la gobernación de que el pase fue suspendido en su totalidad por los continuos deslizamientos en la carretera debido al peligro que estos representaban. Se precisa asimismo que los trabajos fueron retomados el 01 de junio debido a que recién en la zona se apertura el acceso, y solicita la verificación de los trabajos a la brevedad posible.

15. Con fecha 12.06.2009, se suscribe el Acta de Recepción de la obra.

16. De todo lo señalado, se deduce que la demora en el levantamiento de las observaciones efectuadas por PROVIAS, se

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

debió a causales no imputables a LA CONTRATISTA, más no por razones injustificadas como pretende PROVIAS.

17. Señaló además que la demora en el levantamiento de las observaciones impuestas por la Comisión de Recepción de Obra no se debió a causas imputables a LA CONTRATISTA. Por las siguientes consideraciones:

Primero, porque PROVIAS conocía que a partir de diciembre hasta abril es época de lluvias en la zona, es por ello que la obra fue originalmente diseñada para ejecutarse en los meses comprendidos entre julio y setiembre, sin embargo, pese a que el contrato se firmó el 25 de julio del 2008, la entrega de terreno se efectuó recién en agosto del 2008.

Segundo, la obra no podía avanzar debido a que la cantera de la que LA CONTRATISTA debía extraer el material para la obra no estaba disponible por temas ajenos a ella.

Tercero, LA CONTRATISTA logró terminar la ejecución de la obra, como consta del certificado de terminación de obra. Razón por la cual solicitó se reciba la misma en diciembre de 2008. Sin embargo, por causas ajenas a LA CONTRATISTA, PROVIAS se demoró en designar Comisión de Recepción de la Obra y en constituirse en obra hasta marzo del 2009, LA CONTRATISTA no solicitó mayores gastos generales por demora en apersonamiento del Comité de recepción para verificar los trabajos realizados.

Por último, LA CONTRATISTA señaló que no se le puede atribuir y sancionar por una infracción que no ha cometido, máxime si existen evidencias de que en esa fecha la zona en que se ejecutaban los trabajos estaba siendo objeto de una catástrofe natural. Además, señala que en las notas de prensa que se adjuntan de la municipalidad de Bambamarca se aprecia que el

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

reinicio de los trabajos de mi representada coincide con la fecha en que se informa el cese de las lluvias. Luego de retomar los trabajos, LA CONTRATISTA reinició los trabajos y subsanó las observaciones en un tiempo corto, que de haberse tenido condiciones necesarias, sería el tiempo que se habría tomado en la fecha que correspondía.

De la Segunda Pretensión Principal:

1. Con fecha 11.09.2009 LA CONTRATISTA fue notificada con la Resolución Directoral N° 1631-2009-MTC/21 a través de la cual se hizo entrega de la liquidación de la obra referida, por la cual, entre otros, se resuelve un saldo a cargo de LA CONTRATISTA ascendente a S/. 17,315.77 (Diecisiete mil trescientos quince con 77/100 Nuevos Soles) y se ordena a la Unidad Gerencial de Administración para que se le efectúe el cobro.
2. LA CONTRATISTA solicita se declare la ineficacia de la resolución indicada debido a que constituye un hecho arbitrario por parte de PROVIAS, al no valorar el contexto en el que se expide, además por carecer de una debida motivación, y ser notificada de forma extemporánea, entre otros sustentos.

De la Tercera Pretensión Principal:

1. Con fecha 25.07.2008, se suscribió, entre LA CONTRATISTA y PROVIAS, el Contrato N° 370-2008-MTC/21.
2. Con fecha 29.08.2008, PROVIAS hizo entrega del terreno, como último evento para definir el inicio contractual de la obra como lo establece el Art. 240 del Reglamento³
3. Con fecha 30.08.2008 se dio inicio a la ejecución de la obra.
4. PROVIAS demoró de manera injustificada 25 días calendario en realizar la entrega del terreno para dar inicio a la obra, pues, según contrato, PROVIAS tenía un plazo de 10 días calendario

³ Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado promulgado DS.084-2004-PCM

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

para efectuar la entrega del terreno, es decir, hasta el 04.08.2008, con lo que la obra se habría iniciado el 05.08.2008 y no el 30.08.2008 como efectivamente ocurrió.

De la Cuarta Pretensión Principal:

1. Con fecha 10.10.2008, LA CONTRATISTA solicitó la Ampliación de Plazo N° 01, por 33 días calendario por falta de disponibilidad de cantera al inicio de obra, así como por presencia de lluvias en la zona de trabajo.
2. Con fecha 13.10.2008, PROVIAS recibe el Informe N° 883-2008-MTC/21.CJM de la Oficina de Coordinación Zonal de Cajamarca y la Supervisión de Planta, mediante el cual recomiendan se apruebe la Ampliación de Plazo N° 01 por 33 días calendario, debido a que luego de revisar la documentación alcanzada han verificado la no disponibilidad de la cantera, así como la presencia de lluvias que han impedido la normal ejecución de las partidas indicadas en el expediente técnico, de acuerdo al cronograma de avance de obra.
3. Con fecha 22.10.2008 PROVIAS emite la Resolución Directoral N° 2171-2008-MTC/21, por la cual se resuelve aprobar la Ampliación de Plazo N° 01, pero sólo por 26 días calendario.
4. LA CONTRATISTA señala que tenía razones para solicitar la Ampliación de Plazo de 33 días. PROVIAS otorgó únicamente 26 días por causas no atribuibles a LA CONTRATISTA; sin embargo, no le conceden el pago de mayores gastos generales, pues durante el tiempo que se presentaron las lluvias, LA CONTRATISTA debía permanecer en la zona, bajo riesgo y asumiendo por su cuenta los mayores gastos que esto significaba.

De la Quinta Pretensión Principal:

1. Con fecha 23.11.2008, mediante Asiento N° 41 del Cuaderno de Obra (folio 23), el Ingeniero Residente de LA CONTRATISTA comunica al Supervisor que en la fecha se ha culminado con la ejecución de la Obra y solicita inspección de la misma.
2. Con fecha 04.12.2009, LA CONTRATISTA remitió la carta N° 003-2008-JMTT/RES, informando al Coordinador Zonal de Cajamarca la culminación de la obra y solicitando se proceda con la Recepción de la misma.
3. Con fecha 18.12.2008, PROVIAS entregó el Certificado de Terminación de Obra.
4. Con fecha 16.02.2009, mediante oficio N° 318-2009-MTC/21.UGAL del 16.02.2009 se emitió la Resolución Directoral N° 225-2009-MTC/21 a través de la cual se conforma la Comisión de Recepción de la Obra.
5. Con fecha 09.03.2009, mediante Carta N° 125-2009-MTC/21.CJM, PROVIAS se fijó fecha para la recepción de obra.
6. Con fecha 11.03.2009, se llevó a cabo la verificación de los trabajos ejecutados por LA CONTRATISTA.
7. Por lo manifestado, LA CONTRATISTA señala que debe declararse que existió demora de PROVIAS en la designación de la comisión de recepción de la obra, así como la constitución de ésta en obra para la verificación correspondiente.
8. LA CONTRATISTA no añadió ningún cobro adicional en la liquidación presentada, sin embargo, PROVIAS pretendió grabar penalidad a LA CONTRATISTA, sin tomar en cuenta los costos de la obra, que han perjudicado a la Contratista.
9. Para el resarcimiento sobre los costos generados, LA CONTRATISTA tuvo en cuenta el costo diario del responsable de la obra, del guardián y alquiler de oficina-almacén por el tiempo que generó la demora en contar con la recepción definitiva de la obra.

De la Primera Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal:

10. LA CONTRATISTA señala que ha existido demora por parte de PROVIAS en designar la Comisión de Recepción de obra y demora en la constitución de ésta en obra para la verificación respectiva. Por tanto, se debe declarar que corresponde a LA CONTRATISTA el pago de mayores gastos generales por el lapso de la demora.

De la Sexta Pretensión Principal:

1. Sustenta esta pretensión son todos los actos cometidos por PROVIAS.

De la Séptima Pretensión Principal:

1. Señala que se ha generado perjuicio económico a LA CONTRATISTA, la misma que se ha visto en la necesidad de contratar servicios de asesoría a efectos de hacer valer los derechos que le asisten, además de los gastos irrogados por concepto de honorarios arbitrales y otros propios de un proceso de arbitraje.

De la Octava Pretensión Principal:

1. Solicita se reconozca a LA CONTRATISTA el monto de S/. 33, 070.65 por concepto de lucro cesante que LA CONTRATISTA hubiera podido percibir. Señala además que LA CONTRATISTA cuenta con personal a cargo, mantenimiento de oficina, entre otros instalada y constituida para hacer empresa, y el no contar con la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento no le permite licitar obras por valor similar, limitándole a su vez generar utilidades para su subsistencia.

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

Fundamentos de Derecho de la Demanda

- Las Bases Administrativas
- El Contrato de Ejecución de Obra N° 370-2008-MTC/21, suscrito el 25.07.2008.
- El Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.
- El Reglamento de la citada Ley, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

II.4. ARGUMENTACIÓN ADICIONAL A LA DEMANDA QUE SE DEBE TENER EN CUENTA EN LO QUE CONVENGA AL DERECHO DE LA CONTRATISTA

- El escrito de fecha 17 de mayo de 2010, con el cual LA CONTRATISTA absolvió traslado del escrito de Contestación de Demanda y presentó un nuevo medio probatorio.
- El escrito de fecha 12 de agosto de 2010, por el cual LA CONTRATISTA atendió la solicitud del Tribunal Arbitral, efectuada mediante Resolución Número Siete, de fecha 26.07.2010.
- El escrito de fecha 09 de setiembre de 2010, por el cual LA CONTRATISTA formuló sus alegatos.

II.5. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Petitorio

Con fecha 21 de abril de 2010 PROVIAS contestó la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos y solicitó que se declare infundada.

Hechos de la Contestación de la Demanda

De la Primera Pretensión Principal y su Pretensión Sustitutoria

1. PROVIAS negó las alegaciones de LA CONTRATISTA, por cuanto ésta presentó la liquidación de obra con carta s/n, de fecha 10 de Agosto del 2009. Ante ello y conforme lo dispone el artículo 269° del Reglamento, PROVIAS tenía 30 días de recibida la Liquidación para aprobarla, observarla o elaborar otra, siendo que dicha fecha vencía el 11 de setiembre de 2009.
2. Por ello, con fecha 2 de setiembre de 2009, PROVIAS remitió a LA CONTRATISTA la Resolución Directoral N° 1631-2009-MTC/21, vía correo electrónico. Dicha notificación electrónica se efectuó a la cuenta de correo consignada en el Contrato suscrito y aceptado como medio de notificación, de conformidad con lo establecido en el Numeral 4.1 de la Cláusula Cuarta del Contrato N° 370-2008-MTC/21, el cual a la letra señala: "Las comunicaciones cursadas entre las partes, sólo surtirán efecto, cuando sean efectuadas por escrito, facsímile y correo electrónico"
3. LA CONTRATISTA pretende desconocer la notificación efectuada por PROVIAS, mediante el correo electrónico de fecha 2 de setiembre de 2009, situación que no es posible pues ambas partes aceptaron la posibilidad de cursarse notificaciones por escrito, facsímile y correo electrónico.
4. Respecto a la pretensión subordinada a la primera principal, PROVIAS manifiesta que no existe en su poder ningún expediente debidamente sustentado, presentado por LA CONTRATISTA solicitando Ampliación de Plazo, para el

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

levantamiento de las observaciones formuladas por la Comisión de Recepción de Obra.

5. PROVIAS ha ejercido su potestad de no Resolución del Contrato, merituando los avances de obra tenidos a aquella fecha (90% de avance de obra) y los procedimientos subsecuentes a efectuarse en el caso de haberse producido aquella Resolución, lo que no implica la aplicación de las penalidades a LA CONTRATISTA por la no observancia de los plazos establecidos en la Ley. En este sentido, los argumentos esgrimidos por LA CONTRATISTA debieron ser considerados en su oportunidad para sustentar documentalmente el no cumplimiento en el plazo de ley del levantamiento de las observaciones.

De la Segunda Pretensión Principal

1. En la respuesta a la Primera Pretensión, se ha establecido que la Resolución Directoral N° 1631-2009-MTC/21 fue notificada al Contratista dentro del plazo legalmente establecido ya que con fecha 2 de setiembre de 2009 PROVIAS notificó vía correo electrónico a LA CONTRATISTA, donde se incluyó la multa por demora en el levantamiento de observaciones, la misma que fue aplicada en atención a la Cláusula Vigésima Segunda, ítem 22.5 del contrato de obra.

VIGESIMA SEGUNDA: RECEPCIÓN DE LA OBRA
(...)

22.5. Todo retraso en la subsanación de las obligaciones que exceda el plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan o podrá dar lugar a que, Provías Descentralizado resuelva el Contrato por incumplimiento.

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

2. Según la Directiva de Supervisión N° 003-2005-MTC/21, ítem 3.4.2 h) y Cláusula Vigésima Quinta, ítem 25.1, párrafo sexto, LA CONTRATISTA tiene un plazo de 15 días naturales para observarla, siendo la fecha máxima el 17 de setiembre de 2009, sin embargo, LA CONTRATISTA presentó su disconformidad con carta s/n de fecha 18.09.2009, es decir, en forma extemporánea. Por lo tanto, la Resolución Directoral N° 1631-2009-MTC/21 quedó consentida para todos sus efectos.

