

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

A-86-15. KAR.



Exp. 928-332-15

Lima, 23 de octubre de 2017

Señores

PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL

PROVIAS NACIONAL

Jr. Zorritos N° 1203

Mesa de Partes de Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Edificio Circular 1° Piso)

Cercado de Lima.-

Referencia: Arbitraje Consorcio Izcuchaca vs. Provías Nacional (Exp. N° 928-332-15)

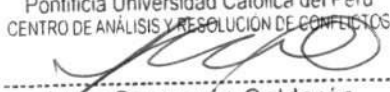
De nuestra consideración:

Por medio de la presente, nos dirigimos a ustedes para saludarlos y a la vez remitirles la Resolución N° 18, que contiene el Laudo Arbitral de fecha 19 de octubre del 2017, a fojas setenta y uno (71), recaído en el Expediente arbitral N° 928-332-15, relativo al arbitraje seguido entre Consorcio Izcuchaca y Provías Nacional.

Lo que notificamos a ustedes con arreglo a ley.

Atentamente,

Pontificia Universidad Católica del Perú
CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS


Lupe Bancayán Calderón
Secretaría Arbitral

Exp. 928-332-15

CONSORCIO IZCUCHACA vs. PROVIAS NACIONAL

LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE: CONSORCIO IZCUCHACA

DEMANDADO: Proyecto Especial de Infraestructura de
Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho.

TRIBUNAL ARBITRAL: Nilo Vizcarra Ruiz (Presidente del Tribunal
Arbitral designados por los árbitros de parte)

Katherine Álvarez Forno (árbitro de parte
designado por el CONSORCIO)

Braulio Iván Rosillo Larios (árbitro de parte
designado por PROVIAS Nacional)

SECRETARIA ARBITRAL: Silvia Rodríguez Vásquez
Secretaria General de Conciliación y Arbitraje del
Centro de Resolución de Conflictos de la
Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lima, 19 de octubre de 2017



GLOSARIO DE TÉRMINOS

CONTRATO	Contrato de Servicios N° 068-2010-MTC/20 para la contratación del "Servicio de Conservación por niveles de servicio de la Carretera EMP. PE-3S (IZCUCHACA) – HUANCAVELICA PLAZAPATA – CASTROVIRREYNA – TICRAPO – PAMPANO Y SANTA INÉS – PILPICHACA – RUMICHACA", suscrito el 22 de marzo de 2010.
DEMANDANTE / CONTRATISTA / CONSORCIO (indistintamente)	CONSORCIO IZCUCHACA integrado por Constructora MPM S.A., Corporación Mayo S.A.C., Obras de Ingeniería S.A. y SVC Ingeniería y Construcción S.A.
DEMANDADA / ENTIDAD / PROVÍAS (indistintamente)	Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - PROVÍAS NACIONAL
CENTRO	Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú
REGLAMENTO	Reglamento de Arbitraje del CENTRO
LCE	Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017.
RLCE	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.
LA / Ley de Arbitraje (indistintamente)	Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje
OSCE	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 18

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

VISTOS:**I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

El Convenio Arbitral está contenido en la Cláusula Décimo Sexta contenida en el Contrato de Servicios N°068-2010-MTC/20 celebrado entre las partes el día 22 de marzo de 2010 (en adelante, el CONTRATO), el mismo que, en su parte pertinente, establece:

“CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

- 16.1. Las partes acuerdan que las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del Contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje.
- 16.2. Si la conciliación concluyera por inasistencia de una o ambas partes, con un acuerdo parcial o sin Acuerdo, las partes se someterán a un Arbitraje de Derecho para que se resuelvan las controversias definitivamente. La solicitud de arbitraje y la respuesta de ésta, se efectuarán conforme a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

(...)”

El 29 de febrero de 2016, se reunieron los abogados Nilo Vizcarra Ruiz, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, Katherine Álvarez Forno y Braulio Iván Rosillo Larios, en su calidad de árbitros, así como Julio César Zorrilla Garay, en calidad de Secretario Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el CENTRO) para llevar a cabo la

Audiencia de Instalación; contando también con la asistencia del Consorcio Izcuchaca (en adelante, el DEMANDANTE, CONTRATISTA o CONSORCIO, indistintamente), representado por el señor Aldo Juan Ochoa Flores, identificado con D.N.I. N° 08240464; y del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVÍAS NACIONAL (en adelante, la DEMANDADA, ENTIDAD o PROVÍAS, indistintamente), representado por el doctor Carlos Miguel Gonzáles Laca, identificado con D.N.I. N° 44969183, y con Reg. C.A.L. N° 55936.

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

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

En el Acta de Instalación se estableció que, en caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolvería en forma definitiva del modo que considerase apropiado.

III. LA DEMANDA DEL CONSORCIO

Mediante escritos presentados con fecha 21 de marzo de 2016 y 20 de abril de 2016, el CONSORCIO presentó, subsanó y amplió su demanda arbitral, cuyas pretensiones eran las siguientes:

3.1 DE LAS PRETENSIONES:

1. Que se declare la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 078-2015-MTC/20.7.6.12-HUANCAVELICA así como que se declare la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 1488-2015-MTC/20 y declare que no corresponde que el Consorcio Izcuchaca, devuelva a la demandada, la suma de S/. 6'024,214.70 o S/ 6'024,214.70.
2. Que se ordene la devolución de las cartas fianzas de fiel cumplimiento de contrato.

3. Que se ordene que la demandada reembolse al Consorcio los gastos de renovación de fianzas en que han ido incurriendo, desde la fecha en que debió de devolverse la carta fianza de fiel cumplimiento de contrato, hasta la fecha de entrega efectiva de la misma.
4. Que se ordene el pago de una indemnización por daños y perjuicios al Consorcio, por el monto de S/. 800,000.00 ó S/ 800,000.00.
5. Que el Tribunal Arbitral disponga que la Entidad pague por concepto de indemnización por daños y perjuicios a la imagen empresarial del Consorcio, la suma de S/. 300,000.00 ó S/ 300,000.00.
6. Que el Tribunal Arbitral disponga que la Entidad pague por concepto de indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante, la suma de S/. 500,000.00 ó S/ 500,000.00.
7. Que se ordene que la demandada debe ser la que asuma la totalidad de los gastos arbitrales de este proceso.

3.2 FUNDAMENTACIÓN DEL CONSORCIO:

Los fundamentos del CONSORCIO contenidos en su escrito presentado con fecha 21 de marzo de 2016 y 20 de abril de 2016 son los siguientes:

"FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Con fecha 22 de Marzo de 2010, se celebró el Contrato de Servicios N° 68-2010/MTC/20, para ejecutar el Servicio de Conservación por Niveles de Servicio de la Carretera EMP.PE-35 (IZCUCHACA) — HUANCVELICA PLAZAPATA — CASTROVIRREYNA — TICRAPO — PAMPANO Y SANTA INES PILPICHACA — RUMICHACA
2. A pesar que el contrato inicial concluyó y que se firmó un contrato complementario que también concluyó, mediante los Oficios N° 078-2015-MTC/20.7.6.12- HUANCVELICA y N° 1488-2015-MTC/20, comunican infundados hallazgos, que señalan lo siguiente:

Que PROVIAS NACIONAL pagó S/.8'570,207.57 por un DERRUMBE ocurrido entre las progresivas Km 6+930 al Km 6+980 del tramo I de la Carretera Izcuchaca Huancavelica, ATENDIDO COMO UNA EMERGENCIA VIAL, ejecutándose trabajos de limpieza y eliminación de derrumbes en una primera intervención luego continuó bajo la denominación de trabajos de banquetas informándose extemporáneamente, los cuales no cumplieron con los procedimientos para la atención de emergencias, con los estudios de ingeniería para la solución técnica y tampoco se contó con la autorización respectiva de la entidad para su ejecución, habiéndose pagado indebidamente al consorcio izcuchaca la suma de S/6,024,214.70 como trabajos de banquetas.

Según lo señalado por la Entidad:

- a) Nuestro Consorcio ejecutó trabajos de emergencia consistentes en limpieza y eliminación de derrumbes tipificados como Emergencia 115, entre el 15 de enero al 31 de enero de 2013.
- b) Existieron "fichas diarias de emergencia vial 115" que van de 001-2013 al 131--2013.
- c) Que hubo un desplazamiento de talud de 50 metros, entre las progresivas Km 6+930 al Km 6+980 del tramo Izcuchaca Huancavelica.
- d) A partir del 3 de febrero de 2013, el Contratista ejecutó banquetas para estabilizar el talud adyacente a la vía, siendo tales trabajos valorizados por metros cúbicos como si se tratará de limpieza y eliminación de derrumbes en vez de ser pagados según los recursos utilizados en la ejecución de los trabajos (obrero, maquinaria)

Que lo anterior se produjo por la pérdida de plataforma de la vía y ante la presencia de un punto crítico (sectores de la carretera que por fallas constructivas, geológicas, geotécnicas, hidrológicos, entre otros, no se puede cumplir con lo requerido por PROVÍAS NACIONAL)

- e) Los trabajos de limpieza y eliminación de derrumbes **se valorizaron como si se tratara de "derrumbes mayores_a 200 m3"** pagándose en las valorizaciones de enero 2013, abril, mayo y julio 2013, la suma de S/.8'570,207.57 desagregados del siguiente modo: S/.736,184.87 por 29,402 m3 de limpieza de derrumbe (Valorización de Enero) y

S/.7,834,022.70 por 261,134.09 m³ de limpieza y eliminación de derrumbes (Valorizaciones de abril, mayo y julio 2013) a razón de S/.30.

Sin embargo en esos meses hubo pérdida de plataforma, los trabajos estuvieron relacionados a un punto crítico, y la forma de pago por volumen no se ajusta a los términos de referencia, pues éstos señalan que la cuantificación de emergencias por "pérdida de plataforma" por acción de la naturaleza y la eliminación de puntos críticos, debe ser resultado de todos los recursos utilizados y bajo forma de pago, tomando las cantidades informadas por el Contratista y los precios ofertados por éste, los trabajos de banquetas sólo cuestan S/1'809,808.00 que incluyen maquinaria y mano de obra que el Contratista reportó en sus informes mensuales y no correspondería los S/.7'834,022.70 valorizados por trabajos de banquetas.

Los TDR establecen que en caso de pérdida de plataforma por acción de la naturaleza y eliminación de punto crítico, entre otros, la emergencia vial realizará todas las actividades necesarias para restituir el tránsito seguro en la vía, el pago será resultado de la valorización de todos los recursos utilizados para la atención de la emergencia.

3. PRECISIÓN PREVIA:

El tramo afectado está comprendido entre las progresivas Km 6+830 al Km 7+000, como fue informado con Oficio N° 089-2013-MTC/20.10.12-HUANCAVELICA, y no como por error material se consignó que sólo se había afectado un tramo de 50.00 m.

4. SOBRE EL CUESTIONAMIENTO AL PROCEDIMIENTO DE NO INFORMACIÓN DE LOS EVENTOS POR CORREO ELECTRÓNICO, POR PARTE DEL SUPERVISOR O DE NUESTRO CONSORCIO, A LA SEDE CENTRAL PARA LA ATENCIÓN DE EMERGENCIAS A QUE SE REFIEREN LOS NEGADOS HALLAZGOS:

4.1 El numeral III "Procedimiento ante la ocurrencia de una Emergencia Vial" de los Términos de Referencia, señala lo siguiente:

- a) Que producido el evento, el Contratista Conservador o el Supervisor, cualquiera de ellos, que conoce de la emergencia, informará de ello a la Sede Central a través del correo emergencia_vial@proviasnac.gob.pe,

indicando la ocurrencia del evento y acompañando la ficha de reporte de emergencia vial.

- b) Identificado el problema y evaluada su magnitud, el Contratista Conservador, procede a la atención inmediata (hasta restituir el tránsito vehicular o hasta eliminar los riesgos para la transitabilidad o seguridad de los usuarios)
- c) La ficha de emergencia vial debe ser llenada todos los días mientras dure la emergencia.
- d) La ficha de emergencia vial debe ser firmada por el Administrador y el Supervisor del Contrato por parte de PROVIAS NACIONAL así como por el Gerente Vial y el Ingeniero Residente por parte del CONTRATISTA CONSERVADOR.

4.2 **SOBRE LA EMERGENCIA DEL 15 DE ENERO DE 2013:**

Los negados "hallazgos" señalan que respecto de la emergencia ocurrida el 15 de enero de 2013, no se informó inmediatamente al correo electrónico emergencia_viar@proviasnac.gob.pe una vez surgido el evento; ello recién fue comunicado por el supervisor luego de 4 meses de ocurrido el evento, contraviniendo los términos de referencia.

Sin embargo, ello no afecta la atención de emergencias que brindamos o los trabajos realizados o nuestro pago.

El contrato no establece ninguna sanción en el supuesto que el Contratista o el Supervisor no hubieren informado de la emergencia al correo electrónico emergencia_vial@proviasnac.gob.pe, una vez surgido el evento. No sanciona con nulidad del procedimiento de atención de emergencias, no sanciona con nulidad del pago, no sanciona con penalidades, ni establece ninguna otra sanción.

Además fueron hechos públicos y notorios, conocidos por la Entidad, el Administrador del Contrato, la Supervisión e incluso en la solución de los

eventos participaron otras instituciones y autoridades del Estado, ya que hasta la Fiscalía tuvo intervención.

CONCLUSIÓN SOBRE LA EMERGENCIA DEL 15 DE ENERO DE 2013:

Las afirmaciones referidas al procedimiento de atención de emergencias referidas a la atención del evento en sí respecto de la emergencia ocurrida el 15 de enero de 2013, señaladas en los negados "hallazgos", no generan consecuencia alguna en perjuicio del Contratista, máxime si el Contratista fue diligente en atender la emergencia en forma inmediata como ordenan los Términos de Referencia y reiteramos que fueron hechos públicos y notorios, conocidos por la Entidad, el Administrador del Contrato, la Supervisión e incluso en la solución de los eventos participaron otras instituciones y autoridades del Estado.

4.3 SOBRE LAS EMERGENCIAS DEL 29 Y 31 DE ENERO DE 2013;

En lo que se refiere a las emergencias ocurridas el 29 y 31 de enero de 2013, los negados "hallazgos" señalan que no se informó inmediatamente al correo electrónico emergencia_vial@proviasnac.gob.pe una vez surgido el evento sino que ello recién fue comunicado por el supervisor en forma extemporánea, contraviniendo los términos de referencia, así como dan a entender que se trataría de prestaciones adicionales.

Sin embargo, ello no afecta la atención de emergencias que brindamos o los trabajos realizados o nuestro pago.

El contrato no establece ninguna sanción en el supuesto que el Contratista o el Supervisor no hubieren informado de la emergencia al correo electrónico emergencia_vial@proviasnac.gob.pe, una vez surgido el evento. No sanciona con nulidad del procedimiento de atención de emergencias, no sanciona con nulidad del pago, no sanciona con penalidades, ni establece ninguna otra sanción.

Los eventos fueron hechos públicos y notorios, conocidos por la Entidad, el Administrador del Contrato, la Supervisión e incluso en la solución de los eventos participaron otras instituciones y autoridades del Estado, ya que hasta la Fiscalía tuvo intervención.

Esos trabajos tampoco pueden calificar como prestaciones adicionales según los Términos de Referencia —que forman parte del contrato- y que expresamente precisan que los trabajos de emergencias viales no pueden tratarse como prestaciones adicionales.

Las afirmaciones referidas al procedimiento de atención de emergencias referidas a la atención del evento en sí respecto de la emergencia ocurrida el 15 de enero de 2013, señaladas en los negados "hallazgos", no generan consecuencia alguna en perjuicio del Contratista, máxime si el Contratista fue diligente en atender la emergencia en forma inmediata como ordenan los Términos de Referencia y reiteramos que fueron hechos públicos y notorios, conocidos por la Entidad, el Administrador del Contrato, la Supervisión e incluso en la solución de los eventos participaron otras instituciones y autoridades del Estado.

5. SOBRE EL CUESTIONAMIENTO A QUE LOS TRABAJOS REALIZADOS DEBEN SER CALIFICADOS COMO PRESTACIONES ADICIONALES NO AUTORIZADAS PREVIAMENTE POR LA ENTIDAD:

Los negados "hallazgos" señalan que respecto de la emergencia ocurrida el 15 de enero de 2013, hay una contravención del numeral 19.2 de la cláusula décimo novena del contrato, conforme al cual, el Supervisor no puede ordenar ningún trabajo adicional al Contratista.

Sin embargo, el Supervisor no autorizó ninguna prestación adicional según lo que por tal concepto se ha previsto en el contrato.

Así, los Términos de Referencia —que forman parte del contrato- expresamente precisan que los trabajos de emergencias viales no pueden tratarse como prestaciones adicionales:

"El tratamiento de Las emergencias no puede efectuarse dentro de los contratos de conservación vial por niveles de servicio como prestaciones adicionales del Contratista Conservador, debido fundamentalmente a que cualquier prestación adicional al contrato tiene que evaluarse con

anterioridad para ser posteriormente autorizado y ejecutado, no siendo éste el caso cuando se trata de las emergencias viales".

6. SOBRE EL CUESTIONAMIENTO AL PROCEDIMIENTO DE LA LIQUIDACIÓN DE LOS TRABAJOS DE EMERGENCIA Y A LA GENERACIÓN DEL PAGO DE LAS PRESTACIONES REALIZADAS POR EL CONTRATISTA CONSERVADOR:

6.1 El numeral III "Procedimiento ante la ocurrencia de una Emergencia Vial" de los Términos de Referencia, señala que:

"(...) 3.5 Mitigada la emergencia vial se procederá a liquidar los trabajos realizados totalizando los recursos utilizados o los m³ de obstáculos removidos, según sea el caso.

3.6 El pago de las emergencias viales formará parte de las valorizaciones mensuales de control de niveles de servicio, con los precios pactados en el contrato de conservación vial, adjuntando las fichas de emergencia vial y una memoria descriptiva de los trabajos realizados."

6.2 Conforme a los términos de referencia:

- a) Si existen derrumbes mayores a 200 m³, se paga por m³, toda aquella cantidad que supere los 200 m³.
- b) Si existen otros tipos de eventos distintos a derrumbes mayores 200 M³, se paga según los recursos empleados.
- c) Mitigada la emergencia, se procede a liquidar los trabajos.

d) La liquidación forma parte de las valorizaciones mensuales, por eso es que, los Términos de Referencia señalan que "El pago de las emergencias viales formará parte de las valorizaciones mensuales".

6.3 Los negados "hallazgos" señalan que respecto de la emergencia ocurrida el 15 de enero de 2013, no se cumplió con liquidar los trabajos realizados y que

PROVIAS NACIONAL no dispuso las acciones de control y seguimiento del numeral V de los Términos de Referencia.

Lo anterior no es cierto, pues, los trabajos realizados en relación a la emergencia del 15 de enero de 2013, sí fueron liquidados:

- a) Porque fueron incluidos en la Valorización N° 34. Si no hubiera existido liquidación, no se nos hubiera pagado.
- b) Porque PROVIAS NACIONAL cumplió con el control y seguimiento del numeral V de los Términos de Referencia, en esa oportunidad y por ello, en cumplimiento de los términos contractuales dispuso el pago de los trabajos que realizamos.
- c) Porque cabe hacer notar que antes de concluir el contrato inicial, hubo aprobación de prestaciones adicionales, lo que significa que previo a la aprobación de adicionales, PROVIAS NACIONAL tuvo todo perfectamente liquidado, caso contrario no hubiera procedido a aprobar prestaciones adicionales.
- d) Porque el contrato complementario, también demuestra que los trabajos sí se liquidaron. Celebrar un contrato complementario, presupone la liquidación previa del contrato primigenio, por mandato del artículo 182 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que señala que el contrato complementario procede en forma posterior a la "culminación del contrato"

El artículo 42 de la Ley precisa que **los contratos culminan con la recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente.**

Un contrato culminado implica la existencia de una liquidación previa y el correspondiente pago de esa liquidación. Si el contrato culminó, recién pueden firmarse contratos complementarios.