De la Tercera Pretensión Principal:

1. Según la Cláusula Décimo Primera del Contrato N° 370-2008-TC/21 de fecha 25 de julio de 2008, estableció que PROVIAS haría entrega del terreno a LA CONTRATISTA dentro de los diez (10) días calendario de suscrito el Contrato, no se contempló la penalidad y/o resarcimiento por PROVIAS, invocada por LA CONTRATISTA

"DECIMA PRIMERA: VIGENCIA Y PLAZO

11.1.- El Contrato entra en vigencia al día siguiente de su suscripción hasta que quede consentida la Liquidación Final del Contrato.

11.2.- El plazo de Ejecución de la Obra de Mantenimiento Periódico del Camino Vecinal: Bambamarca – El Naranjo (17.000 km) ubicado en el departamento de Cajamarca. Es de sesenta (60) días naturales, contados a partir de la fecha de inicio, sin deducción por días festivos o de lluvias (...)"

2. En ese sentido, lo que pretende LA CONTRATISTA resulta improcedente ya que no existió demora de 25 días calendario en el plazo de inicio de obra ya que LA CONTRATISTA estuvo inmerso en penalidad.

De la Cuarta Pretensión Principal:

1. Mediante Carta Notarial de fecha 10 de Octubre del 2008, el Contratista expresó su renuncia de manera voluntaria a los mayores gastos generales ocasionados por la Ampliación de Plazo N° 01. Asimismo, la Resolución Directoral N° 2171-2008-MTC/21 de fecha 22 de octubre de 2008, PROVIAS aprobó la Ampliación de Plazo N° 01 por 26 días calendarios, sin reconocimiento y pago de mayores gastos generales. Por otro lado, en la Cláusula Décima Primera, ítem 11.9 del contrato de obra dice textualmente:

(...) Las ampliaciones de plazo no darán lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales, según lo estipulado en los contratos de préstamo."

2. Ahora bien, es preciso aclarar que mediante Resolución Directoral N° 955-2008-MTC/21, de fecha 20 de mayo del 2008 referente a la Contratación por Comparación de precios; que fueron adquiridas por LA CONTRATISTA para participar en el proceso de selección y que dichas obras fueron financiadas para su ejecución por los órganos cooperantes del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y Banco mundial (BIRF), LA CONTRATISTA tenía conocimiento de la falta de reconocimiento de los gastos generales, por lo tanto, las normas que rigen estos procesos se encontraban bien detalladas en el Convenio, Contrato y Directivas de Ejecución y Supervisión, quedando como normas supletorias las Normas de Contrataciones del Estado

De la Quinta Pretensión Principal y Primera Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal:

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

1. La Cláusula Vigésima Segunda del Contrato de Obra N° 370-2008-MTC/21, solo establece el procedimiento a seguir para el proceso de Recepción de la Obra, no considerando la penalidad o el resarcimiento invocada por LA CONTRATISTA.

"Vigésima Segunda: Recepción de la Obra

22.1 El Contratista cuando la obra esté terminada solicitará en el Cuaderno de Obra el nombramiento de la Comisión de Recepción (...)

22.5 Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda el plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan o podrá dar lugar a que, Provías Descentralizado resuelva el Contrato por incumplimiento."

2. De igual forma se tiene que tomar en cuenta que no obra en PROVIAS expediente alguno respecto al requerimiento de LA CONTRATISTA por retraso en la recepción de la obra.

De la Sexta Pretensión Principal:

1. La renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, es una obligación contractual de LA CONTRATISTA, la misma que deviene del plazo de ejecución de la obra y hasta 30 días calendario después de consentida la liquidación correspondiente, tal como lo establece la Cláusula Décimo Tercera del contrato de la obra.

"DECIMO TERCERA: GARANTÍAS

13.1 Las Garantías Contractuales a favor de Provías Descentralizado, son las siguientes:

13.1.1. Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato: Este documento servirá para garantizar el cumplimiento de los plazos de ejecución de obra, de acuerdo al Calendario

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

valorizado de Avance de Obra, cobros de multa y cumplimiento en la entrega de los documentos requeridos por Provias Descentralizado (...)

El contratista presentó la Carta fianza Bancaria N° 2008/0197, emitida por Caja Cajamarca por la suma de S/. 17,315.78 Nuevos Soles (...)

13.1.2. Provias Descentralizado ejecutará las garantías si éstas no fuesen renovadas oportunamente por el Contratista."

De la Séptima Pretensión Principal:

1. PROVIAS solicitó se ordene que LA CONTRATISTA asuma la totalidad de los gastos arbitrales, ya que las pretensiones no tienen mayor sustento jurídico y legal.

De la Octava Pretensión Principal:

- 
1. Cabe destacar que tanto el Contrato como la Ley y el Reglamento obligan a LA CONTRATISTA a mantener vigente, y a su costo, las garantías requeridas hasta el momento de la liquidación final del contrato. Por consiguiente, siendo una obligación legal y contractual el mantenimiento de las garantías no debe ampararse esta pretensión de LA CONTRATISTA.
 2. Sin perjuicio de lo expuesto, debe analizarse si la demandante ha cumplido con demostrar válidamente la constitución de los elementos esenciales de responsabilidad civil indemnizatoria. LA CONTRATISTA debió haber demostrado: (i) la antijuricidad o ilicitud del acto, (ii) daños efectivamente causados y probados como consecuencia de dicho acto; (iii) la relación o nexo de causalidad entre el acto ilícito que provoca el daño y los daños

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

efectivamente probados y (iv) la imputabilidad o el factor de atribución que responsabiliza a quien los ha causado y le obliga a indemnizarlos. Al respecto, bastará que sólo uno de ellos no sea cumplido para que no se genere responsabilidad alguna.

3. En el presente caso, el hecho de que exista la obligación legal de que LA CONTRATISTA renueve las garantías hasta el consentimiento de la liquidación de obra, genera que no se presenten los elementos de la responsabilidad civil, debiendo declararse infundado este extremo de la demanda.

Fundamentos de Derecho de la Contestación de la Demanda

- Las Bases Administrativas
- El Contrato de Ejecución de Obra N° 370-2008-MTC/21, suscrito el 25.07.2008.
- La Directiva de Supervisión N° 003-2005-MTC/21
- El Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.
- El Reglamento de la citada Ley, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.



II.6 ARGUMENTACIÓN ADICIONAL A LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA QUE SE DEBE TENER EN CUENTA EN LO QUE CONVENGA AL DERECHO DE PROVIAS

- 
- El escrito de fecha 19 de agosto de 2010, por el cual PROVIAS atiende la solicitud del Tribunal Arbitral, efectuada mediante Resolución Número Siete, de fecha 26.07.2010.
 - El escrito de fecha 13 de setiembre de 2010, por el cual PROVIAS formuló sus alegatos.

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

- El escrito de fecha 20 de octubre de 2010, por el cual PROVIAS hace presente informes técnicos

II.7 LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Con fecha 20 de mayo de 2010 se celebró la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. En ella, el Tribunal, exhortó a arribar a un acuerdo conciliatorio. Sin embargo, ante la imposibilidad de arribar a un acuerdo total o parcial de las posiciones de las partes, el Tribunal decidió proseguir con el presente proceso.

Seguidamente, y luego de escuchar a las partes, el Tribunal Arbitral procedió a establecer los siguientes Puntos Controvertidos:

1. Determinar si corresponde declarar que la liquidación de obra practicada por La Contratista con fecha 10 de agosto de 2009 ha quedado consentida por silencio administrativo positivo, debido a que La Entidad le notificó su pronunciamiento sobre la misma el día 11.09.2009, es decir dentro de 32 días de haber tomado conocimiento de la liquidación.
2. En el supuesto que el Tribunal Arbitral desestime el primer punto controvertido, que se determine si corresponde declarar que la demora en el levantamiento de observaciones impuestas a LA CONTRATISTA por la Comisión de Recepción de Obras, con fecha 11.03.2009 se debió a causas no imputables a LA CONTRATISTA, por lo que no procedería la aplicación de penalidad por demora en el levantamiento del pliego de observaciones.

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

3. Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 1631-2009-MTC/21, si la misma fue notificada fuera de plazo y, si carecería de fundamentos técnicos y legales.
4. Determinar si corresponde declarar que existió demora de 25 días calendarios en el plazo de inicio de obra, debido a la demora injustificada en la entrega del terreno por causas imputables a La Entidad.
5. Determinar si corresponde ordenar o no que La Entidad pague a La Contratista el monto ascendente a S/ 12,986.84 (Doce Mil Novecientos Ochenta y Seis con 84/100 Nuevos Soles) por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios por la demora señalada en el punto controvertido precedente.
6. Determinar si corresponde ordenar o no que La Entidad pague a La Contratista la suma ascendente a S/. 3,895.20 (Tres Mil Ochocientos Noventa y Cinco con 20/100 Nuevos Soles) por concepto de mayores gastos generales, a consecuencia de la ampliación de plazo N° 01, por 26 días calendario, ampliación aprobada mediante Resolución Directoral N° 2171-2008-MTC/21 de fecha 22.10.2008.
7. Determinar si corresponde declarar que La Entidad utilizó 108 días calendario, es decir, del 24.11.2008 al 11.03.2009, en la designación de la Comisión de Recepción de Obra y en la constitución de la Comisión de Recepción de Obra al lugar de la ejecución de la misma, a fin de verificar la culminación de los trabajos y formular Pliego de Observaciones, cuando está establecido un plazo de 32 días calendarios.
8. Determinar si corresponde declarar que el desfase de 77 días en la subsanación de las observaciones por parte de LA

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

CONTRATISTA, se debe a causas ajenas a la voluntad, interés y responsabilidad de la misma, al no contar con la Cantero designada por PROVIAS ni tener condiciones de transitabilidad.

9. Determinar si corresponde declarar que se reconozca a favor de La Contratista la suma de S/. 26,976.71 (Veinte Seis Mil Novecientos Setenta y Seis con 71/100 Nuevos Soles), por concepto de los gastos en que incurrió por desfase del periodo de recepción por las demoras establecidas en los puntos controvertidos 7 y 8.

10. En caso en Tribunal declare fundados los puntos controvertidos 7, 8 y 9, determinar si corresponde o no la aplicación de penalidad por demora en el levantamiento del pliego de observaciones a La Contratista.

11. Determinar si corresponde declarar que La Entidad pague a la Contratista el monto de S/. 25,500.00 (Veinticinco Mil Quinientos y 00/100 Nuevos Soles), como resarcimiento de daños y perjuicios, respecto a la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, al no poder liberar el importe de dicho documento y verse impedida de generar utilidades.

12. Determinar si corresponde que se reconozca a La Contratista el monto de S/. 33,070.65, por concepto de Lucro Cesante, que hubiera podido percibir en otro proceso de convocatoria de características similares al de la obra submateria, pero que no pudo debido a la falta de solvencia originada por la renovación de Cartas Fianzas que realizó para avalar la ejecución de la obra por un plazo de 360 días calendario.

Punto Controvertido Común

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

13. Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

II.8. LOS MEDIOS PROBATORIOS

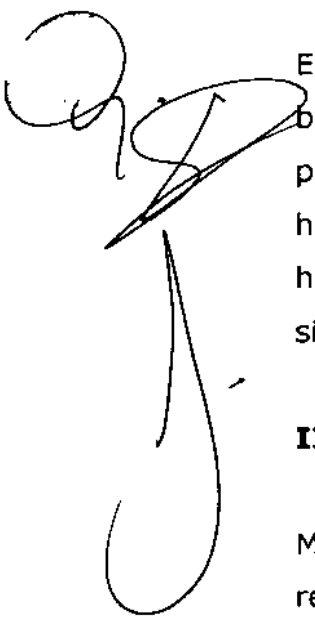
En la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 20 de mayo de 2010, el Tribunal Arbitral dispuso admitir los siguientes medios probatorios:

Medios probatorios ofrecidos por LA CONTRATISTA:

- Los medios probatorios ofrecidos en su escrito de demanda presentado con fecha 18 de marzo de 2010, que se detallan en el acápite V denominado "Medios probatorios", del numeral 1 al 28, con excepción del medio probatorio 12 y 21 que no han sido presentado.

Medios probatorios ofrecidos por PROVIAS DESCENTRALIZADO:

- Los medios probatorios ofrecidos en su escrito de contestación de la demanda presentado con fecha 21 de abril de 2010, que se detallan en el acápite III denominado "Medios Probatorios", del 1A al 1F.



En relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes y sobre la base del principio de la amplitud de la prueba que se aplica en todo procedimiento arbitral, este Tribunal Arbitral deja constancia que no se ha generado nulidad alguna en el presente proceso arbitral y que se han actuado todos los medios probatorios presentados, los que han sido evaluados en su integridad por este Tribunal Arbitral.

II.9 ALEGATOS E INFORME ORAL

Mediante la Resolución N° 11 de fecha 25 de agosto de 2010, se resolvió: Primero: Declarar el cierre de la etapa probatoria; y,

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

Segundo: Otorgar a las partes un plazo de 05 días para la presentación de sus alegatos escritos.

Mediante escritos de fecha 09 de setiembre de 2010 y 13 de setiembre de 2010 LA CONTRATISTA y PROVIAS DESCENTRALIZADO, respectivamente, presentaron sus alegatos.

Con fecha 30 de setiembre de 2010 se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación de los representantes de ambas partes. En ella, ambas partes hicieron uso de la palabra y respondieron las preguntas y consultas de los Árbitros.