Si se firmó el contrato complementario, es porque previamente hubo un contrato inicial culminado, es decir previamente pagado, para lo cual previamente se liquidó el contrato. Si no se hubiera dado la liquidación y

pago, no se habría culminado el contrato, no se habrían firmado contratos complementarios.

6.4 *Los negados "hallazgos" señalan que respecto de las emergencias ocurridas el 29 y 31 de enero de 2013, la liquidación se produjo en forma extemporánea en el trámite de la Valorización N° 40, Volumen II - Liquidación Emergencia Vial N° 115 (febrero-marzo-abril-mayo), tramitada el mes de agosto y que PROVÍAS NACIONAL no dispuso las acciones de control y seguimiento del numeral V de los Términos de Referencia.*

Sin embargo, lo esencial es que existe una liquidación presentada siendo que la afirmación de la Entidad no convierte a la liquidación presentada en inválida, de allí que el Oficio N° 078-2015-MTC/20.7.6.12.-HUANCAVELICA no tiene sustento cuando señala que el contrato aún está pendiente de liquidación.

PROVIAS NACIONAL cumplió con el control y seguimiento del numeral V de los Términos de Referencia, en esa oportunidad y por ello, en cumplimiento de los términos contractuales dispuso el pago de los trabajos que realizamos.

Cabe hacer notar que antes de concluir el contrato inicial, hubo aprobación de prestaciones adicionales, lo que significa que previo a la aprobación de adicionales, PROVIAS NACIONAL tuvo todo perfectamente liquidado, caso contrario no hubiera procedido a aprobar prestaciones adicionales.

El contrato complementario, también demuestra que los trabajos sí se liquidaron. Celebrar un contrato complementario, presupone la liquidación previa del contrato primigenio, por mandato del artículo 182 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que señala que el contrato complementario procede en forma posterior a la "culminación del contrato".

El artículo 42 de la Ley precisa que **los contratos culminan con la recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente.**

Un contrato culminado implica la existencia de una liquidación previa y el correspondiente pago de esa liquidación. Si el contrato culminó, recién pueden firmarse contratos complementarios.

Si se firmó el contrato complementario, es porque previamente hubo un contrato inicial culminado, es decir previamente pagado, para lo cual previamente se liquidó el contrato. Si no se hubiera dado la liquidación y pago, no se habría culminado el contrato, no se habrían firmado contratos complementarios.

6.5 CONCLUSIÓN:

Visto lo anterior, no son ciertos los supuestos y negados "hallazgos" en cuanto al procedimiento de atención de emergencias y en cuanto a la inexistencia de liquidación, pues las emergencias fueron atendidas y las mismas fueron oportunamente liquidados y pagados.

7. EVENTOS ATENDIDOS:

- 7.1 Los eventos fueron DERRUMBES producidos principalmente con fechas 15, 29 y 31 de enero del 2013, siendo esta última de mayor incidencia, presentándose la siguiente cronología:
- Del 15 al 30 de enero del 2013, se dio pase con tránsito restringido,
 - Del 31 de enero hasta el 22 de febrero se interrumpió totalmente el tránsito,
 - Del 23 de febrero del 2013 se dio pase con tránsito restringido hasta el 31 de mayo del 2013,
 - Del 01 de junio del 2013 se restituye el tránsito a la normalidad.
- 7.2 El tramo afectado está comprendido entre las progresivas Km 6+830 al Km 7+000, como fue informado con Oficio N° 89-2013-MTC/20.10.12.-HUANCAVELICA, y no como por error material se consignó que sólo se había afectado un tramo de 50.00 m.
- 7.3 En nuestro caso específico se produjo un evento continuado de derrumbes lo cual ocasionó la interrupción parcial y luego total de la vía.
- 7.4 El DERRUMBE ocurrido del 15/01/2013 hasta el 29/01/13, cubrió gran parte de la vía, eliminándose el material proveniente del derrumbe, priorizando la

eliminación para brindar una transitabilidad restringida. Este evento fue comunicado vía electrónica por el Ing. Hugo Trece Gallardo el día 22/01/13 al Administrador de Contrato, con copia al responsable de Emergencias Viales del MTC, cuyo texto fue el siguiente:

"Reenvío de información.

Estimado Ing. Adjunto *al presente se le remite las ocurrencias y atenciones que se ejecutaran y han sido presentadas en el tramo Izcuchaca — Huando Km 6+800, le manifestó que en el transcurso del día se le brindara más información al respecto; debiéndole informar también que en el transcurso de los días se tratara de dar transito normal estaré hoy en el punto coordinando los trabajos.*"

Como puede apreciarse el mencionado Ingeniero comunicó el evento y manifestó que estaría complementando la información, esto en razón a los **DERRUMBES** constantes pero de menor intensidad.

Adicionalmente, debemos indicar que Defensa Civil del Gobierno Regional de Huancavelica nos recomienda el 22/01/13 con Oficio N° 023-2013/GOB.REG.HVCA/PR-RDNSC y DC, la necesidad de restringir el paso vehicular por ser de **RIESGO MUY ALTO**.

El Contratista y el Supervisor elaboran unas fichas de emergencia donde figura la cuantificación y liquidación del **volumen de material de derrumbe retirado**, la misma que se presentó adjunto a la valorización N° 34 correspondiente al mes de enero del 2013, tramitado el 16 de febrero del 2013, sustentado con su informe de valorización respectivo.

El Procedimiento de Trabajo Seguro ejecutado se planificó de la siguiente manera: Como la vía fue obstaculizada parcialmente, merecía solamente la liberación de la misma mediante la actividad de **eliminación del material de derrumbe**, manteniendo el pase restringido seguro para los usuarios.

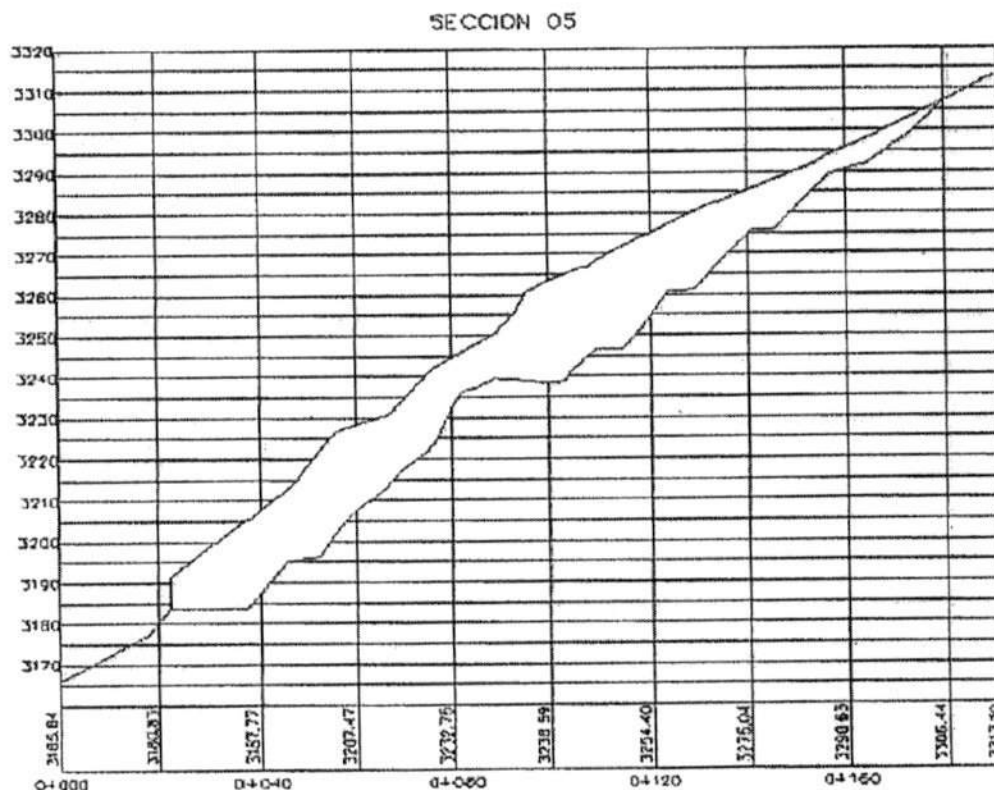
7.5 Los **DERRUMBES** de los días 29 y 31 de enero de 2013, obstaculizaron definitivamente la vía, cuando se estaba realizando la eliminación producto del evento ocurrido el 15 de enero de 2013.

Estos eventos generaron la firma de un Acta por parte de las Autoridades, Ministerio Público, el representante del Gobierno Regional de Huancavelica, Defensa Civil del Gobierno Regional de Huancavelica y Director Regional de Transportes del Gobierno Regional Huancavelica, representantes de PROVIAS NACIONAL y Consorcio IZCUCHACA, donde se acordó entre otros implementar mayor maquinaria para la eliminación de derrumbes; posteriormente el día 14 de febrero del 2013 se acuerda reabrir el tránsito el día lunes 25 de febrero, lo que ocurre realmente el 23 de febrero de 2013.

El Procedimiento de Trabajo Seguro ejecutado se planificó de la siguiente manera: Los **derrumbes** ocurridos los días 29 y 31 de enero del 2013 **cubrían la totalidad de la vía** y ocasionó **pérdida parcial de plataforma** sin embargo, **nunca restituimos o repusimos la sección perdida**. Ante ello, se tenía dos alternativas para eliminar el material y dar pase en la vía:

- i. Eliminar el material desde el nivel de la plataforma existente, lo cual generaría derrumbes cubriendo nuevamente la zona de trabajo con el riesgo que el personal y equipos sean cubiertos por este material, o peor aún, otorgando un precario tránsito restringido que hubiese podido generar graves accidentes por la gran necesidad e imprudencia temeraria de los usuarios, razón por la que se eliminó esta alternativa.
- ii. Comenzar la eliminación del derrumbe, desde la zona más alta del derrumbe, zona superior de desprendimiento del material con el terreno natural firme no desprendido, y eliminar el material de derrumbe a través de la conformación de banquetas que permita garantizar la seguridad en la zona de trabajo.