II.10 PLAZO PARA LAUDAR

De conformidad con lo estipulado en el numeral 32 del Acta de Instalación, mediante Resolución Número Catorce, del 17 de noviembre de 2010, el Tribunal Arbitral procedió a fijar el plazo para laudar en treinta días hábiles.

Asimismo, mediante Resolución N° 16 se prorrogó el plazo para laudar de conformidad con lo dispuesto en el numeral 32) del Acta.

II.11 HONORARIOS Y GASTOS ARBITRALES

En el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 25 de febrero de 2010, se fijó como único anticipo de los honorarios de cada uno de los árbitros la suma neta de S/. 3,000.00 (Tres Mil y 00/100 Nuevos Soles) y los honorarios de la Secretaría Arbitral en la suma neta de S/. 2,000.00 (Dos Mil y 00/100 Nuevos Soles).

Mediante la Resolución N° 02, de fecha 19 de marzo de 2010 el Tribunal Arbitral dejó constancia que LA CONTRATISTA efectuó los pagos dispuestos en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

Mediante la Resolución N° 05, de fecha 30 de abril de 2010 el Tribunal Arbitral dejó constancia que PROVIAS DESCENTRALIZADO efectuó los pagos dispuestos en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

Por esta razón, corresponde que se fije como honorario total del Tribunal Arbitral la suma de S/. 3,000.00 (Tres Mil y 00/100 Nuevos Soles) y los honorarios de la Secretaría Arbitral en la suma neta de S/. 2,000.00 (Dos Mil y 00/100 Nuevos Soles).

CONSIDERANDO:

El análisis que se efectúe debe tenerse en cuenta que estamos ante un contrato suscrito en el marco del régimen de contratación pública y sujeto a sus reglas privativas, siendo que al respecto es pertinente lo expresado por el Tribunal Constitucional en el acápite 12 de los Fundamentos de la sentencia recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC⁴, que al referirse al objeto del artículo 76° de la Constitución política relativo a la constitucionalidad de dicho régimen sostiene que:



"La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las

⁴Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima contra la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27635 en cuanto establece la adquisición de medicamentos destinados a establecimientos hospitalarios del Ministerio de Salud, ESSALUD y las Sociedades de Beneficencia Pública mediante el mecanismo de la Bolsa de Productos.

operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados (...)

De este modo, el nivel de exigencias formales y sustanciales contempladas en el contrato, así como la interpretación adoptada, no pueden ser vistas de modo aislado, sino conforme a los objetivos descritos en los párrafos anteriores, teniéndose en cuenta las disposiciones aplicables al régimen de contratación estatal y, conforme a ello, de los principios y reglas que la sostienen, dentro de las cuales debe tenerse en cuenta el necesario equilibrio entre las partes que intervienen.

Llegados a este punto, es importante tener en cuenta que el objeto del presente Laudo Arbitral es resolver un total de doce (12) puntos controvertidos de la parte demandante y uno (1) punto controvertido común, no existiendo ampliaciones de demanda, ni reconvención. El tenor común a todas ellas, es determinar la pertinencia o no de una serie de incidencias producidas en el contrato suscrito entre las partes.

Este Tribunal, en esa línea, se reserva el derecho de analizar cada uno de los temas controvertidos en el orden que estime pertinente y no necesariamente en el planteado en el acta de conciliación y fijación de puntos controvertidos.

III. CUESTIONES PRELIMINARES

III.1 NORMA APLICABLE

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

Teniendo en cuenta los Antecedentes del caso, el mismo deberá ser analizado a la luz del Contrato de Ejecución de Obra N° 370-2008-MTC/21, el contrato de Préstamo suscrito con el BID y el BIRF, el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante D.S. 083-2004-PCM y su Reglamento, aprobado mediante D.S. 084-2004-PCM.

III.2 ASPECTOS GENERALES

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

- Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con los convenios arbitrales celebrados entre las partes y la Ley de Arbitraje.
- Que en momento alguno se ha recusado a alguno de los árbitros o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
- Que LA CONTRATISTA presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- Que PROVIAS fue debidamente emplazado con la demanda, contestó y ejercitó plenamente su derecho de defensa.
- Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas, habiendo sido el Tribunal Arbitral totalmente permisivo con las partes respecto de la presentación de pruebas adicionales para que las partes sustenten en profundidad sus pretensiones.

- Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e informar oralmente.
- Que, el Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.
- Que el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente proceso arbitral.

IV. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LOS TEMAS CONTROVERTIDOS



En este tema, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a cada una de las pretensiones que se procede a analizar, se han tenido en cuenta los sustentos de hecho y de derecho invocados por cada una de las partes en el transcurso del presente proceso arbitral, sin excepción alguna. En este sentido, las conclusiones que se alcanzan corresponden a la real y cabal convicción de este Tribunal sobre cada uno de los puntos establecidos por las partes como puntos controvertidos sujetos a la competencia resolutoria de este Tribunal.

V. SOBRE EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO



ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto al Primer Punto Controvertido referido a determinar si corresponde declarar que la liquidación de obra practicada por La Contratista con fecha 10 de agosto de 2009 ha quedado consentida por silencio positivo, debido a que La Entidad le notificó su pronunciamiento sobre la misma el día 11 de setiembre de 2009, es decir, dentro de 32 días de haber tomado conocimiento de la liquidación.

El Tribunal Arbitral considera que la Pretensión Principal N° 1 de la demanda debe declararse fundada, por las siguientes consideraciones:

1. Que la Cláusula Vigésima Quinta del CONTRATO de Ejecución de Obra N° 370-2008-MTC/21 establece lo siguiente:

**"VIGÉSIMA QUINTA: LIQUIDACIÓN DEL
CONTRATO**

25.1 El Contratista deberá proporcionar al Supervisor una liquidación detallada de acuerdo a la Directiva de Supervisión vigente, con los montos que el Contratista considere que se le adeuden en virtud del Contrato. En la liquidación administrativa del contrato, se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores que haya recibido el Contratista, aquellos que quedarán por

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVÍAS DESCENTRALIZADO

entregársele, los que deban serle deducidos o deba devolver, por cualquier concepto, aplicando los ajustes correspondientes. A este efecto, se procederá a las compensaciones a que hubiese lugar.

La Liquidación será presentada debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra.

Dentro de treinta (30) días de recibida, PROVÍAS DESCENTRALIZADO deberá pronunciarse, ya sea observando la Liquidación presentada por EL CONTRATISTA o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificar a EL CONTRATISTA para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

Si EL CONTRATISTA no presenta la Liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de PROVÍAS DESCENTRALIZADO en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo de EL CONTRATISTA.

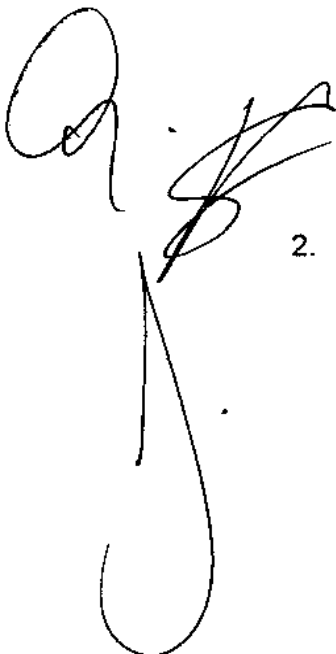
PROVÍAS DESCENTRALIZADO notificará la Liquidación a EL CONTRATISTA para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.

Cuando una de las partes observe la Liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

En caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, deberá manifestarlo por escrito en el plazo establecido en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, en la forma establecida en el presente contrato.

No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver."

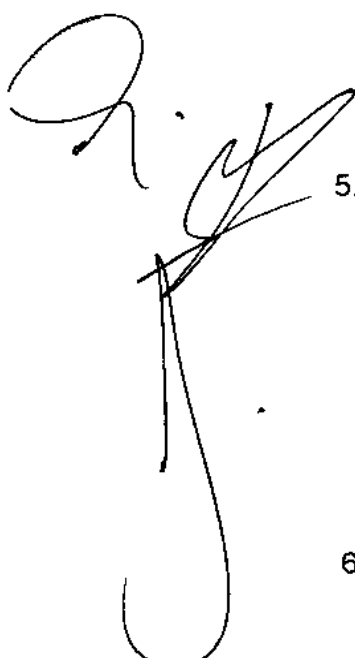
- 
2. El CONTRATO ha establecido todo un procedimiento para que se realice la Liquidación Final de La obra. Por tanto, el Tribunal analizará si se respetó lo pactado.

"(...) La Liquidación será presentada debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que

resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra (...)"

3. De los hechos descritos por las partes, se evidencia, primero que la obra fue recibida por PROVIAS el 12 de junio de 2009⁵, por lo que, LA CONTRATISTA tenía hasta el 11 de agosto de 2009 para presentar su liquidación final de obra, hecho que realizó el 10 de agosto de 2009, vale decir, dentro del plazo previsto en el REGLAMENTO.
4. Analizada la primera etapa, la cual era responsabilidad de LA CONTRATISTA, toca examinar lo siguiente, que debió ser cumplido por PROVIAS. Así, el CONTRATO señala:

"(...) Dentro de treinta (30) días de recibida, PROVÍAS DESCENTRALIZADO deberá pronunciarse, ya sea observando la Liquidación presentada por EL CONTRATISTA o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificar a EL CONTRATISTA para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes (...)"

- 
5. PROVIAS, ante la presentación de la liquidación final de la Obra presentada por LA CONTRATISTA, contaba con 30 días para pronunciarse ya sea observando la liquidación presentada por LA CONTRATISTA; o, de considerarlo pertinente, elaborar otra, y notificar a LA CONTRATISTA para que ésta se pronunciara dentro de los quince (15) días siguientes.
 6. Deberá determinarse si PROVÍAS cumplió con el plazo previsto en el CONTRATO para su pronunciamiento respecto de la

⁵ Medio Probatorio N° 14 de la Demanda.

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

liquidación final de la obra. Como ya se mencionó, LA CONTRATISTA presentó su liquidación el 10 de agosto de 2009, por lo que, LA ENTIDAD tenía plazo para pronunciarse sobre ella hasta el 09 de setiembre de 2009, notificando a LA CONTRATISTA para su pronunciamiento dentro de los quince días siguientes.

7. De los medios aportados por las partes en el presente proceso se desprende, que LA CONTRATISTA ha acreditado que el 11 de setiembre de 2009, con Oficio N° 2028-2009-MTC/21.UGAL⁶ se le notificó la Resolución Directoral N° 1631-2009-MTC/21, mediante la cual LA ENTIDAD resuelve lo siguiente:

"ARTÍCULO 1°.- Aprobar la Liquidación Final del Contrato N° 370-2008-MTC/21 correspondiente a la ejecución de la Obra de Mantenimiento Periódico del Camino Vecinal: BAMBAMARCA - EL NARANJO (L=17.000 KM.), ubicado en el departamento de Cajamarca, a cargo de la ingeniera Martha Fanny La Torre Cabanillas, que determina un monto final de ejecución final de contrato ascendente a S/. 173,157.81 (Ciento sesenta y Tres Mil Ciento Cincuenta y Siete con 81/100 Nuevos soles) incluido IGV, con un saldo a cargo del Contratista ascendente a S/.17, 315.77 (Diecisiete Mil Trescientos Quince con 77/100 Nuevos Soles) por concepto de multa impuesta, por los fundamentos establecidos y de acuerdo con el detalle contenido con el anexo adjunto que forma parte de la presente resolución."

⁶ Medio Probatorio N° 22 de la Demanda.

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

8. Al respecto, PROVIAS en su contestación de demanda ha señalado lo siguiente:

"(...) con fecha 2 de setiembre de 2009, La Entidad remitió al Contratista la Resolución Directoral N° 1631-2009-MTC/21, vía correo electrónico. Dicha notificación electrónica se efectuó a la cuenta de correo consignada en el Contrato suscrito y aceptado como medio de notificación, de conformidad con lo establecido en el Numeral 4.1 de la Cláusula Cuarta del Contrato N° 370-2008-MTC/21, el cual a la letra señala:

"Las comunicaciones cursadas entre las partes, solo surtirán efecto, cuando sean efectuadas por escrito, facsímile y correo electrónico."

9. De la lectura del Contrato suscrito entre las partes, en éste se indica lo siguiente:

"CUARTA: DOMICILIO A EFECTOS DE NOTIFICACIÓN

4.1 Cualquier aviso o notificación que tengan que darse las partes bajo este contrato será enviada:

- AI CONTRATISTA: Tarapacá N° 417, Departamento de Cajamarca.

- A PROVIAS DESCENTRALIZADO: Av. Bolivia N° 120, Piso 109, Torre del Centro Cívico y Comercial de Lima.

**Las comunicaciones cursadas entre las Partes,
sólo surtirán efecto:**

**- Cuando sean efectuadas por escrito, facsímile
y correo electrónico.**

**- Cuando sean notificadas vía notarial o Juez de
Paz, en los lugares donde no haya Notario. De
ser el caso ambos dejarán constancia ante
negativa de recepción."**

10. De lo pactado entre las partes se interpreta que éstas acordaron que las notificaciones que deban darse en el curso del CONTRATO serían enviadas a los domicilios respectivos fijados en el CONTRATO, y que otras comunicaciones cursadas entre las partes podrían ser efectuadas por escrito, facsímile y correo electrónico.

11. Debe tenerse presente lo que la Ley del Procedimiento Administrativo General señala respecto a las notificaciones, así en el art. 20° de la Ley, se establecen las modalidades de notificación en orden de prelación, teniendo preeminencia la notificación personal en el domicilio del administrado, también se establece como una modalidad de notificación la efectuada vía correo electrónico.

"Artículo 20.- Modalidades de notificación

**20.1 Las notificaciones serán efectuadas a
través de las siguientes modalidades, según
este respectivo orden de prelación:**

**20.1.1 Notificación personal al administrado
interesado o afectado por el acto, en su
domicilio.**

20.1.2 Mediante telegrama, correo certificado, telefax, correo electrónico; o cualquier otro medio que permita comprobar fehacientemente su acuse de recibo y quien lo recibe, siempre que el empleo de cualquiera de estos medios hubiese sido solicitado expresamente por el administrado⁷.

20.1.3 Por publicación en el Diario Oficial y en uno de los diarios de mayor circulación en el territorio nacional, salvo disposición distinta de la ley.

20.2 La autoridad no podrá suplir alguna modalidad con otra, bajo sanción de nulidad de la notificación. Podrá acudir complementariamente a aquellas u otras, si así lo estimare conveniente para mejorar las posibilidades de participación de los administrados.

20.3 Tratamiento igual al previsto en este capítulo corresponde a los citatorios, los emplazamientos, los requerimientos de documentos o de otros actos administrativos análogos".

12. Asimismo, en el presente caso se debe tener en cuenta lo establecido en el art. 25° de la Ley N° 27444, en el cual se establecen ciertas reglas para que las notificaciones efectuadas surtan sus efectos, así se señala:

"Artículo 25.- Vigencia de las notificaciones

⁷ El subrayado es nuestro

Las notificaciones surtirán efectos conforme a las siguientes reglas:

1. Las notificaciones personales: el día que hubieren sido realizadas.

***2. Las cursadas mediante correo certificado, oficio, correo electrónico y análogos: el día que conste haber sido recibidas.*⁸**

3. Las notificaciones por publicaciones: a partir del día de la última publicación en el Diario Oficial.

4. Cuando por disposición legal expresa, un acto administrativo deba ser a la vez notificado personalmente al administrado y publicado para resguardar derechos o intereses legítimos de terceros no apersonados o indeterminados, el acto producirá efectos a partir de la última notificación.

Para efectos de computar el inicio de los plazos se deberán seguir las normas establecidas en el artículo 133 de la presente Ley".

13. De acuerdo al precitado artículo las notificaciones realizadas mediante correo electrónico surtirán efecto desde el día que conste haber sido recibidas.

14. Por tal razón, el Tribunal Arbitral requirió a PROVIAS, mediante Resolución N° 07 de fecha 22.07.2010, presentar los documentos necesarios que prueben fehacientemente que

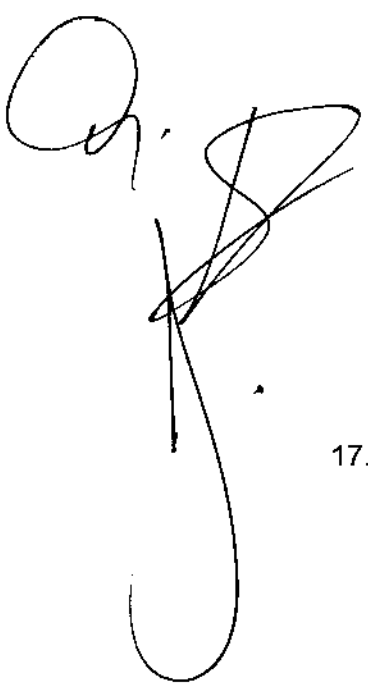
⁸ El subrayado es nuestro

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

Provías Descentralizado adjuntó la Resolución Directoral N° 1631-2009-MTC/21 en el correo electrónico remitido a Martha Fanny La Torre Cabanillas de fecha 02.09.2010, así como que presenten el acuse de recibo de dicha comunicación.

15. No obstante el requerimiento efectuado por el Tribunal Arbitral, hasta la culminación del presente proceso, PROVIAS no ha cumplido con presentar el acuse de recibo del correo electrónico con el señala que notificó a LA CONTRATISTA, así como tampoco ha acreditado fehacientemente haber adjuntado el archivo correspondiente a la Resolución Directoral N° 1631-2009-MTC/21.

16. Por tanto, este Tribunal Arbitral considera como válida, según la primera regla prescrita en el art. 25° de la Ley N° 27444, es decir, la notificación personal, el día que la misma fue recibida, vale decir, la notificación realizada a LA CONTRATISTA el 11 de setiembre de 2009, por lo que, corresponde declarar consentida la liquidación de obra presentada por LA CONTRATISTA, toda vez que PROVIAS no se pronunció sobre ella dentro del plazo previsto para ello en la Cláusula Vigésima Quinta del Contrato:



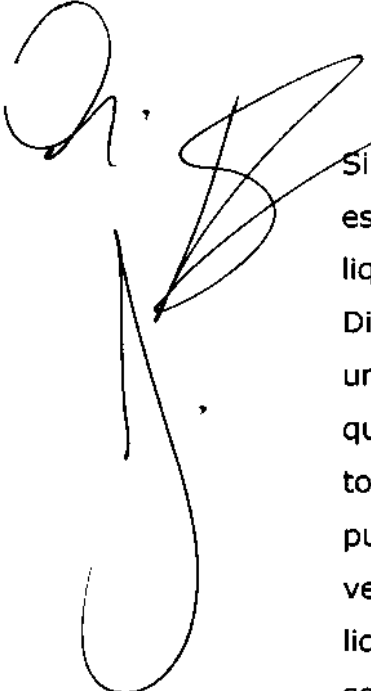
"(...) La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido. (...)"

17. Por tanto, se debe aplicar lo que establece el CONTRATO sobre (i) el plazo para que PROVIAS modifique o apruebe la Liquidación Final del CONTRATO presentado por LA CONTRATISTA, (ii) la consecuencia o penalidad en caso las partes incumplan con realizar las acciones pertinentes en el proceso de aprobación de la Liquidación Final.

18. Por ello, el plazo con que contaba PROVIAS para pronunciarse respecto de la Liquidación Final de la Obra era de treinta (30) días calendarios. Una vez cumplido el plazo establecido y ante la ausencia de pronunciamiento por parte de PROVIAS respecto a la aprobación o modificación de la Liquidación Final de la Obra, operaría el consentimiento de la Liquidación Final de la Obra, elaborada por LA CONTRATISTA, conforme lo estipula el CONTRATO.

19. Además de lo señalado, se evidencia también que PROVÍAS no cumplió con lo dispuesto en el REGLAMENTO respecto de la liquidación presentada por LA CONTRATISTA, puesto que según el art. 268° del REGLAMENTO:

"(...) la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes (...)"



Sin embargo, dentro de los quince días señalados, PROVÍAS sin esperar el pronunciamiento de LA CONTRATISTA, aprobó su liquidación. Asimismo, como consta en el anexo de la Resolución Directoral N° 1631-2009-MTC/21, PROVÍAS adjunta únicamente un Resumen de Liquidación, cuando lo que exige la norma es que en caso de elaborar una nueva liquidación, sea ésta en su totalidad la que sea notificada a LA CONTRATISTA para que pueda pronunciarse dentro de los quince días siguientes y una vez vencido este plazo, se proceda a aprobar la nueva liquidación o, si LA CONTRATISTA expresa su disconformidad, sea esta controversia sometida a arbitraje.

VI. SOBRE EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Al haber sido declarada fundada la Primera Pretensión Principal de la demanda, resulta innecesario que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre la Pretensión Sustitutoria a la Primera Pretensión Principal de la demanda referida a que se determine si corresponde declarar que la demora en el levantamiento de observaciones impuestas a LA CONTRATISTA por la Comisión de Recepción de Obras, con fecha 11.03.2009 se debió a causas no imputables a LA CONTRATISTA, por lo que, no procedería la aplicación de penalidad por demora en el levantamiento del pliego de observaciones, debiendo sujetarse a lo que disponga el Tribunal Arbitral al momento de laudar.

El Tribunal Arbitral considera que debe declararse que carece de objeto pronunciarse sobre este Segundo Punto Controvertido al haberse declarado fundado el Primer Punto Controvertido.

VII. SOBRE EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto al Tercer Punto Controvertido referido a determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

Directoral N° 1631-2009-MTC/21, si la misma fue notificada fuera de plazo y, si carecería de fundamentos técnicos y legales.

El Tribunal Arbitral considera que la Pretensión Principal N° 2 de la demanda debe declararse fundada, debido a que se ha determinado que la liquidación final de Obra ha quedado consentida, por lo que, la Resolución Directoral N° 1631-2009-MTC/21 que aprueba una liquidación notificada extemporáneamente deviene en ineficaz.

VIII. SOBRE EL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto al Cuarto Punto Controvertido, referido a determinar si corresponde declarar que existió demora de 25 días calendarios en el plazo de inicio de obra, debido a la demora injustificada en la entrega del terreno por causas imputables a LA ENTIDAD.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que la Pretensión Principal N° 3 de la demanda vinculada al cuarto punto controvertido fijado en la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, debe declararse fundada, por las siguientes consideraciones:

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

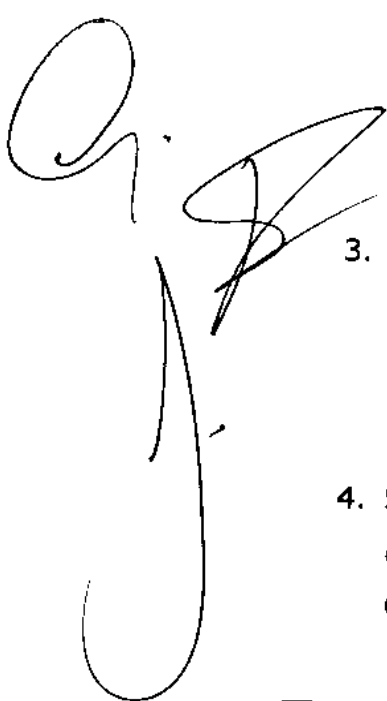
1. De los medios probatorios ofrecidos por las partes se evidencia que PROVIAS y LA CONTRATISTA suscribieron el CONTRATO con fecha 25 de julio de 2008⁹.
2. Conforme a la Cláusula Décima Primera del CONTRATO, referida a la vigencia y plazo, se establece que:

"(...)

11.2 El plazo de ejecución de LA OBRA de Mantenimiento Periódico del Camino Vecinal: "BAMBAMARCA - EL NARANJO (17.000 KM), ubicado en el Departamento de Cajamarca. Es de Sesenta (60) días naturales, contados a partir de la fecha de inicio, sin deducción por días festivos o de lluvias.

11.3 La fecha de inicio del plazo de ejecución de Obra, regirá a partir del día siguiente de la entrega del terreno.

11.4 PROVIAS DESCENTRALIZADO hará entrega del terreno a EL CONTRATISTA dentro de los 10 días calendarios de suscrito el Contrato (...)"

- 
3. En tal sentido, PROVÍAS tuvo como plazo máximo para entregar el terreno a LA CONTRATISTA, el día 04 de agosto de 2008, con lo que el inicio del plazo de ejecución de Obra, se hubiera producido el 05 de agosto de 2008.
 4. Según el Acta de Entrega de Terreno¹⁰ presentada como medio de prueba en el presente proceso, el terreno fue entregado a LA CONTRATISTA el 29 de agosto de 2008, por lo que, el inicio del

⁹ Medio Probatorio N° 1 de la Demanda

¹⁰ Medio Probatorio N° 2 de la Demanda

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

plazo de ejecución de obra rigió a partir del 30 de agosto de 2008.

5. Sobre esta pretensión LA ENTIDAD tanto en escrito de contestación de demanda, como de alegatos manifestó lo siguiente:

"Lo que pretende la contratista señores miembros del Tribunal Arbitral, resulta improcedente, ya que no existió demora de 25 días calendario en el plazo de inicio de obra, por cuanto la Contratista estuvo inmerso en penalidad".

6. Estando a lo expuesto, PROVIAS no cuestiona en forma expresa la existencia de los veinticinco (25) días calendario de demora en la entrega del terreno; la defensa de PROVIAS se basa en una eventual consecuencia de la demora, esto es que invoca la inexistencia de una cláusula en el contrato que le obligue a un resarcimiento por daños y perjuicios o de una penalidad como resultado de una demora en la entrega del terreno de obra¹¹, sin exponer las razones y argumentos por los cuales, PROVIAS demuestre que no existió demora alguna en la entrega del terreno o que eventualmente demuestre la justificación de esa demora.

7. Por los motivos expuestos, este Tribunal considera que debe declararse fundado este punto controvertido del proceso.

IX. SOBRE EL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO.

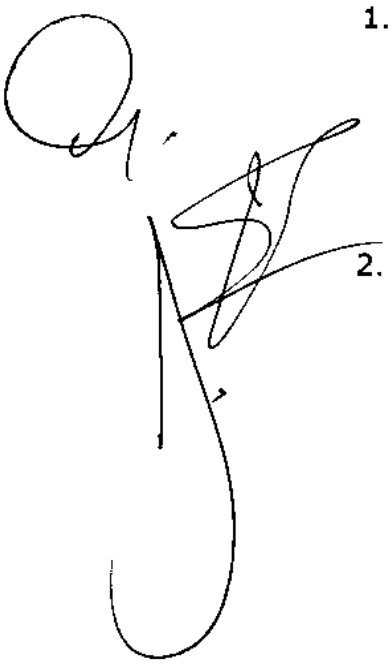
¹¹ Ver página 06 del escrito de contestación de demanda.