Este tipo de trabajo provisional no requiere mayor cálculo de diseño por cuanto no se ha buscado la estabilidad definitiva del talud, solamente se buscó garantizar que la vía no sea cubierta en un próximo evento y que durante el proceso de eliminación, no ocurran accidentes por caída de material desprendido no eliminado. Al considerar así los trabajos, el talud debe ser el que permita dejar ampliada una sección necesaria y consecuentemente queda ensanchada la plataforma, alternativa que a nuestro parecer fue la correcta y cuyo aspecto técnico se puede apreciar en el gráfico siguiente:



Por esta razón mediante Oficio N° 089-2013-MTC/2010.12-HUANCAVELICA se solicitó la opinión del especialista de la Oficina de Apoyo Tecnológico (OAT) y es así que se aprobó la alternativa planteada.

Con lo señalado en los puntos anteriores, finalmente se iba a conseguir tener la vía liberada y así garantizar la reanudación de la transitabilidad, esto es en el contexto que el trabajo de eliminación de derrumbes debe de llegar hasta la plataforma existente de manera que se dé seguridad al personal que debería trabajar en ésta y a los usuarios de la vía que exigían el pase, y no se trataba sólo de una actividad de simple eliminación, sino de una eliminación bien planificada y segura para cubrir el objetivo de dejar disponible la vía disminuyendo los riesgos de accidentes personales o materiales en general.

- 7.6 Finalmente el 01/03/13 se presenta el Informe N° 008-2013-MTC/20.10.12-HUANCAVELICA, respecto a los eventos ocurridos los días 15, 29 y 31/01/13 por ser un

derrumbe continuado, detallándose y sustentándose el Procedimiento de Trabajo Seguro a seguir para la eliminación del material de derrumbe.

8. NATURALEZA DE LOS EVENTOS ATENDIDOS:

8.1 El problema se centra en delimitar bajo qué rubro de actividades encuadran o se tipifican los eventos atendidos y su correspondiente pago, porque el numeral 3.2.3 "Atención de Emergencias", previsto en los términos de referencia, señala dos formas de pago, según el tipo de emergencia atendido:

- a) Para derrumbes mayores a 200 m³ por evento, se pagará por cada m³ adicional eliminado de acuerdo al precio ofertado en la propuesta del contratista.
- b) Para otros casos, como:
- Pérdida de la plataforma por acción de la naturaleza,
 - Atención de huaycos que por su naturaleza sean imposibles de cubicados,
 - Obstrucción de la Vía por efectos de accidentes,
 - Eliminación de puntos críticos que pongan en peligro la seguridad de los usuarios,
 - Erosión de la plataforma.
 - Refuerzos de defensa ribereña para evitar la erosión de la plataforma,
 - Limpieza de grandes volúmenes de nevadas o granizos que no se puedan ejecutar por mantenimiento rutinario y que impidan el libre tránsito,
 - Atención puntual debido al colapso de puentes o actividades puntuales de prevención orientadas a evitar el colapso de puentes y
 - En general cualquier otro evento que impida un tránsito seguro a los usuarios

"(...) el pago será el resultado de la valorización de todos los recursos utilizados por el contratista para la atención de la emergencia, transformándolo a m³ según los precios ofertados en su propuesta."

8.2 La Entidad señala que los eventos, si bien se trataron de emergencias:

- i. No deben considerarse DERRUMBES MAYORES A 200 M3 del literal a) del numeral 3.2.3 "Atención de Emergencias"

Deben calificarse dentro del rubro "**otros** casos" del literal b) del numeral 3.2.3 "Atención de Emergencias", porque:

- a) Se estaba ante la presencia de **un punto crítico** (sectores de la carretera que por fallas constructivas, geológicas, geotécnicas, hidrológicos, entre otros, no se puede cumplir con lo requerido por PROVIAS NACIONAL) y por tanto los trabajos consistían en la eliminación de esos puntos críticos.
- b) **Hubo pérdida de plataforma de la vía** por acción de la naturaleza.
- c) **Se hicieron trabajos de banquetas.**

- iii. Concluye por tanto que esos trabajos debieron pagarse según los recursos utilizados y no según los volúmenes de derrumbe eliminados.

8.3 Lo señalado por la ENTIDAD no es correcto porque según el VOLUMEN DEL DERRUMBE PRODUCIDO, TALES DERRUMBES SON MAYORES A 200 M3:

- i. Si se eliminó 29,402 m3 de limpieza de derrumbe (Valorización de Enero): ¿Cómo es que ese derrumbe no puede calificar de DERRUMBES MAYORES A 200 M3?
- ii. Asimismo, si se eliminó 261,134.09 m3 de limpieza y eliminación de derrumbes: ¿Cómo es que ese derrumbe no puede calificar de DERRUMBES MAYORES A 200 M3?
- iii. Por tanto, atendiendo al volumen de, derrumbe producido, **sí se trata de DERRUMBES MAYORES A 200 M3 los que fueron atendidos**, por tanto, corresponde su pago por cada m3 adicional eliminado de acuerdo al precio ofertado en la propuesta del contratista.

8.4 Lo señalado por la ENTIDAD no es correcto porque LOS DERRUMBES PRODUCIDOS NO FIGURABAN COMO PUNTOS CRÍTICOS:

8.4.1 En primer lugar, la zona del derrumbe, NO FIGURABA COMO PUNTO CRÍTICO. Recién se califica la zona como punto crítico con posterioridad a los derrumbes.

Por tanto, un derrumbe en una zona no calificada como crítica, no puede calificarse como tratamiento de eliminación de punto crítico.

8.4.2 En segundo lugar: ¿Cabe preguntarnos si la calificación posterior de punto crítico de la zona donde se produjo el derrumbe hace que el derrumbe también se convierta en punto crítico según el contrato?

La respuesta es NO: Una será la zona calificada -con posterioridad a la celebración del contrato y con posterioridad a los eventos- como un punto crítico y otra cosa es el derrumbe en sí.

8.4.3 En tercer lugar, pongámonos en el hipotético caso que el derrumbe se diera en una zona calificada previamente como punto crítico en el contrato — QUE NO FUE NUESTRO CASO -.

En tal supuesto, el hecho que exista DERRUMBES MAYORES A 200 M3 en un lugar donde existe un punto crítico calificado como tal por el contrato: ¿Elo hace que ese derrumbe mayor a 200 m3 deje de ser derrumbe mayor a 200 m3 y sea calificado como eliminación de punto crítico?

La respuesta también es NO porque, una cosa es el punto crítico y otra cosa es el derrumbe que se puede producir en una zona calificada de punto crítico.

Vemos pues que, incluso en un escenario de calificación previa de una zona como punto crítico - que repetimos no es nuestro caso- el derrumbe mayor a 200 m3 **sigue siendo DERRUMBES MAYORES A 200 M3**, por la cantidad de volumen de derrumbe que hubo.

No se puede incurrir en el error conceptual de pretender identificar a la zona donde existe un punto crítico en la cual se produjo el derrumbe con el derrumbe en sí, pues son conceptos diferentes y el trato **contractual** también es diferente.

Una cosa es la existencia de la zona o sector del punto crítico y otra cosa es que en esa zona o sector de punto crítico se produzcan derrumbes, pero no son lo mismo.

Así, el concepto de eliminación de punto crítico no es aplicable a los trabajos que realizamos, porque el punto crítico calificado recién tras los derrumbes, es la inestabilidad y características geológicas del terreno donde está el talud vertical y esa zona hasta la fecha persiste como punto, como muchos otros sectores, siendo que con nuestros trabajos no hemos eliminado ese punto crítico, porque según nuestro contrato, no fuimos contratados para ello.

La demostración de que no puede considerarse los trabajos de limpieza y eliminación de derrumbe como punto crítico, es el hecho que con posterioridad a los eventos, esa zona ha sido calificada como PUNTO CRÍTICO, y se ha eliminado el derrumbe, pero el punto crítico como tal persiste y no ha sido eliminado el punto crítico hasta la actualidad.

Se eliminó el derrumbe, pero el punto crítico continúa existiendo y existirá hasta que el Ministerio de Transportes o quien corresponda, decida eliminar ese punto crítico, **para lo cual deberá elaborar un Expediente Técnico de Obra para ejecutar la eliminación de ese punto crítico.**

Por tanto, no se puede decir que los trabajos de retiro de derrumbe fueron trabajos de eliminación del punto crítico, pues no eliminamos el punto crítico, solo limpiamos y eliminamos derrumbe.

Lo dicho, tiene sustento en los propios Términos de Referencia, conforme a los cuales los derrumbes mayores a 200 m³ que se produjeron los días 15, 29 y 31 de enero 2013, **NO CALIFICAN COMO PUNTO CRÍTICO**, porque se considera **PUNTO CRÍTICO**, a:

“Sectores de la carretera que por razones de fallas constructivas, geológicas, geotécnicas, problemas hidrológicos y que por la geografía de la zona, no se pueda cumplir con lo requerido por la Entidad. **Estos sectores serán evaluados conjuntamente con el contratista de manera independiente y se definirá el nivel de servicio que será exigido en dicho sector**, pudiéndose generar adicionales si así lo considera la Entidad, también se considerara

punto crítico aquellos sectores de la carretera que se encuentren en un avanzado nivel de deterioro”.

Así, un derrumbe no es sector de carretera calificado de punto crítico, sino que el DERRUMBE cae en un sector de la carretera ubicado en un punto crítico o no crítico.

En ningún lugar de los Términos de Referencia se han calificado a los derrumbes como puntos críticos.

Además, hay un listado de puntos críticos dentro de los cuales, no estaba la zona donde se produjo los derrumbes del 15, 29 y 31 de enero de 2013.

El derrumbe es derrumbe por su propia naturaleza, el derrumbe puede caer en un sector de carretera considerado como punto crítico o no crítico y no por eso se va a calificar al derrumbe como punto crítico o no crítico.

El derrumbe es un concepto distinto al punto crítico o punto no crítico donde se produce el derrumbe.

- 8.4.4 Una cosa es el sector de la carretera calificada como punto crítico y otra cosa es el derrumbe que se puede producir en una zona calificada de punto crítico pero eso no hace que el derrumbe pase a calificarse como punto crítico o como eliminación de punto crítico.

Eliminar un derrumbe no es igual que eliminar el punto crítico.

La prueba tangible de que no hubo eliminación de punto crítico es el hecho que hasta la actualidad, a pesar de eliminarse los derrumbes, esa zona o sector sigue siendo un punto crítico, es decir se eliminaron los derrumbes, pero no se eliminó ese punto crítico como sostiene el negado hallazgo.

Además y como ya lo hemos dicho, la zona donde se produjeron los derrumbes del 15, 29 y 31 de enero de 2013, no era una zona previamente calificada de punto crítico.

LOS DERRUMBES PRODUCIDOS NO CALIFICAN COMO DESTRUCCION DE PLATAFORMA

8.5.1 Nuevamente deben distinguirse conceptos: Una cosa es el derrumbe en sí y otra cosa es la pérdida de la plataforma en sí.

i. ¿Puede perderse plataforma como consecuencia de un derrumbe?

Sí, pero una cosa es la plataforma perdida y otra cosa es el derrumbe que produjo esa pérdida de plataforma.

ii. Si se produce pérdida de plataforma a consecuencia de un derrumbe: ¿Qué se debe hacer?

Primero, se limpia y elimina el derrumbe, pero ese trabajo no constituye restitución de plataforma originaria.

Segundo, se analiza si corresponde restituir o no la plataforma o si debe hacerse nueva plataforma -que no es lo mismo que restitución de la plataforma originaria-.

Si no es necesario restituir la plataforma originaria, se tendrá sólo la limpieza y eliminación del derrumbe.

Si es necesaria la restitución de la plataforma originaria, es una etapa distinta a la limpieza o eliminación del derrumbe.

Si debe hacerse nueva plataforma, no es restitución de la plataforma originaria.

Pero en cualquier caso la limpieza de derrumbe es una cosa y la restitución de la plataforma originaria o la elaboración de nueva plataforma son trabajos distintos.

El trabajo de limpieza y eliminación de derrumbe no es restitución de plataforma originaria, es un trabajo propio de limpieza y eliminación de derrumbe. Otro es el trabajo propiamente de restitución de plataforma perdida.

La eliminación de derrumbe se paga por m³ si supera los 200 m³, pero la restitución propiamente de la plataforma perdida se paga conforme a los recursos empleados en la restitución de la plataforma en sí.

iii. En nuestro caso, el proceso de limpieza y eliminación del derrumbe, no puede calificar como reposición de pérdida de plataforma, pues son trabajos distintos y conceptos distintos:

- a) La reposición de plataforma originaria, por pérdida de plataforma, se cobra según los recursos empleados.
- b) La limpieza y eliminación de derrumbe no es reposición de plataforma y se cobra por m³ eliminado si el derrumbe es mayor a 200 m³.

Además, en nuestro caso específico, hubo pérdida parcial de la plataforma existente, pero ésta no fue restituida.

iv. La reposición es un proceso constructivo distinto a la limpieza del derrumbe que cayó sobre la plataforma, la reposición implica volver a construir o restituir la plataforma originalmente perdida, es decir, regresarlo a su estado inicial, antes de su pérdida y en sus condiciones iniciales; pero en este caso no ha existido reposición de la plataforma originalmente perdida pues ello hubiera significado rellenar y realizar obras mayores – como muros de contención- para restituir la plataforma perdida. Por ello, lo que se produjo fue la limpieza de derrumbe.

Nuevamente, una cosa es la plataforma y otra es el derrumbe, y una cosa es la reposición de la plataforma y otra la limpieza del derrumbe.

No puede calificarse a la limpieza de derrumbe como reposición de la plataforma, como lo hace la OCI.

Necesariamente se tenía que establecer un procedimiento para la eliminación del material desde la parte superior del derrumbe hasta nivel de la plataforma existente cuya sección debería contemplarse en el mencionado procedimiento, y como consecuencia de la eliminación del material de derrumbe, se recupera la transitabilidad segura en la plataforma existente.

Inclusive si hubiera existido destrucción total de la plataforma y derrumbe, una cosa es la limpieza y eliminación del derrumbe que se paga por m³ sobre el exceso de los 200 m³ de derrumbe conforme al literal a) del numeral 3.2.3 "Atención de Emergencias" y otra cosa es la reposición de la plataforma destruida que se paga por recursos' empleados conforme al literal b) del numeral 3.2.3 "Atención de Emergencias".

8.5.2 Los **derrumbes** ocurridos los días 29 y 31 de enero del 2013 **cubrían la totalidad de la vía** y ocasionaron **pérdida parcial de la plataforma**, pero, esa plataforma pérdida, nunca fue restituida a su condición originaria, de modo que no se puede hablar de plataforma perdida y restituida.

8.6 **SOBRE LOS TRABAJOS DE BANQUETAS.**

Los trabajos de banquetas no han eliminado el punto crítico, tal como lo da entender el informe de la OCI, sino que ha sido un procedimiento constructivo de trabajo **seguro** de eliminación de derrumbe, acorde con una buena práctica de ingeniería, realizado por seguridad de los trabajadores y de los usuarios en general, por ello debía iniciarse la eliminación del derrumbe considerando la altura del mismo, desde la parte superior del derrumbe hacía abajo.

Para eliminar el punto crítico, será necesario hacer un estudio específico, un expediente técnico de obra -conforme a lo definido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado- con el que posiblemente se determine la colocación de muros de contención, gaviones al pie del cerro, u otras soluciones, dado el continuo deslizamiento de éste, siendo que esos trabajos no están dentro de los alcances de nuestro contrato.

9. **CONCLUSIÓN GENERAL:**

La inadecuada interpretación de los informes internos y las comunicaciones cursadas es lo que ha llevado a la OCI a las conclusiones que indica su informe, información que ha debido ser solicitada al Supervisor encargado del Servicio.

Los trabajos realizados han sido limpieza y eliminación de derrumbes que no califican como eliminación de punto crítico ni como restitución de la plataforma originaria, además que las banquetas no eliminan el punto crítico del talud

existente sino que formaron parte del proceso de limpieza y eliminación de derrumbe.

En conclusión, la supervisión aplicó correctamente el literal a) del numeral 3.2.3 "En caso de derrumbes mayores a 200 M3 por evento, se pagará por cada m3 adicional eliminado de acuerdo al precio ofertado en la propuesta del contratista" y que corresponde la valorización tramitada en su oportunidad.

Todo fue debidamente liquidado, valorizado y debidamente pagado conforme al contrato, no teniendo nada que devolver a la Entidad pues no hubo ningún cobro indebido, pues técnicamente, legalmente, contractualmente y conforme a lo acontecido en la realidad, se nos pagó [o que contractualmente nos correspondía.

10. Sobre el reembolso del pago de los gastos en que venimos incurriendo por renovación de fianzas:

Al estar manteniendo las cartas fianzas por un periodo mayor al inicialmente previsto y a pesar que se tratan de contratos ya culminados, corresponde que se disponga que nos reembolsen las fianzas que nuestro consorcio entregó a la Entidad.

11. Sobre la indemnización: Se ha demostrado que se cumplen todos los requisitos para que proceda la indemnización peticionada, por lo que su Tribunal deberá ordenar lo que corresponda.

IV. CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y FUNDAMENTOS DE HECHO Y/O DE DERECHO POR PARTE DE PROVIAS

Mediante escrito de fecha 6 de julio de 2016, PROVIAS contesta la demanda señalando lo siguiente:

Respecto a que se declare la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 078-2015-MTC/20.7.6.12-Huancavelica, así como que se declare la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 1488-2015-MTC/20 y se declare que no corresponde que el Consorcio Izcuchaca devuelva a la demandada la suma de S/.6'024,214.70 o S/.6'024,214.70:

1. En primer lugar, solicita se declare infundada dicha pretensión y, al contrario, se declare que sí corresponde que el Consorcio Izcuchaca devuelva la suma de S/..6'024,214.70 o S/.6'024,214.70, debido a que los argumentos señalados en el Memorándum N° 004-2015-MTC/20.1-EECN068-2010-NAGU3.60, Memorándum N° 003-2015-MTC/20.1-EECN068-2010-NAGU3.60, el Anexo al Memorándum N° 004-2015-MTC/20.1-EECN068-2010-NAGU3.60 y en detalle en el Informe N° 008-2015-2-0661, se establecen las razones que justifican la devolución del pago indebido al Consorcio Izcuchaca y que la Unidad Zonal Huancavelica con los Oficios N° 078-2015-MTC/20.7.6.12-Huancavelica y N° 1488-2015-MTC/20 concuerdan que eso es así.
2. Justamente, en el Informe N° 008-2015-2-0661 emitido por el Órgano de Control Institucional, se señala que los informes y valorización del contratista conservador indican pérdida de plataforma y punto crítico y consiguiente ejecución de banquetas en el talud, que correspondían ser pagados por los recursos utilizados y no por volumen; no obstante, fueron valorizados e indebidamente pagados por metro cúbico, como emergencia vial por limpieza de derrumbes, configurando un pago en exceso de hasta S/. 6'024 214,70 Nuevos Soles.

Luego, las valorizaciones mensuales del Contrato de Servicios N° 068-2010-MTC/20, sus respectivos informes y documentos técnicos, explican que el contratista conservador Consorcio Izcuchaca ejecutó trabajos de emergencias valorizados como limpieza y eliminación de derrumbes, tipificada como Emergencia N° 115, desde el 15 de enero de 2013 hasta el 31 de mayo de 2013, conforme constan en las "FICHAS DIARIAS DE REPORTE DE EMERGENCIA VIAL N° 115", fichas N° 001-2013 al 131-2013, ocasionada por un deslizamiento del talud de longitud de 50 metros entre las progresivas Km 6+930 y Km 6+980 del tramo Izcuchaca - Huancavelica.