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto al Quinto Punto Controvertido, referido a determinar si corresponde ordenar o no que LA ENTIDAD pague a LA CONTRATISTA el monto ascendente a S/. 12,986.84 (Doce Mil Novecientos Ochenta y Seis con 84/100 Nuevos Soles) por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios por la demora señalada en el punto controvertido precedente.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que la Pretensión Principal N° 3 de la demanda vinculada al quinto punto controvertido fijado en la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, debe declararse fundada, por las siguientes consideraciones:

- 
1. Se ha determinado que en efecto PROVIAS tuvo una demora de 25 días calendarios en la entrega del terreno, hecho que retardó el inicio del plazo de ejecución contractual, sin que existan causas que justifiquen dicha demora.
 2. En relación a la vigencia y plazo, el CONTRATO únicamente regula el mecanismo para la determinación del inicio del plazo de ejecución de Obra, indicando lo que ya se analizó en el estudio del Cuarto Punto Controvertido. Además se estableció la consecuencia que sufriría LA CONTRATISTA en caso de incumplir lo previsto para el inicio de ejecución de las obras dentro de los 10 días calendarios posteriores a la fecha de entrega del terreno, la consecuencia sería la resolución del CONTRATO. Sin embargo no se estableció la consecuencia o penalidad para

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

PROVIAS en caso de incumplimiento de la prestación a su cargo, referida a la entrega del terreno dentro de los 10 días siguientes de suscrito el CONTRATO.

3. De la lectura integral del CONTRATO podemos afirmar que en principio la LEY y su REGLAMENTO no rigen para los contratos con los supuestos previstos en la normatividad pertinente.
4. No obstante, en el presente caso, EL CONTRATO pactado por LA ENTIDAD y LA CONTRATISTA establece de forma expresa la aplicación supletoria de la LEY y su REGLAMENTO, este último aprobados mediante el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y N° 084-2004-PCM, respectivamente.
5. La Cláusula Novena del contrato de Ejecución de Obra N° 370-2008-MTC/21 establece como parte de los términos del mismo la aplicación supletoria de la LEY y su REGLAMENTO vigentes al momento de la suscripción del CONTRATO; es decir, al 25 de julio de 2008. La mencionada cláusula establece lo siguiente:

"NOVENA: APLICACIÓN SUPLETORIA

9.1 Será de aplicación supletoria al presente Contrato en cuanto no se opongan al Contrato de Préstamo suscrito con el BID y el BIRF, el mismo que sirve para aclarar hechos y crear derechos, el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Peruano, D.S. 083-2004-PCM y su Reglamento D.S. 084-2004-PCM y sus modificatorias, así como toda norma nacional aplicable a los Contratos suscritos por Entidades del Estado".

6. Por definición la aplicación supletoria de un régimen legal opera cuando una situación que, se estima debería estar regulada en

el CONTRATO, carece de regulación en el mismo. En otras palabras la supletoriedad es un mecanismo para cubrir un aparente vacío contractual. Es claro para el Tribunal que el CONTRATO no regula ni contiene términos que contemplen la consecuencia o penalidad para PROVIAS en caso de incumplimiento de su obligación contractual de entregar el terreno para que pueda establecerse el inicio del plazo de ejecución de la obra. En consecuencia, se verifica la existencia de un vacío contractual que, por propia disposición del CONTRATO, debe ser llenado por la LEY y su REGLAMENTO, que en este caso sí contiene normas que regulan el supuesto de hecho que, requiriendo de una solución contractual, no está expresamente contemplado en el CONTRATO.

7. Por tanto, el Tribunal Arbitral considera que se debe aplicar la referencia normativa que establece el CONTRATO al no estar establecida una consecuencia o penalidad en caso las partes incumplan con realizar las acciones pertinentes para la determinación del inicio del plazo de ejecución.
8. Ante ello, el Tribunal Arbitral concluye que, con el fin de garantizar el equilibrio económico del CONTRATO para las partes, se debe aplicar de forma supletoria y conforme a lo establecido en el CONTRATO en casos de vacío contractual, el artículo 240° del REGLAMENTO, el cual señala:

"Artículo 240.- Inicio del plazo de ejecución de obra

El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

- 1) Que se designe al inspector o al supervisor, según corresponda;***

2) Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo;

3) Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra; y,

4) Que la Entidad entregue el Calendario de Entrega de Materiales e Insumos necesarios, cuando en las Bases se hubiera establecido tal responsabilidad por parte de la Entidad.

5) Que se haya entregado el adelanto directo al contratista, de haber sido solicitado por éste, hecho que deberá cumplirse por la Entidad dentro del plazo de siete (7) días de haber recibido la garantía correspondiente.

Las condiciones a que se refieren los literales precedentes, deberán ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato. En caso de que el contratista solicite la entrega del adelanto directo, la solicitud y entrega de la garantía deberá formalizarse dentro del indicado plazo.

En caso no se haya solicitado la entrega del adelanto directo, el plazo se inicia con la entrega del terreno. En cualquier caso, el plazo contractual entrará automáticamente en vigencia al día siguiente de cumplirse todas las condiciones estipuladas en el contrato o en las Bases.

Asimismo, si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los incisos precedentes por causas imputables a ésta, en los quince (15) días siguientes al vencimiento del plazo previsto anteriormente, el contratista tendrá derecho al resarcimiento de daños y perjuicios por un monto equivalente al cinco por mil (5/1000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por mil (75/1000) de dicho monto contractual. Vencido el plazo indicado, el contratista podrá además solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la Entidad". (El subrayado es nuestro)

9. En aplicación del citado artículo el Tribunal Arbitral estima que efectivamente es derecho de LA CONTRATISTA el pago de un resarcimiento de daños y perjuicios por 10 días de demora de PROVIAS, luego de vencidos los 10 días para la entrega del terreno previstos en el CONTRATO y los 15 días adicionales señalados en el artículo 240º del REGLAMENTO para cumplir con los requisitos exigidos para determinar el inicio del plazo de ejecución de la Obra.

10. Por tanto, corresponde ordenar PROVIAS cumpla con pagar a LA CONTRATISTA la suma de S/. 12,986.84 (Doce Mil Novecientos Ochenta y Seis con 84/100 Nuevos Soles) - suma no contradicha - por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios que contempla el artículo 240º del REGLAMENTO.

X. SOBRE EL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto al Sexto Punto Controvertido, referido a determinar si corresponde ordenar o no que La Entidad pague a La Contratista la suma ascendente a S/. 3,895.20 (Tres Mil Ochocientos Noventa y Cinco con 20/100 Nuevos Soles) por concepto de mayores gastos generales, a consecuencia de la ampliación de plazo N° 01, por 26 días calendario, ampliación aprobada mediante Resolución Directoral N° 2171-2008-MTC/21 de fecha 22.10.2008.

1. En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que la Pretensión Principal N° 4 de la demanda debe declararse infundada en mérito a la Cláusula Décima Primera del CONTRATO establece lo siguiente:

"DÉCIMA PRIMERA: VIGENCIA Y PLAZO

(...)

Las ampliaciones de plazo no darán lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales según lo estipulado en los Contratos de Préstamo"

2. Asimismo, PROVIAS ha señalado que no estaba obligado a pagar a LA CONTRATISTA por este concepto porque mediante Carta Notarial de fecha 10 de Octubre del 2008, ésta expresó su

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

renuncia de manera voluntaria a los mayores Gastos Generales ocasionados por la Ampliación de Plazo N° 01.

3. Por tanto, el Tribunal Arbitral estima que no corresponde que PROVÍAS pague a LA CONTRATISTA la suma de S/. 3,895.20 (Tres Mil Ochocientos Noventa y Cinco con 20/100 Nuevos Soles) por mayores gastos generales, surgidos a consecuencia de la Ampliación de Plazo N° 01, por 26 días calendario que fue aprobada mediante Resolución Directoral N° 2171-2008-MTC/21 del 22 de octubre de 2008.

XI. SOBRE EL SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto al Sétimo Punto Controvertido referido a determinar si corresponde declarar que LA ENTIDAD utilizó 108 días calendario, es decir, del 24.11.2008 al 11.03.2009 en la designación de la Comisión de Recepción de Obra y en la constitución de la Comisión de Recepción de Obra al lugar de la ejecución de la misma, a fin de verificar la culminación de los trabajos y formular Pliego de Observaciones, cuando está establecido un plazo de 32 días calendarios.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que la Pretensión Principal N° 5 numeral 5.1 de la demanda debe declararse fundada en parte, por las siguientes consideraciones:

1. En el CONTRATO se ha establecido el procedimiento para la Recepción de la Obra, en la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato, en los términos siguientes:

"22.1 EL CONTRATISTA cuando la obra esté terminada solicitará en el Cuaderno de obra el nombramiento de la Comisión de Recepción.

22.2 EL CONTRATISTA a través del Residente solicitará en el Cuaderno de Obra la Recepción de la misma, indicando la fecha de terminación, para lo cual EL SUPERVISOR verificará la culminación de las obras y de encontrarlas conforme extenderá el Certificado de Terminación de Obra, teniendo un plazo no mayor de cinco (5) días para comunicar este hecho a PROVÍAS DESCENTRALIZADO"

22.3 La Comisión de Recepción de la Obra en un plazo no mayor de (15) días útiles de designada, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas. Culminada la verificación, se levantará un Acta que será suscrita por los miembros del Comité de Recepción, EL CONTRATISTA o Residente y EL SUPERVISOR.

22.4 De existir observaciones por parte de la Comisión, éstas se consignan en el Acta y no se recibirá la obra. EL CONTRATISTA dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución del Contrato para subsanarlas, el cual se

computará a partir del quinto día de suscrita el Acta. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho a pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna.

Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación, PROVÍAS DESCENTRALIZADO comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por EL CONTRATISTA, dará por vencido dicho plazo, tomará el control de la obra, la intervendrá económicamente y subsanará las observaciones, ejecutándola con un tercero con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o en su defecto con cargo a la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento y si esta no fuera suficiente, con cargo a la ejecución de la carta fianza por el diferencial de la oferta.

22.5 Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda el plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan o podrá dar lugar a que PROVÍAS DESCENTRALIZADO resuelva el Contrato por incumplimiento."

2. En relación a la Recepción de la Obra, el CONTRATO únicamente regula los siguientes plazos:

"22.2 EL CONTRATISTA a través del Residente solicitará en el Cuaderno de Obra la Recepción de la misma, indicando la fecha de terminación, para lo cual EL SUPERVISOR verificará la culminación de las obras y de encontrarlas conforme extenderá el Certificado de Terminación de Obra, teniendo un plazo no mayor de cinco (5) días para comunicar este hecho a PROVIAS DESCENTRALIZADO"

22.3 La Comisión de Recepción de la Obra en un plazo no mayor de (15) días útiles de designada, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas. Culminada la verificación, se levantará un Acta que será suscrita por los miembros del Comité de Recepción, EL CONTRATISTA o Residente y EL SUPERVISOR"

- 
- 
- 
3. No obstante, en el presente caso, EL CONTRATO pactado por LA ENTIDAD y LA CONTRATISTA establece de forma expresa la aplicación supletoria de la LEY y su REGLAMENTO, este último aprobado mediante el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.
 4. Por tanto, el Tribunal Arbitral considera que en cuanto a los plazos no previstos en EL CONTRATO se debe aplicar la referencia normativa que establece el mismo al no estar establecidos los plazos a tener en cuenta en la etapa de recepción de la obra.
 5. Ante ello, el Tribunal Arbitral concluye que con el fin de garantizar el equilibrio del CONTRATO para las partes, se debe aplicar de forma supletoria y conforme a lo establecido en el



CONTRATO en casos de vacío contractual, el artículo 268° del REGLAMENTO, el cual señala:

Artículo 268.- Recepción de la obra y plazos

1. En la fecha de la culminación de la obra el residente anotará tal hecho en el Cuaderno de Obra y solicitará la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, lo informará a la Entidad, ratificando o no lo indicado por el residente.

En caso que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la Entidad procederá a designar un comité de recepción dentro de los siete (7) días siguientes a la recepción de la comunicación del inspector o supervisor. Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.

En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos.

Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de

la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista. El Acta de Recepción deberá ser suscrita por los miembros del Comité, el contratista y su residente.

2. De existir observaciones, éstas se consignarán en el Acta respectiva y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrita el Acta. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna.

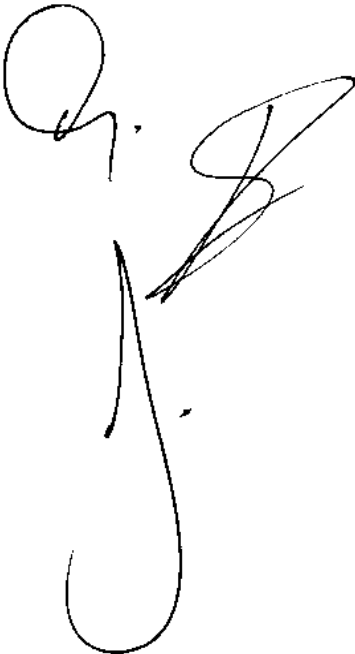
Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el Cuaderno de Obra, lo cual será verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación. El Comité de Recepción se constituirá en la obra dentro de los siete (07) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realizará se sujetará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Acta, no pudiendo formular nuevas observaciones.

De haberse subsanado las observaciones a conformidad del Comité de Recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra.



Si en la segunda inspección el Comité de Recepción constata la existencia de vicios o defectos distintas a las observaciones antes formuladas, sin perjuicio de suscribir el Acta de Recepción de Obra, informará a la Entidad para que ésta, solicite por escrito al Contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos.

3. En caso que el contratista o su residente no estuviese conforme con las observaciones, anotará su discrepancia en el Acta. El Comité de Recepción elevará al Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.



Si vencido el cincuenta por cien (50%) del plazo establecido para la subsanación, la Entidad comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, dará por vencido dicho plazo, tomará el control de la obra, la intervendrá económicamente y subsanará las observaciones con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o de acuerdo al

procedimiento establecido en el tercer párrafo del Artículo 247°.

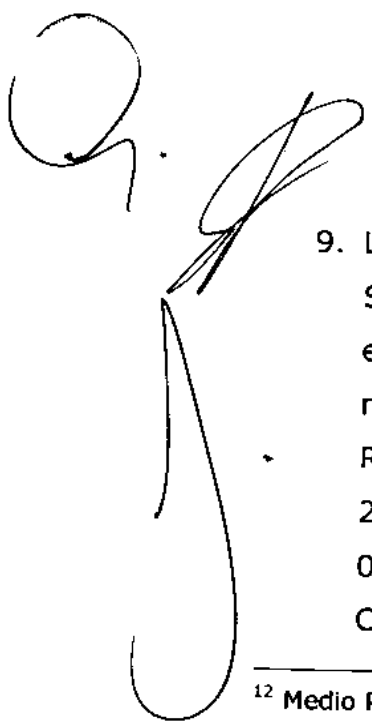
4. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente Artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda.

5. Está permitida la recepción parcial de secciones terminadas de las obras, cuando ello se hubiera previsto expresamente en las Bases, en el contrato o las partes expresamente lo convengan. La recepción parcial no exime al contratista del cumplimiento del plazo de ejecución; en caso contrario, se le aplicarán las penalidades correspondientes.

6. Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente Artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora.

6. Corresponde a este Tribunal analizar si se cumplieron los plazos previstos en el CONTRATO y en los no previstos aplicar el REGLAMENTO.
7. La primera fase es la relacionada a la comunicación de LA CONTRATISTA sobre la culminación de la obra, mediante Cuaderno de Obra. Al respecto, según los medios probatorios LA CONTRATISTA ha referido que el 23 de noviembre de 2008 (fecha prevista para la culminación de la ejecución de la obra) comunicó el término de la Obra, mediante Cuaderno de Obra¹².
8. Según la Cláusula Vigésimo Segunda del CONTRATO este era el punto de partida de la etapa de recepción de la Obra:

"22.2 EL CONTRATISTA a través del Residente solicitará en el Cuaderno de Obra la Recepción de la misma, indicando la fecha de terminación, para lo cual EL SUPERVISOR verificará la culminación de las obras y de encontrarlas conforme extenderá el Certificado de Terminación de Obra, teniendo un plazo no mayor de cinco (5) días para comunicar este hecho a PROVÍAS DESCENTRALIZADO".

- 
9. Luego de recibir la comunicación de LA CONTRATISTA, el Supervisor de la Obra debía comunicar este hecho a PROVÍAS en un plazo no mayor de cinco (5) días, es decir, hasta el 28 de noviembre de 2008; sin embargo, PROVÍAS indicó en la Resolución Directoral N° 225-2009-MTC/21 del 12 de febrero de 2009, que recién el 29 de enero de 2009 recibió los Informes N° 0013-2009-MTC/21.CJM y N° 037-2009-MTC/21.CJM-ER del Coordinador Zonal de Cajamarca y el Especialista Regional II,

¹² Medio Probatorio N° 23 de la Demanda

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVÍAS DESCENTRALIZADO

para el trámite correspondiente. Esto significa que en esta etapa existió un período de demora de 62 días.

- 10.A continuación, según el CONTRATO correspondía la designación de la Comisión de Recepción de Obra, para este acto el CONTRATO no estipula un plazo, por lo que, corresponde la aplicación supletoria del REGLAMENTO, el cual en el artículo 268° estipula lo siguiente:

"(...) En caso que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la Entidad procederá a designar un comité de recepción dentro de los siete (7) días siguientes a la recepción de la comunicación del inspector o supervisor. Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor (...)".

- 
- 11.Siendo que la Supervisión informó a PROVÍAS la culminación de la Obra el 29 de enero de 2009, PROVÍAS tenía hasta el 05 de febrero para designar a la Comisión de Recepción, pese a ello, PROVÍAS efectuó dicha designación el 12 de febrero de 2009, según Resolución Directoral N° 225-2009-MTC/21¹³ mediante la cual se resuelve lo siguiente:

"ARTÍCULO 1°.- Designar la Comisión de Recepción del Saldo de la obra de

¹³ Medio Probatorio N° 10 de la Demanda

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

Mantenimiento Periódico del Camino Vecinal: BAMBAMARCA- EL NARANJO (Long. 17,000 Km.), ubicado en el departamento de Cajamarca, a cargo de la Contratista ING. MARTHA FANNY LA TORRE CABANILLAS, materia del Contrato N° 370-2008-MTC/21, la cual quedará integrada por los siguientes profesionales:

(...)”

12. De este hecho se desprende que existió una demora por parte de PROVIAS de 7 días.

13. La Cláusula Vigésima Segunda del CONTRATO señala que luego de designada la Comisión de Recepción de la Obra:

“22.3 La Comisión de Recepción de la Obra en un plazo no mayor de (15) días útiles de designada, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas. Culminada la verificación, se levantará un Acta que será suscrita por los miembros del Comité de Recepción, EL CONTRATISTA o Residente y EL SUPERVISOR”

14. El 09 de marzo de 2009, mediante Carta N° 125-2009-MTC/21.CJM¹⁴, PROVÍAS manifestó a LA CONTRATISTA lo siguiente:

“(…) comunicarle que la Verificación de los trabajos realizados durante el Mantenimiento

¹⁴ Medio Probatorio N° 11 de la Demanda

Periódico del Camino Vecinal: "Bambamarca - El Naranjo, ha sido programada por la Comisión de Recepción de Obra, nombrada mediante Resolución Directoral N° 225-2009-MTC/21, para el día miércoles 11 de marzo de 2009, a horas 10:00 am; haciéndole presente las disculpas del caso debido a que inicialmente se había programado la Recepción el día sábado 07 de marzo, pero por motivos ajenos a nuestra voluntad no fue posible realizarla".

15.Efectivamente, el 11 de marzo de 2009 se llevó a cabo la verificación de los trabajos ejecutados por LA CONTRATISTA, suscribiéndose en dicha fecha el Acta de Observaciones¹⁵.

16.Según el contrato, PROVÍAS contaba con un plazo no mayor de 15 días útiles después de designada la Comisión de Recepción de Obra para proceder a la verificación de la obra, por lo que, debió realizarse hasta el 05 de marzo de 2009; por tanto, en esta fase existió una demora de 4 días.



17.En total se aprecia una demora en la recepción de la Obra, por demora de PROVÍAS en designar la Comisión de Recepción de la Obra, así como de éste en constituirse en la misma de **73 días**.



Por lo expuesto, corresponde declarar fundada en parte el numeral 5.1 de la Quinta Pretensión Principal de la demanda.

XII. SOBRE EL OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

¹⁵ Medio Probatorio N° 1D de la Contestación de la Demanda

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto al Octavo Punto Controvertido referido a determinar si corresponde declarar que el desfase de 77 días en la subsanación de las observaciones por parte de LA CONTRATISTA, se debe a causas ajenas a la voluntad, interés y responsabilidad de la misma, al no contar con la cantera designada por PROVIAS ni tener condiciones de transitabilidad.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que la Pretensión Principal N° 5 numeral 5.2 de la demanda debe declararse fundada por las siguientes consideraciones:

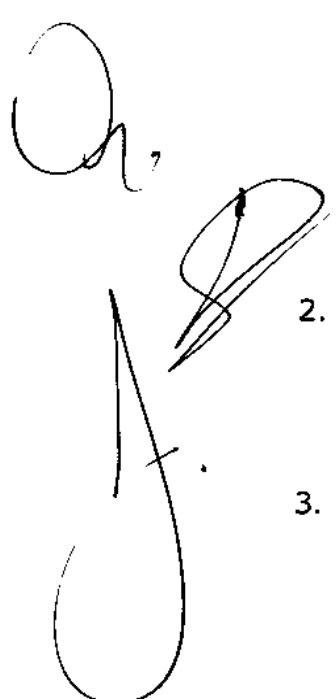
1. En el CONTRATO se ha establecido el procedimiento para el levantamiento de observaciones en la etapa de Recepción de la Obra, en la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato, en los términos siguientes:

"(...) 22.4 De existir observaciones por parte de la Comisión, éstas se consignan en el Acta y no se recibirá la obra. EL CONTRATISTA dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución del Contrato para subsanarlas, el cual se computará a partir del quinto día de suscrita el Acta. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho a pago de ningún concepto a favor del

contratista en la aplicación de penalidad alguna.

Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación, PROVÍAS DESCENTRALIZADO comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por EL CONTRATISTA, dará por vencido dicho plazo, tomará el control de la obra, la intervendrá económicamente y subsanará las observaciones, ejecutándola con un tercero con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o en su defecto con cargo a la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento y se esta no fuera suficiente, con cargo a la ejecución de la carta fianza por el diferencial de la oferta.

22.5 Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda el plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan o podrá dar lugar a que PROVÍAS DESCENTRALIZADO resuelva el Contrato por incumplimiento."

- 
2. Según LA CONTRATISTA, PROVÍAS pretende efectuarle el cobro de la penalidad máxima por demora en la subsanación de observaciones.
 3. Respecto al cobro de la penalidad, este hecho fue invocado por PROVÍAS en la nueva liquidación de obra que practicó, sin embargo, al haber quedado consentida la Liquidación Final de

Obra elaborada por LA CONTRATISTA, PROVIAS no podrá exigir el cobro de penalidad alguna.

4. No obstante, siendo que otra de las pretensiones de LA CONTRATISTA es el pago por mayores gastos generales por demora en el levantamiento de observaciones, corresponde a este Tribunal determinar si la demora en el levantamiento de observaciones se debió o no a causas imputables a LA CONTRATISTA.
5. Como se ha indicado líneas arriba, el 11 de marzo de 2009 se llevó a cabo la verificación de la obra por parte de la Comisión de Recepción de la Obra, dando como resultado la suscripción del Acta de Observaciones.
6. LA CONTRATISTA tenía plazo hasta el 25 de marzo de 2009 para subsanar las observaciones impuestas por la Comisión de Recepción de la Obra, sin embargo, informó el levantamiento de las mismas el 10 de junio de 2009, razón por la cual PROVÍAS señala que LA CONTRATISTA incurrió en una demora de 77 días.
7. Respecto a la imposición de penalidad por demora en el levantamiento de observaciones, el CONTRATO, en la Cláusula Vigésima Segunda establece lo siguiente:

"(...) 22.5 Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda el plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan o podrá dar lugar a que PROVÍAS DESCENTRALIZADO resuelva el Contrato por incumplimiento."

8. De la lectura del texto parecería que no interesa si el retraso que existió fue justificado o injustificado, criterio que no comparte este Tribunal, puesto que efectuando una

interpretación sistemática del REGLAMENTO, cabe remitirnos al artículo 222º, el cual prescribe lo siguiente:

"Artículo 222.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por cien (10%) del monto contractual o, de ser el caso, del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica (...)" (subrayado añadido)

9. De lo previsto en el REGLAMENTO, se entiende que un contratista puede ser sancionado por demoras en la ejecución de sus prestaciones, siempre y cuando dichas demoras hayan sido injustificadas.

10. El plazo con el que contaba LA CONTRATISTA para subsanar las observaciones era de 1/10 del plazo de ejecución de la obra, es decir, 9 días, contados a partir del quinto día de suscrita el Acta de Observaciones, es decir, desde el 17 de marzo de 2009.

11. PROVIAS manifestó que no existe en sus archivos expediente alguno respecto al requerimiento de LA CONTRATISTA por retraso en la Recepción de la Obra.

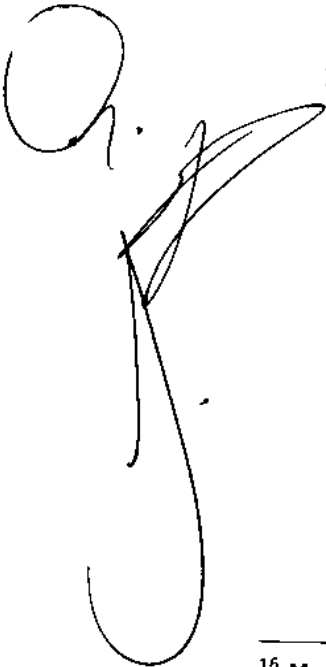
12. Por su parte LA CONTRATISTA señaló que el retraso en el levantamiento de las observaciones se debió a dos circunstancias ajenas a su responsabilidad: a) No contó con la disponibilidad de la cantera que debía ser gestionada por la

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

Municipalidad de Bambamarca para subsanar las observaciones;
y, b) El fenómeno natural ocurrido en la zona la obligó a
paralizar los trabajos.