3. Asimismo, refieren los documentos que desde el 3 de febrero hasta mayo de 2013, el Contratista Conservador ejecutó banquetas para estabilizar el talud adyacente a la vía, trabajos que han sido valorizados por metro cúbico, como si se tratara de limpieza y eliminación de derrumbes; esto es, como si todo se tratara de emergencias por "Derrumbes mayores" a 200m³; cuando **según los términos de referencia debían pagarse los recursos utilizados en la ejecución de estos trabajos (obreros, maquinarias)**, considerando la ocurrencia de la pérdida

de plataforma de la vía y ante la presencia de fallas geológicas, geotécnicas, hidrológicos, entre otros, que se encuadran en la denominación de "punto crítico" establecido en los términos de referencia.

4. Así, en la valorización N° 34 de enero de 2013, se pagó el monto de S/. 736,184.87, correspondiente a un presunto volumen de 29,402.00 m³ de limpieza y eliminación de derrumbes y en las valorizaciones de abril, mayo y julio de 2013, un importe total de S/. 7'834,022.70 por supuestos 261,134.09 m³, también de limpieza y eliminación de derrumbes, sumando un total de S/. 8'570,207.57; no obstante, que en estos meses se informó en el mismo sector del tramo de la vía, la pérdida de plataforma. Asimismo, se argumentó que los trabajos estuvieron relacionados a un punto crítico; pagos que resultan de multiplicar el volumen removido en metros cúbicos por el precio ofertado por el contratista conservador para la eliminación de derrumbes de S/. 30.00.
5. Ante ello, señalan que la precitada forma de pago no se ajusta a los Términos de Referencia, los cuales establecen que la cuantificación de las emergencias por pérdida de plataforma por acción de la naturaleza y la eliminación de Puntos Críticos, debe ser el resultado de la valorización de todos los recursos utilizados.

En ese sentido, la comisión auditora ha procedido a cuantificar dichos recursos en función a las cantidades informadas por el mismo contratista y en base a los precios ofertados, resultando que los trabajos de las banquetas realmente costarían el monto de S/. 1'809,808.00, estimación que resulta de valorizar los recursos de maquinaria y mano de obra que el contratista conservador reportó en sus informes mensuales y que es inferior a lo valorizado y pagado al contratista por concepto de banquetas, en la suma de S/. 7'834,022.70.

6. Por otra parte, es importante recalcar que con fecha 22 de marzo de 2010, Provías Nacional suscribió con el Consorcio Izcuchaca el Contrato de Servicios N° 068-2010-MTC/20 "Gestión y Conservación Vial por Niveles de Servicio de la Carretera Emp. PE-3S (Izcuchaca) - Huancavelica - Plazapata - Castrovirreyna - Ticrapo - Pámpano y Santa Inés - Pilpichaca - Rumichaca", por el monto de S/. 133'896,680.00, incluido el IGV, por un plazo de cinco (5) años, siendo una de las actividades obligatorias del contratista conservador la atención de emergencias durante los cinco (5) años que dure el contrato, estando presupuestado para dicho rubro, el monto que asciende a S/. 7'185.000.00, incluido el IGV.

Sobre la ejecución de trabajos de emergencia:

7. El Informe N° 006-2013-MTC/20.10.12/SUP-HVCA/CPAV de fecha 15 de febrero de 2013, emitido por el Ing. Carlos Ayasca Villalba, Supervisor del Contrato de Servicio en cuestión, dirigido al Ing. Hugo Gallardo, Jefe Zonal XII – Huancavelica de Provías Nacional, con ocasión de otorgar la conformidad de la valorización N° 34 de enero de 2013, que incluye el cuadro “Resumen de Montos Utilizados por Emergencias, en la cual se señala la valorización de la emergencia N° 115 por el monto de S/. 736,184.87 para el metrado de 29,402.00 m³. Lo cual correspondería a trabajos “Eliminación de Derrumbe”, ocurridos en 50 m de longitud, entre las progresivas Km 6+930 y Km 6+980 del tramo I: Izcuchaca – Huancavelica, como se desprende de las Fichas Diarias de Reporte de Emergencia Vial N° 115 N° 001 al 017-2013.
8. La emergencia acontecida y señalada en el párrafo precedente, posteriormente se formaliza a través del Informe N° 022-2013-MTC.20.10.12/SUP-HVCA/CPAV de fecha 3 de mayo de 2013, también suscrito por el Ing. Carlos Pelayo Ayasca Villalba, supervisor Zonal XII Huancavelica, a través del cual informó al Ing. Hugo Trece Gallardo, jefe de Supervisión Zonal XII Huancavelica, la conformidad de la Valorización N° 37 del mes de abril de 2013, asimismo, en dicho informe, acápite 11. Emergencia. Tramo: Izcuchaca-Huancavelica.
9. Sobre el particular, se advierte que la emergencia ocurrida el 15 de enero de 2013 y reportado extemporáneamente en el informe de la supervisión, luego de aproximadamente cuatro (4) meses, contraviene lo establecido en los Términos de Referencia, su Anexo "PROCEDIMIENTO PARA LA ATENCIÓN DE EMERGENCIAS VIALES, Contratos de Conservación Vial por Niveles de Servicio", acápite 111.
10. Del mismo modo señalan que se incumple lo determinado en el acápite 111, numeral 3.5 de dicho procedimiento que precisa: *"Mitigada la emergencia Vial, se procederá a liquidar los trabajos realizados totalizando los recursos utilizados o los m³ de obstáculos removidos, según sea el caso"*; toda vez que, de la revisión a la documentación respectiva, se verifica la no existencia de la liquidación y, además, Provías Nacional no dispuso las acciones de CONTROL Y SEGUIMIENTO establecidas en el acápite V del procedimiento en cuestión.

11. Señalan que la intervención por el contratista ante la emergencia presentada se ajusta o adecúa a lo establecido en los Terminas de Referencia, numeral 3.2.3 "Atención de Emergencias" literal b), ítem "- Perdida de la plataforma por acción de la naturaleza. Por tanto, según los citados Términos de Referencia, se debe proceder a restituir el transito seguro en la vía y el pago sería el resultado de la valorización de todos los recursos utilizados por el contratista para la atención de esta especifica emergencia.

En los hechos, con relación a la emergencia presentada, de la revisión a la documentación efectuada señalan que la última emergencia en cuestión también incumple lo establecido en el acápite 111. Procedimiento ante la ocurrencia de una Emergencia Vial" numeral 3.1, del Anexo "Procedimiento Para La Atención De Emergencias Viales, Contratos de Conservación Vial por Niveles de Servicio" de los Términos de Referencia, que establece: "El primero que tome conocimiento de la emergencia vial (CONTRATISTA- CONSERVADOR o Supervisor) comunicará la emergencia a la Sede Central de Provias Nacional, a la siguiente dirección electrónica: emergencia.vial@proviasnac.gob.pe. Indicando la ocurrencia del evento, se acompañará la ficha de reporte de emergencia vial".

12. En cuanto a lo establecido en el procedimiento antes señalado, acápite 111, numeral 3.5 relativo a la liquidación, para el presente caso ha sido informada extemporáneamente en el trámite de la valorización N° 40, correspondiente al mes de julio 2013, bajo el título "Informe Técnico Mensual N° 40, Volumen 11 - Liquidación Emergencia Vial N° 115 (Febrero- Marzo- Abril- Mayo)" y que fue tramitada en el mes de agosto 2013; sin embargo de la revisión a la documentación efectuada, también se advierte que no se dispone de información de las acciones de CONTROL Y SEGUIMIENTO implantado en el acápite V del procedimiento en cuestión.

En consecuencia, las emergencias presentadas en el mes de enero 2013 en los 50 m. de longitud, entre las progresivas Km 6+930 y Km 6+980 del tramo 1: Izcuchaca- Huancavelica, fueron atendidas hasta restituir el transito seguro en la vía como establece los Términos de Referencia numeral 3.2.3 "Atención de Emergencias".

Sobre la ejecución de los trabajos de banquetas:

13. Día 29.Enero - Al 6 De Febrero: Luego de terminar con el camino de acceso de las excavadoras el día 30 de enero se iniciaron los trabajos de conformación de taludes superiores con la construcción de banquetas. Con fecha 02 de febrero se constituyó defensa civil nacional lima verificando los trabajos los cuales los encontró conforme. Que con fecha 05 de febrero se llegó a la corona del derrumbe con la construcción de 03 banquetas teniendo en cuenta el tiempo estimado de dar pase a vehículos en forma segura mientras se terminan los trabajos se prevé que será el 15 de febrero.

Por otro lado, en el informe N° 022-2013-MTC.20.10.12/SUP-HVCA/CPAV, formulado por la supervisión luego de cerca de cuatro (4) meses de ocurrido el evento formalmente reporta los eventos para el caso de banquetas informando lo siguiente:

Para /os trabajos de estabilidad de talud, teniendo en cuenta las grietas y fisuras transversales en el talud superior, lo que representaba ser un riesgo potencial el CONTRATISTA-CONSERVADOR elaboró el diseño de banquetas escalonadas, el cual es monitoreado permanentemente por el Gerente Vial, Residente y Especialista de Suelos y Pavimento, siguiendo el cual los trabajos de emergencia vial. (...).

De acuerdo al levantamiento topográfico realizado antes de la intervención de los trabajos de banquetas escalonadas, se tiene un volumen de 291 605.00 m3.

Sobre el inicio de los trabajos de banqueta:

14. Con fecha 03 de febrero del 2013, se dio inicio efectivo a los trabajos de banquetas escalonadas que permitan estabilizar el talud (...).

Asimismo, el 23 de febrero del 2013, se dio el pase con transito restringido, para ello se incrementó con 01 excavadora sobre orugas, el pase restringido es previo a los trabajos de las banquetas escalonadas.

Los trabajos de las banquetas escalonadas se dieron inicio el 03 de febrero del 2013 hasta el 21 de febrero del 2013.