13. Sobre la primera razón señalada por LA CONTRATISTA, ésta
refiere que el 17 de marzo de 2009, remitió a PROVIAS la Carta
Nº 24 FMLTC-2009¹⁶, mediante la cual le comunicó lo siguiente:

"(...) con la finalidad de levantar las observaciones del acta levantada el 11 de mes en curso con relación a la obra de la referencia, me he constituido al lugar de la cantera materia del Contrato y encuentro que no está disponible para su utilización debido a que los propietarios se oponen a la extracción del material mientras no se les cancele, por lo que solicito realice las coordinaciones del caso con el Alcalde de Bambamarca quien se comprometió a entregarnos dicha cantera saneada".



14. Sobre la falta de disponibilidad de la cantera, en el Informe Nº151-2009-MTC/21.CJM-ATC, que forma parte de la RD Nº 1631-2009-MTC/21, PROVIAS ha reconocido que tenía conocimiento de los siguientes hechos: i) Que el 19 de marzo de 2009, mediante Carta Nº 156-2009-MTC/21.CJM, la Oficina de Coordinación Zonal, solicitó al Sr. Esteban Campos Benavides, Alcalde Provincial de Hualgayoc- Bambamarca, disponga lo necesario para solucionar el problema de la cantera en cuestión; y, ii) Que esa solicitud fue reiterada a través de la Carta Nº 175-2009-MTC/21.CJM de fecha 03 de abril de 2009, al Alcalde

¹⁶ Medio Probatorio Nº 15 de la Demanda

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

Provincial de Hualgayoc – Bambamarca, indicando además que dicha solicitud fue atendida, pero no indica en qué fecha.

15.El 13 de abril de 2009, LA CONTRATISTA remitió a PROVÍAS la Carta N° 85-MFLTC/2009¹⁷ señalando lo siguiente:

"(...) para el levantamiento de observaciones en la Obra de la referencia de acuerdo al proyecto, la Municipalidad Provincial de Bambamarca se encargaría de proporcionar las canteras, y cumplir nuestro compromiso. En virtud a ello se cursó una carta a la entidad, en la misma fecha de las observaciones, para que tramite la disponibilidad de la cantera, pero hasta la fecha no se ha tenido respuesta alguna.

Como comprenderá en la zona existe presencia de lluvias fuera de lo normal que está originando el deterioro prematuro de la carretera, hecho ajeno a nuestra responsabilidad, perjudicándome económicamente, toda vez que se había movilizadado a la obra los equipos necesarios para levantar estas observaciones.

Solicito solucionar de la mejor manera este problema y así poder concluir satisfactoriamente dicha obra".

16.A este Tribunal le queda claro entonces que al menos hasta el 13 de abril de 2009, LA CONTRATISTA no tuvo acceso a la cantera para poder dar inicio al levantamiento de observaciones.

¹⁷ Anexo 2A del Escrito N° 02 de fecha 17.05.2010

17. La otra causa a la cual LA CONTRATISTA atribuye la demora en el levantamiento de observaciones es un fenómeno natural, consistente en fuertes lluvias que generaron inundaciones y deslizamientos, impidiendo la transitabilidad en la zona donde se estaba ejecutando la obra.
18. Para probar esta afirmación LA CONTRATISTA ha ofrecido como medios probatorios reportes noticiosos¹⁸ que dan cuenta de los hechos que alega. Así se tiene un reporte del 03 de abril de 2009, fecha de la última Carta remitida por PROVÍAS a la Municipalidad de Bambamarca, en el que se puede leer lo siguiente:

"Luego de la inspección que realizaran las autoridades municipales a los daños que causaron la crecida de las aguas del río Pomagón el pasado fin de semana afectando viviendas, plantas y pastos en gran extensión, la municipalidad de Bambamarca desde el jueves 02 de abril viene realizando trabajos de encausamiento de las aguas y defensa ribereña (...)

El señor Esteban Campos Benavides, Alcalde Provincial, manifestó que con estos trabajos se está dando solución en parte a los daños que se han producido por efectos de la naturaleza, toda vez que es un problema inesperado que se ha presentado por presencia de lluvias en nuestra zona (...)"

¹⁸ Medios Probatorios N° 18 y 19 de la Demanda

19. En otra noticia del 26 de mayo se lee lo siguiente:

"Tras el cese de lluvias en la provincia de Hualgayoc, la Municipalidad de Bambamarca realiza trabajos para habilitar la carretera que une Bambamarca con el distrito de la Paccha que se tornó intransitable luego que se produjera el deslizamiento de la plataforma en el sector denominado Tallamac.

Como se recuerda, las constantes lluvias que cayeron en la ciudad de Bambamarca obligaron el deslizamiento de más de cien metros de la plataforma de la carretera que une Bambamarca con el distrito de Paccha a la altura del Km 9 en el sector denominado Tallamac, dejando incomunicados por más de dos meses a los pobladores de los distritos Paccha, Chadán y Choropampa, además de las comunidades Santa Rosa, La Ramada, El Tuco, El naranjo y comunidades del distrito de Chalamarca (Chota)"



20. Respecto a estos hechos señalados por LA CONTRATISTA, PROVIAS ha señalado que no cuenta con ninguna solicitud de ampliación de plazo por estas causales, de parte del Contratista; sin embargo, este Tribunal observa que tampoco existe por parte de PROVIAS apercibimientos a LA CONTRATISTA por la demora en el levantamiento de las observaciones, ni asientos de cuaderno de obra, ni cartas que conminen a LA CONTRATISTA a subsanar las observaciones, luego de la supuesta entrega de la cantera a partir del 13 de abril de 2009 o por lo menos no han sido presentados como medio probatorio en el presente proceso.



21. Los hechos indicados por LA CONTRATISTA constituyen hechos notorios, que no requieren ser probados, puesto que fueron difundidos por los medios de comunicación, respecto de estos hechos, Montero Aroca señala lo siguiente:

"Son aquellos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en que se produce la decisión judicial. La notoriedad de un hecho no supone que todos los pertenecientes a un grupo tengan un efectivo conocimiento del mismo, sino que lo normal es que lo conozca el hombre dotado de una cultura de grado medio, entre los cuales tiene que estar necesariamente el Juez. Ejemplos: la existencia de un río, la recesión económica, las noticias que se conocen a través de los medios de prensa, etc.

22. Según estos hechos, es evidente que existió una demora de 77 días pero es también cierto que existieron causas ajenas a LA CONTRATISTA que justifican el retraso en el levantamiento de observaciones.

Por lo expuesto, corresponde declarar fundado el numeral 5.2 de la Quinta Pretensión Principal de la demanda.

XIII. SOBRE EL NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto al Noveno Punto Controvertido referido a determinar si corresponde declarar que se reconozca a favor de La Contratista la suma de S/. 26,976.71 (Veinte Seis Mil Novecientos Setenta y Seis con 71/100 Nuevos Soles), por concepto de los gastos en que incurrió por desfase del periodo de recepción por las demoras establecidas en los puntos controvertidos 7 y 8.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que la Pretensión Principal N° 5 numeral 5.3 de la demanda debe declararse fundada en parte, por las siguientes consideraciones:

1. En el CONTRATO se ha establecido el procedimiento para la Recepción de la Obra, en la Clausula Vigésima Segunda del Contrato, en los términos siguientes:

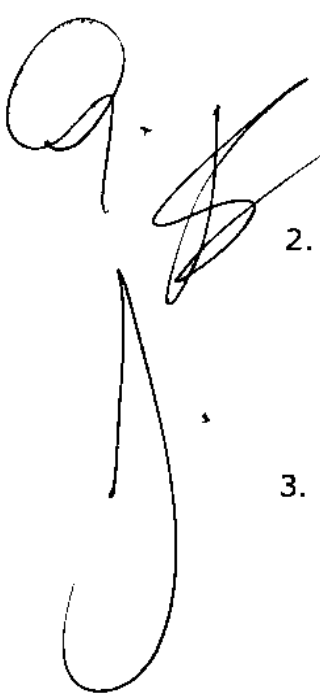


"(...) 22.4 De existir observaciones por parte de la Comisión, éstas se consignan en el Acta y no se recibirá la obra. EL CONTRATISTA dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución del Contrato para subsanarlas, el cual se computará a partir del quinto día de suscrita el Acta. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho a pago de ningún concepto a favor del

contratista en la aplicación de penalidad alguna.

Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación, PROVÍAS DESCENTRALIZADO comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por EL CONTRATISTA, dará por vencido dicho plazo, tomará el control de la obra, la intervendrá económicamente y subsanará las observaciones, ejecutándola con un tercero con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o en su defecto con cargo a la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento y se esta no fuera suficiente, con cargo a la ejecución de la carta fianza por el diferencial de la oferta.

22.5 Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda el plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan o podrá dar lugar a que PROVÍAS DESCENTRALIZADO resuelva el Contrato por incumplimiento."

- 
2. Según PROVIAS la Cláusula Vigésima Segunda del CONTRATO sólo establece el procedimiento a seguir para el proceso de recepción de la obra, no considerando el reembolso de gastos invocado por LA CONTRATISTA.
 3. Efectivamente en el CONTRATO existe un vacío respecto a la consecuencia del supuesto en que la demora en la subsanación de las observaciones no sea imputable a LA CONTRATISTA. No

obstante, EL CONTRATO pactado por LA ENTIDAD y LA CONTRATISTA establece de forma expresa la aplicación supletoria de la LEY y su REGLAMENTO, este último aprobado mediante el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, siendo que ante el vacío contractual, el artículo 268° del REGLAMENTO, señala:

"Artículo 268.- Recepción de la obra y plazos

6. Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora".

4. Ahora bien, el no reconocimiento y pago de mayores gastos generales, según lo estipulado en los Contratos de Préstamo, no procede cuando se vincula al otorgamiento de ampliaciones del plazo, tal como lo establece el último párrafo de la Cláusula Décima Primera del Contrato de Ejecución de Obra, prohibición que no es aplicable a los supuestos en que se tenga que reconocer los mayores gastos originados por demoras retrasos que no son de responsabilidad del Contratista en la recepción de la obra, como los supuestos del presente punto controvertido.

5. No resulta razonable que sin una de las partes incurra en gastos por causas no imputables a ésta, dichos gastos no le puedan ser reembolsados, por lo cual, el Tribunal Arbitral considera que con el fin de garantizar el equilibrio del CONTRATO para las partes, se debe aplicar de forma supletoria y conforme a lo establecido

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

en el CONTRATO en casos de vacío contractual, el artículo 268° del REGLAMENTO, en los términos precedentemente expuestos.

6. En el análisis del punto controvertido precedente, se ha determinado que la demora en el levantamiento de las observaciones impuestas por la Comisión de recepción de la Obra surgió por causas no imputables a LA CONTRATISTA.
7. Es debido a esta razón, que es obligación de PROVIAS pagar a LA CONTRATISTA los gastos incurridos debidamente acreditados en que hubiese incurrido durante la demora señalada en la recepción de la obra.
8. Por lo tanto, entre las demoras analizadas en los puntos controvertidos siete y ocho precedentes, se aprecia un retraso de PROVIAS en la designación de la Comisión de Recepción de la Obra, así como de la constitución de la misma en obra, de 73 días calendario; y, un retraso en el levantamiento de las observaciones por causas ajenas a LA CONTRATISTA, de 77 días calendario. Lo cual hace un total de 150 días calendario.
9. LA CONTRATISTA ha señalado en su demanda que incurrió en un gasto diario de S/. 176.32¹⁹, monto que no ha sido cuestionado de forma alguna por PROVIAS. Al no haber sido materia de cuestionamiento, el monto de gasto diario establecido por la Contratista en su demanda, este Tribunal asume que los gastos incurridos se ajustan al monto señalado, razón por la cual corresponde a este Tribunal llevar a cabo el cálculo total de los gastos incurridos, tomando en cuenta los números de días de demora y el gasto diario señalado. Por lo que, este Tribunal Arbitral considera que PROVIAS debe pagarle

¹⁹ Medio Probatorio N° 26 de la Demanda

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

a LA CONTRATISTA la suma de S/. 26,448.00 (Veintiseis Mil Cuatrocientos Cuarenta y Ocho con 00/100 Nuevos Soles) por el concepto de gastos incurridos por LA CONTRATISTA durante la demora en la recepción de la obra, que PROVIAS deberá reconocer a LA CONTRATISTA.

Por lo expuesto, corresponde declarar fundado el numeral 5.3 de la Quinta Pretensión Principal de la demanda.

XIII. SOBRE EL DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto al Décimo Punto Controvertido referido a determinar si corresponde que en caso el Tribunal declare fundados los puntos controvertidos 7, 8 y 9, determinar si corresponde o no la aplicación de penalidad por demora en el levantamiento del pliego de observaciones a La Contratista.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que la Primera Pretensión Subordinada de la Pretensión Principal N° 5 de la demanda debe declararse fundada, por las siguientes consideraciones:

1. En la Cláusula Vigésima Segunda del CONTRATO se encontraba establecido el mecanismo que PROVIAS debía seguir en caso de demora en el levantamiento de las observaciones, en los términos siguientes:

"(...) 22.4 Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación, PROVÍAS DESCENTRALIZADO comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por EL CONTRATISTA, dará por vencido dicho plazo, tomará el control de la obra, la intervendrá económicamente y subsanará las observaciones, ejecutándola con un tercero con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o en su defecto con cargo a la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento y se esta no fuera suficiente, con cargo a la ejecución de la carta fianza por el diferencial de la oferta."

2. En este caso el CONTRATO regula dos supuestos de hecho ante la demora en la subsanación de observaciones por parte de LA CONTRATISTA: i) Que se debiera a circunstancias injustificadas, en cuyo caso PROVÍAS debió dar por vencido el plazo, tomar el control de la obra, intervenirla económicamente y subsanar las observaciones, ejecutándola con un tercero con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o en su defecto con cargo a la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento; y, ii) Que, la demora se debiera a circunstancias justificadas, debidamente acreditadas por EL CONTRATISTA, supuesto que ha ocurrido en el presente caso, tal como se aprecia en el análisis de los puntos controvertidos precedentes.