Se trabajó con excavadoras, por el poco espacio para la maniobra de las maquinas, a partir del 22 de febrero del 2013 se trabajó con 03 excavadoras en las banquetas y 02 cargadores frontales en la parte de la plataforma realizando la limpieza de material para el pase restringido.

15. La información precedente versus la información remitida vía correo por el Ing. Hugo Trece Gallardo, no guardan relación entre sí, puesto que por un lado en la información emitida por correo se señala que el 29 de enero iniciaron los trabajos correspondientes a la construcción de una batería de banquetas, sin embargo en el informe de mayo 2013 se informa que el 3 de febrero se inició los trabajos de banquetas, igualmente, en el informe Via correo se estima dar pase a vehículos en forma segura el 15 de febrero del 2013.
16. Sin embargo los trabajos de limpieza y eliminación de derrumbes tipificada como Emergencia N° 115 y no como construcción de banquetas se efectuaron hasta el 31 de mayo de 2013 conforme constan en las "FICHAS DIARIAS DE REPORTE DE EMERGENCIA VIAL N° 115", fichas N° 018-2013 al 131-2013, de la liquidación tramitada en la valorización N° 40 correspondiente al mes de julio de 2013 "Informe Técnico Mensual N° 40, Volumen 11 - Liquidación Emergencia Vial N° 115 (Febrero - Marzo- Abril- Mayo)" que fue tramitada en el mes de agosto 2013.
17. En cuanto a la ejecución de banquetas constituye una de las diversas soluciones técnicas a adoptar con el objeto de estabilizar el talud, más aun tratándose de la intervención de un volumen de 291 605,00 m³ que no se encuentra sustentado en planillas de metrados y planos, y que en términos de costos representa un presupuesto importante, por tanto se requería de un estudio de ingeniería en detalle que demuestre la efectividad de la solución, y las aprobaciones o autorizaciones respectivas por parte de Provías Nacional habida cuenta que el costo de dichas banquetas estimado por el contratista conservador supera lo presupuestado en el contrato, sin embargo, de lo señalado en el informe del supervisor es que el contratista conservador elaboró el diseño de las banquetas e inició los trabajos inmediatamente el 3 de febrero de 2013, obviando la aplicación de los procedimientos regulares estipulados en los compromisos contractuales contraídos en el contrato.
18. Asimismo, como gestión para la ejecución de las banquetas se puede advertir que el contratista conservador luego de aproximadamente un mes de iniciado

los trabajos de banquetas, mediante Carta N° 027-2013/CI-MAVR-GV de fecha 1 de marzo de 2013 presenta a Provías Nacional-Zonal XII - Huancavelica el "Informe de Evaluación Geotécnica" manifestando: "...adjunto al presente, el documento de Evaluación Geotécnica, realizada por el Especialista de Suelos y Pavimentos Ing. Albert Calcina Quispe, del mismo que se ha tomado en consideración las recomendaciones, de estabilizar el Talud inestable, realizándose actividades de limpieza y Eliminación de Derrumbes en la conformación escalonada de Talud. (...) Pongo a vuestra consideración..., para su análisis, verificación y conformidad".

El citado informe de Evaluación Geotécnica evidencia que los trabajos de banqueta adoptada como solución, se iniciaron con un mes de anticipación sin ningún estudio de ingeniería y por ende sin la conformidad de la entidad.

19. En relación al documento "Evaluación Geotécnica del tramo km 6+980 tramo Izcuchaca - Huancavelica", que consta de 13 páginas y se adjuntó a la carta señalada precedentemente, de acuerdo a su índice contiene los ítems siguientes: 1.0. Introducción, 2.0. Antecedentes, 3.0. Evaluación Geotécnica, 4.0. Conclusiones y Recomendaciones.

Igualmente en el tercer párrafo de los Antecedentes precisa lo siguiente: "Debido al periodo de lluvias intensas que se viene dando a lo largo del tramo en conservación es que se viene presentando Derrumbes Mayores Recurrentes en el tramo: Izcuchaca - Huancavelica en el km 6+980 de la Ruta N° PE - 26 identificándose el sector como un punto crítico vulnerable a derrumbes"; de lo determinado en ambos ítems se concluye que las emergencias ocurridas estuvieron identificados como punto crítico.

20. Por tanto, estaba enmarcado perfectamente en la definición de Punto Crítico establecido en los Términos de Referencia y por lo tanto era necesaria su aplicación, dado que dicha definición precisa lo siguiente: "Sectores de la carretera que por razones de fallas constructivas, geológicas, geotécnicas, problemas hidrológicos o que por la geografía de la zona, no se pueda cumplir con lo requerido por la Entidad. Estos sectores serán evaluados conjuntamente con el contratista de manera independiente y se definirá el nivel de servicio que será exigido en dicho sector, pudiéndose generar adicionales si así lo considera la Entidad, también (...); es decir, habiéndose determinado como un punto crítico se podía generar el adicional respectivo, que entre otras soluciones de ingeniería

estudiadas, evaluadas y aprobadas podía ser la ejecución de los trabajos de banquetas.

Conclusiones y Recomendaciones

21. Señalan que de la evaluación geotécnica se concluye que el talud es inestable debido a: Reptación de suelos y roca en el talud superior.
22. Recomiendan considerar en la atención de Emergencia Vial del Km 6+980 la eliminación del derrumbe sea progresivo y escalonado hasta estabilizar el talud superior.

En resumen, se puede concluir, que la Evaluación Geotécnica realizada por si solo demuestra que no es consistente para la adopción de una solución técnica de ingeniería que viabilice realizar el o los diseños para la estabilización del talud mediante banquetas dado que los conceptos descritos, son generales a tal punto que no guardan relación con las características físico mecánicas del material de talud, su posición o ubicación topográfica entre otros; más aún frente a un problema que representa una inversión importante, y que tampoco descarta la ejecución de banquetas sobre la base de estudios de ingeniería y diseños aprobados por Provías Nacional.

23. En cuanto a los pagos es de señalar que en las valorizaciones de febrero y marzo de 2013, no se valorizaron los trabajos de banquetas que se iniciaron el 3 de febrero de 2013 conforme fueron informados luego de 90 días de iniciado, por el Ing. Carlos Pelayo Ayasca Villalba, Supervisor Zonal XII-Huancavelica mediante su informe N° 022-2013-MTC.20.10.12/SUP- HVCA/CPAV, con ocasión de dar su conformidad a la valorización N° 37 correspondiente al mes de abril de 2013.
24. Entre tanto se registraron para los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2013, los metrados de 144,465,00, 75,150,00, 23,295,00 y 17,460,00 m³ respectivamente, evidenciándose que dichos metrados no están informados ni considerados como trabajos de banquetas en las "FICHAS DIARIAS DE REPORTE DE EMERGENCIA VIAL N° 115" que sustentan los metrados ejecutados diariamente, sino como "Limpieza y Eliminación de derrumbe", los cuales recién fueron pagados a partir de la Valorización N° 37 de abril 2013, y posteriormente en las valorizaciones N° 38. de mayo de 2013 y N° 40 de julio de 2013, hasta

totalizar un pago de S/. 7 834 022,70, sin incluir el IGV, para el metrado de 261 134,09 m³, tal como se expone en el siguiente cuadro:

Cuadro: Metrados de material de corte pagados a Consorcio Izcuchaca

Metrado mensual pagado					
Mes	Valorización	Comprobante de Pago	Volumen	Precio Unitario	Monto(\$/.)
Abril de 2013	37	2013-03954 de 31.May. 2013	53,759.00	30.00	1 612 770.00
Mayode2013	38	2013-04645 de 25.Jun 2013	177,876.00	30.00	5 336 280.00
Julio de 2013	40	2013-06627 de 28.Ago.2013	29,499.09	30.00	884 972.70
			261,134.09		7 834 022.70

Afirman que se encuentra evidenciado que la emergencia de características extraordinarias ocurrida el 15 de enero 2013 en el Km 6+930 y Km 6+980 de 50 metros de longitud del tramo: Izcuchaca - Huancavelica, fue tramitado y pagado en la Valorización del mes de enero 2013, el monto de S/. 736 184,87 para el metrado de 29, 402.00 m³ de eliminación de derrumbe, incumpliendo el procedimiento establecido en el Anexo "PROCEDIMIENTO PARA LA ATENCIÓN DE EMERGENCIAS VIALES, Contratos de Conservación Vial por Niveles de Servicio, acápite 111. Procedimiento ante la ocurrencia de una Emergencia Vial" numerales 3.1 y 3.5 y acápite V CONTROL Y SEGUIMIENTO de los Términos de Referencia.

Señalan además que fueron informados extemporáneamente el 3 de mayo del 2013 mediante el Informe N° 022-2013-MTC.20.10.12/SUP-HVCNCPAV suscrito por el Ing. Carlos Pelayo Ayasca Villalba, supervisor de la Zonal XII - Huancavelica, a través del cual informó al Ing. Hugo Trece Gallardo, Jefe de supervisión de la Zonal XII - Huancavelica, la conformidad de la Valorización N° 37 del mes de abril de 2013; incumplimiento del procedimiento el mismo que se hace extensivo a la emergencia informada el 29 y 31 de enero del 2013 en lo concerniente al numeral 3.1 y acápite V. CONTROL Y SEGUIMIENTO, así como lo extemporáneo de la información de la emergencia ocurrida de aproximadamente 4 meses.

25. Afirman que otro hecho evidente de transgresión de las estipulaciones contractuales es que el contratista conservador habiendo determinado como punto crítico en su documento "Evaluación Geotécnica del tramo km 6+980 tramo Izcuchaca - Huancavelica" los derrumbes ocurridos en el km 6+930 al km 6+980 (50 m de longitud), no efectuó la evaluación oportuna y conjunta entre el

contratista y el supervisor del contrato para definir el nivel de servicio exigido en dicho sector a efectos de generar adicionales bajo la formulación de un expediente técnico y, por ende, su aprobación como adicional de acuerdo a lo establecido en la definición de "Punto crítico" de los Términos de Referencia, que además era compatible luego de ejecutar los trabajos de emergencias del mes de enero de 2013 valorizadas y pagadas por el monto de S/. 736 184,87, para el metrado de 29 402,00 m³ de limpieza de derrumbe que excedía significativamente los 200 m³ por evento establecido para la atención de emergencias.