3. En el presente caso se ha evidenciado que el retraso en la subsanación de las observaciones no es imputable a LA CONTRATISTA, por lo que, no corresponde que se le imponga ninguna penalidad por este concepto, más aún si, tal como se

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVÍAS DESCENTRALIZADO

ha concluido en el análisis del primer punto controvertido precedente, PROVÍAS ha dejado que la Liquidación de Obra elaborada y presentada por LA CONTRATISTA quedase consentida.

Por lo expuesto, corresponde declarar fundada la Primera Pretensión Subordinada de la Quinta Pretensión Principal de la demanda.

XIV. SOBRE EL DÉCIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto al Décimo Primer Punto Controvertido, referido a determinar si corresponde declarar que La Entidad pague a la Contratista el monto de S/. 25,500.00 (Veinticinco Mil Quinientos y 00/100 Nuevos Soles), por resarcimiento de daños y perjuicios, respecto a la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, al no poder liberar el importe de dicho documento y verse impedida de generar utilidades.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que la Pretensión Principal N° 8 de la demanda debe declararse improcedente, por las siguientes consideraciones:

1. La cláusula Décimo Tercera del CONTRATO establece lo siguiente:

"DECIMO TERCERA: GARANTÍAS

13.1 Las Garantías contractuales a favor de Provías Descentralizado, son las siguientes:

13.1.1. Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato: Este documento servirá para garantizar el cumplimiento de los plazos de ejecución de obra, de acuerdo al Calendario valorizado de Avance de Obra, cobros de multa y cumplimiento en la entrega de los documentos requeridos por PROVÍAS DESCENTRALIZADO, en las Resoluciones que aprueban las Liquidaciones Finales de Obra (constancia de no adeudos, pruebas de laboratorio, planos de post construcción, entre otros documentos contractuales).

El contratista presentó la Carta fianza Bancaria N° 2008/0197, emitida por Caja Cajamarca por la suma se S/. 17,315.78 (DIESISIETRE MIL TRESCIENTOS QUINCE CON 78/100 NUEVOS SOLES), equivalente al 10 % del monto del Contrato, extendida a favor de PROVÍAS DESCENTRALIZADO, emitida por empresas autorizadas y sujetas al ámbito de la Superintendencia de Banca y Seguros. La vigencia de la Carta Fianza, será por el plazo de ejecución de la obra, y hasta 30 días calendarios después de consentida la liquidación del Contrato, en estricta concordancia con las Bases de la Licitación del Contrato, en estricta concordancia con las Bases de la Licitación, debiendo ser entregada

o ejecutada según las circunstancias antes anotadas.

13.1.2. Provias Descentralizado ejecutará las garantías si éstas no fuesen renovadas oportunamente por el Contratista".(el subrayado es nuestro)

2. Sobre esta pretensión PROVIAS ha señalado lo siguiente:

"La renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, es una obligación contractual de la Contratista, la misma que deviene del plazo de ejecución de la obra y hasta 30 días calendario después de consentida la liquidación correspondiente, tal como lo establece la Cláusula décimo Tercera del contrato de la obra".

3. La renovación de las cartas fianza es un deber por parte del Contratista, durante el tiempo en que aún no ha concluido el Contrato de ejecución de obra.

4. Sin perjuicio de lo expuesto, la solicitud de pago por daños y perjuicios que presenta el Contratista, carece de los requisitos establecidos por la doctrina, a fin de que proceda una indemnización por estos supuestos. Estos requisitos son:

- a) La existencia del daño causado,
- b) El hecho causante del daño, revestido de dolo, culpa o mediante un bien riesgoso o peligroso o el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa,
- c) La relación de causalidad adecuada entre el hecho causante y el daño causado.

5. De los hechos expuestos en su escrito de demanda, tenemos que el Contratista no ha acreditado de modo alguno (no hay medios probatorios que lo acrediten), la existencia del daño causado por efecto de verse forzado a renovar las mencionadas cartas fianza.
6. Asimismo, no ha identificado cual sería el hecho causante del supuesto daño sufrido, ¿existe acaso el dolo, la culpa por parte de la Entidad?, ¿es que acaso el actuar de la Entidad no se encuentra acreditado y respaldado por lo dispuesto en el Contrato de Ejecución der Obra y en la normativa aplicable a las contrataciones públicas?
7. En último lugar, ¿el Contratista ha acreditado la relación de causalidad entre el hecho causante y el daño causado?, ¿si ni siquiera a acreditado con medios probatorios, la existencia del daño que menciona haber sufrido?

En base a estas razones consideramos que el Contratista no ha demostrado la existencia de los requisitos que configurarían la procedencia de un indemnización por daños y perjuicios originados por los costos de renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento emitida, tal como pretende, por lo que, al Tribunal Arbitral considera que la Sexta Pretensión Principal de la demanda debe declararse improcedente..

XV. SOBRE DÉCIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto al Décimo Segundo Punto Controvertido, referido a determinar si corresponde que se reconozca a La Contratista el monto de S/. 33,070.65, por concepto de Lucro Cesante, que hubiera podido percibir en otro proceso de convocatoria de características similares al de la obra submateria, pero que no pudo debido a la falta de solvencia originada por la renovación de Cartas Fianzas que realizó para avalar la ejecución de la obra por un plazo de 360 días calendario.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que la Pretensión Principal N° 9 de la demanda debe declararse fundada, por las siguientes consideraciones:

1. El lucro cesante constituye una lesión patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial neto que se haya dejado de obtener como consecuencia de un incumplimiento, ilícito o perjuicio ocasionado o imputado a un tercero.
2. En relación a este punto controvertido, la Contratista presenta como medio probatorio a fin de acreditar su pedido, una copia del reporte de procesos publicados en el SEACE, por el cual acreditaría que durante los 16 meses durante los cuales no contó con su Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, habría dejado de participar en un promedio de 05 obras como mínimo.
3. Este Tribunal considera que el hecho de participar en un proceso de selección, no garantiza que se obtenga la buena pro del mismo, por lo que, aún si la Contratista hubiese dispuesto a plenitud de la capacidad de participar como postor en los procesos de selección a los que hace referencia, esto no garantizaba que fuese a obtener la buena pro en los mismos, razón por la cual, la obtención de una ganancia económica

originada por la suscripción de un contrato con el Estado, deviene en incierta y no se puede otorgar a la Contratista una indemnización por lucro cesante, solamente por el hecho de que cabría la posibilidad de ganarse la buena pro en los procesos de selección en que pudiese haber participado de no haber tenido que renovar su Carta Fianza de Fiel Cumplimiento. Distinto sería si, luego de haber obtenido la buena pro, y siendo un requisito indispensable para la suscripción del Contrato, la Contratista no hubiese podido suscribir el mismo, debido a la imposibilidad de presentar las cartas fianzas necesarias, que la norma de contrataciones establece como requisito necesario para tal fin.

4. Por tal motivo, este Tribunal determina que no corresponde reconocer indemnización alguna por lucro cesante a la Contratista, por las razones expuestas en el párrafo precedente.

XVI. PUNTO CONTROVERTIDO COMÚN A AMBAS PARTES

Respecto de las costas y costos del proceso, se debe tener en cuenta que el artículo 73º de la Ley General de Arbitraje, dispone que "El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso."

Considerando el resultado de este arbitraje en el que se ha evidenciado una participación activa de las partes, en puridad no puede afirmarse que existe una "parte perdedora" ya que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en vía

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

arbitral, y que, además, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los costos que sufrió; esto es, que cada parte asume los gastos, costos y costas que incurrió y debió de incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios del árbitro, de la secretaria, su defensa legal, etc.

Por consiguiente, corresponde ordenar a ninguna de las partes el pago de los costos totales del proceso arbitral. En consecuencia, se resuelve que cada parte cubra sus propios gastos por un lado, y por otro, que los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos de la secretaria arbitral) sean asumidos por LA CONTRATISTA y por PROVIAS en partes exactamente iguales.

Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados a partir del Punto III de este Laudo, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 1071, este Tribunal Arbitral, dentro del plazo correspondiente, en **DERECHO**.



LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda; y, en consecuencia **DECLARAR** que ha quedado consentida la liquidación de obra practicada por LA CONTRATISTA.

SEGUNDO: DECLARAR que carece de objeto el pronunciamiento sobre la Pretensión Sustitutoria a la Primera Pretensión Principal de la demanda al haberse declarado fundada la referida pretensión principal.

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la demanda; y en consecuencia **DECLARAR** ineficaz la Resolución Directoral N° 1631-2009-MTC/21.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la demanda; y en consecuencia:

DECLARAR que existió demora de 25 días calendarios en el plazo de inicio de obra, debido a la demora injustificada en la entrega del terreno por causas imputables a PROVIAS y **ORDENAR** a PROVIAS pague a LA CONTRATISTA la suma de S/. 12,986.84 por Resarcimiento de daños y perjuicios.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la Cuarta Pretensión Principal de la demanda; y en consecuencia, **DECLARAR** que no corresponde que PROVIAS pague a LA CONTRATISTA el monto de S/. 3,895.20 por concepto de mayores gastos generales, a consecuencia de la ampliación de plazo N° 01, por 26 días calendario, ampliación aprobada mediante Resolución Directoral N° 2171-2008-MTC/21.

SEXTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la Quinta Pretensión Principal de la demanda numerales 5.1, 5.2 y 5.3; y en consecuencia:

DECLARAR que PROVIAS incurrió en 73 días de demora (del 24.11.2008 al 11.03.2009) en la designación de la Comisión de Recepción de Obra y en la constitución de la Comisión de Recepción de Obra al lugar de la ejecución de la misma, a fin de verificar la culminación de los trabajos y formular Pliego de Observaciones.

DECLARAR que el desfase de 77 días en la subsanación de las observaciones por parte de LA CONTRATISTA, se debió a causas ajenas a su voluntad, interés y responsabilidad, al no contar con la cantera designada por PROVIAS ni tener condiciones de transitabilidad.

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

ORDENAR que PROVIAS pague a la CONTRATISTA la suma de S/. 26,448.00, por concepto de los gastos en que incurrió por desfase del periodo de recepción.

SÉTIMO: DECLARAR FUNDADA la Pretensión Subordinada de la Quinta Pretensión Principal de la demanda; y por consiguiente, **DECLARAR** que no corresponde la aplicación de penalidad a LA CONTRATISTA por demora en el levantamiento del pliego de observaciones.

OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA la Sexta Pretensión Principal de la demanda; y en consecuencia **DECLARAR** que no le corresponde a LA CONTRATISTA, el resarcimiento de Daños y Perjuicios que invoca como vinculados a la renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, por un plazo no previsto contractualmente y por ende no corresponde que PROVIAS pague a LA CONTRATISTA la suma de S/. 25,500.00, como resarcimiento de daños y perjuicios, por no poder liberar el importe retenido el 100% del valor de la fianza, por no contar con la liberación de este documento valor, e impedidos de generar utilidades al no poder invertir

NOVENO: DECLARAR INFUNDADA la Octava Pretensión Principal de la demanda; y por consiguiente, no corresponde ordenar a PROVIAS que reconozca a LA CONTRATISTA un monto de S/. 33,070.65, por concepto de Lucro Cesante, que LA CONTRATISTA hubiese podido percibir en otro proceso de convocatoria de características similares al de la obra submateria, pero que no pudo debido a la falta de solvencia originada por la renovación de Cartas Fianzas que realizó para avalar la ejecución de la obra por un plazo de 360 días calendario

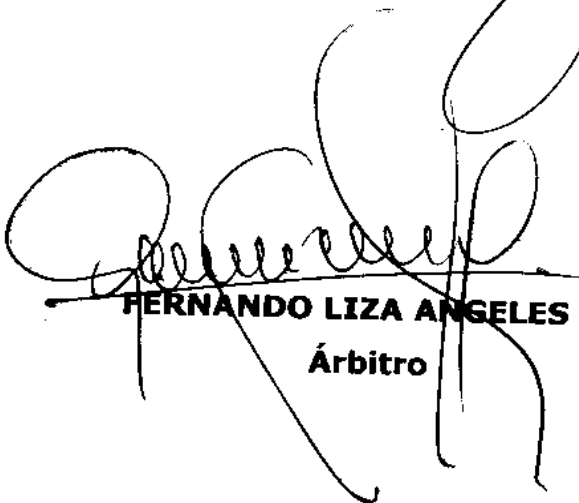
DÉCIMO: ORDENAR que cada una de las partes asuma los gastos arbitrales en los que hubiera incurrido en la demanda, al advertir el Tribunal Arbitral que ambas partes tuvieron razones para litigar.

ING. MARTHA FANNY LA TORRE - PROVIAS DESCENTRALIZADO

Notifíquese a las partes.



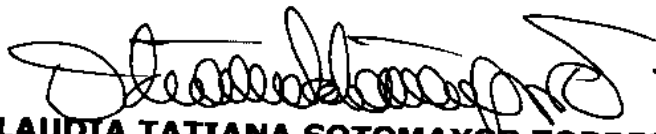
JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ
Presidente del Tribunal Arbitral



FERNANDO LIZA ANGELES
Árbitro



RAÚL SALAZAR RIVERA
Árbitro



CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES
Secretaria Arbitral