26. Asimismo, señalan que el monto total de S/. 7 834 022,70, incluido el IGV, para el metrado de 261, 134.09 m³ pagados en las valorizaciones Nos. 37, 38 y 40 de abril, mayo y Julio 2013, mediante comprobantes de pago nos. 2013-03954, 2013-04645 y 2013-06627 de 31 de mayo de 2013, 25 de junio de 2013 y 28 de agosto de 2013, respectivamente, por los trabajos ejecutados como "Limpieza y eliminación de derrumbes" y no como banquetas en los meses de febrero a mayo, ha dado como resultado insumir el presupuesto contratado, acortando el plazo de la prestación de los servicios. Este aspecto posteriormente dio lugar a la aprobación de la Prestación Adicional N° 01 al Contrato de Servicios N° 068-2010-MTC/20 por el monto de S/. 11 628 065,76, aprobado mediante Resolución Directoral N° 831-2014-MTC/20 de 25 de agosto de 2014.
27. Finalmente, sobre los trabajos de limpieza de derrumbes ejecutados como banquetas, por los cuales se ha pagado la suma de S/. 7'834,022.70, incluido el IGV, afirman que dicho pago resulta indebido, debido a que el metrado de 261,134.09 m³ se multiplicó por el precio unitario de S/. 30,00 ofertado por el contratista conservador, contraviniendo los Términos de Referencia, numeral 3.2.3 "Atención de Emergencias" que para el caso de pérdida de plataforma considerado en el literal b) se establece que "... el pago será el resultado de la valorización de todos los recursos utilizados por el contratista para la atención de la emergencia, transformándolo a m³ según los precios ofertados en su propuesta, y con dicha consideración, la comisión auditora ha procedido a estimar el costo de dichos trabajos los mismos que ascienden a S/.1'809,8'08.00 incluido IGV, resultado de cuantificar las cantidades de los recursos de mano de obra y maquinaria, consignados en las Fichas Diarias de reporte de Emergencia Vial N° 115 de los meses de febrero a mayo del 2013.
- 
- 

V. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Con fecha 14 de octubre de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, en la que se reunieron los abogados Nilo Vizcarra Ruiz, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, Katherine Álvarez Forno, en su calidad de árbitro, y Braulio Iván Rosillo Larios, en su calidad de árbitro, así como Lupe Bancayán Calderón, en calidad de Secretaria Arbitral del Centro de Arbitraje PUCP (en adelante, EL CENTRO); con la asistencia de:

(i) **Consortio Izcuchaca** (“el Consorcio”), representado por Aldo Juan Ochoa Flores, identificado con D.N.I. N° 08240464.

(ii) **Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional** (“PROVÍAS NACIONAL”), representado por el doctor Carlos Miguel Gonzáles Laca, identificado con D.N.I. N° 44969183, y con Reg. C.A.L. N° 55936.

Seguidamente, el Tribunal Arbitral, de acuerdo al numeral 25) de las Reglas del Proceso establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 29 de febrero de 2016, procedió a dar inicio al desarrollo de la audiencia en los siguientes términos:

5.1 Conciliación

Conforme a lo establecido en el artículo 48° del Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el Reglamento), el Presidente del Tribunal Arbitral inició el diálogo invocando a las partes para que llegaran a un acuerdo conciliatorio, ante lo cual los representantes de cada una de las partes hicieron uso de la palabra señalando que, por el momento, no era posible llegar a un acuerdo conciliatorio. No obstante, se dejó abierta la posibilidad de que ellas logren dicho acuerdo en cualquier etapa del proceso, continuándose con la realización de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos.

5.2 Fijación de puntos controvertidos

El Tribunal Arbitral, con la participación de las partes, estableció los puntos controvertidos, de conformidad con el artículo 48° del Reglamento aplicable al presente proceso, sobre la base de las pretensiones:

- **Primer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 078-2015-MTC/20.7.6.12-HUANCAVELICA y/o del Oficio N° 1488-2015-MTC/20, así como determinar si corresponde o no que se declare que no corresponde que El CONSORCIO, devuelva a PROVÍAS NACIONAL la suma de S/. 6'024,214.70 o S/ 6'024,214.70
- **Segundo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene la devolución de las cartas fianzas de fiel cumplimiento de contrato
- **Tercer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene que PROVÍAS NACIONAL reembolse los gastos de renovación de fianzas que ha incurrido el CONSORCIO, desde la fecha en que debieron ser devueltas las cartas fianzas de fiel cumplimiento de contrato, hasta la fecha de entrega de la misma.
- **Cuarto Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral disponga que PROVÍAS NACIONAL pague por concepto de indemnización por daños y perjuicios a la imagen empresarial del Consorcio, la suma de S/. 300,000.00 o S/ 300,000.00
- **Quinto Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene el pago de una indemnización por daños y perjuicios al Consorcio por el monto de S/. 500,000.00 o S/ 500,000.00
- **Sexto Punto Controvertido:** Determinar a quien corresponde asumir las costas o costos del arbitraje y su eventual imputación entre las partes.

5.3 Admisión de Medios Probatorios

Se admitieron como medios probatorios en el presente proceso, los siguientes:

A) De la demanda y su subsanación

Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de demanda de fecha 21 de marzo de 2016 y su subsanación de fecha 20 de abril de 2016 consignados en el acápite Medios Probatorios y adjuntados como anexos.

Así también se admitieron las exhibiciones ofrecidas en los numerales 9, 10 y 11 del acápite Precisión de Medios Probatorios que se incluye en el escrito de fecha 20 de abril de 2016 presentado por el Consorcio. En ese sentido se otorga un plazo de quince (15) días a Provias Nacional a fin de que cumpla con exhibir los documentos solicitados.

B) De la contestación de demanda:

Los documentos consignados en su escrito de contestación a la demanda, acápite III. Medios Probatorios, identificados y adjuntados como anexos.

La declaración testimonial de los funcionarios del Órgano de Control Institucional que suscriben el Informe N° 008-2015-2-0661, o de los que dicho órgano designe (ofrecida en el numeral 2 de los Medios Probatorios), quienes serían convocados en su oportunidad, siendo de cargo de PROVIAS NACIONAL su presencia el día y hora que sean citados.

C) Pruebas de Oficio

El Tribunal Arbitral se reservó el derecho de solicitar medios probatorios de oficio en cualquier momento, de considerarlo necesario para el esclarecimiento de los hechos que sustentan la controversia que deberá ser materia de su decisión, de conformidad con las facultades conferidas por el artículo 49° del Reglamento y por el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje.

VI. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN Y DECLARACIÓN TESTIMONIAL

Con fecha 30 de noviembre de 2016, se reunieron los abogados Nilo Vizcarra Ruiz, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, Katherine Álvarez Forno, en su calidad de árbitro, y Braulio Iván Rosillo Larios, en su calidad de árbitro, así como Andrea

Pozo Horna, en calidad de Secretaria Arbitral del Centro de Arbitraje PUCP (en adelante, “El Centro”); con la asistencia de:

- (i) **Consorcio Izcuchaca** (“El Consorcio”), representado por el señor Aldo Juan Ochoa Flores, identificado con D.N.I. N° 08240464.
- (ii) **Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional** (“PROVÍAS NACIONAL”), representado por el doctor Carlos Miguel Gonzáles Laca, identificado con D.N.I. N° 44969183, y con Reg. C.A.L. N° 55936.

El Presidente del Tribunal Arbitral informó que la Audiencia tiene como finalidad que las partes ilustren sobre los hechos de la presente controversia, así como se actúe la declaración testimonial de los funcionarios del Órgano de Control Institucional que suscribieron el Informe N° 008-2015-2-0661.

El Presidente del Tribunal Arbitral dio el uso de la palabra a los representantes de ambas partes, quienes realizaron una exposición de los hechos materia del presente proceso cada desde su óptica parcial.

Posteriormente, se otorgó a las partes la posibilidad de hacer uso de la réplica y dúplica, efectuando las partes las apreciaciones y aclaraciones que consideraron pertinentes.

Asimismo, los miembros del Tribunal Arbitral realizaron las preguntas que estimaron necesarias a las partes, quienes las absolvieron manifestando lo conveniente a su derecho.

Seguidamente, se procedió a escuchar las declaraciones testimoniales de los funcionarios del Órgano de Control Institucional que participaron de la elaboración del Informe N° 008-2015-2-0661.I, señores Manuel Nahon Vidal Velásquez, identificado con O.N.I. N° 10160061, y Giovani Emilio Macciotta Lucero, identificado con O.N.I. N° 07852922, luego de lo cual se otorgó el uso de la palabra a los representantes de ambas partes a fin de que procedieran a interrogar a los declarantes, del mismo que los integrantes del Tribunal Arbitral.

VII. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Con fecha 18 de abril de 2017, se reunieron los abogados Nilo Vizcarra Ruiz, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, Katherine Álvarez Forno, en su calidad de árbitro, y Braulio Iván Rosillo Larios, en su calidad de árbitro, así como Rubén Cotaquispe Cabra, en calidad de Secretario Arbitral del Centro de Arbitraje PUCP (en adelante, "El Centro"); con la asistencia de:

- (iii) **Consorcio Izcuchaca** ("El Consorcio"), representado por el señor Aldo Juan Ochoa Flores, identificado con D.N.I. N° 08240464.
- (iv) **Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional** ("PROVÍAS NACIONAL"), representado por las abogadas Karen María Anzualdo Ríos, identificada con D.N.I. N° 25793346 y con Reg. C.A.L. N° 31909, y Geraldine Rosario Pérez Cárdenas, identificada con D.N.I. N° 42550005 y Reg. C.A.L. N° 58122.

El Presidente del Tribunal Arbitral informó que la Audiencia tiene como finalidad que las partes expongan oralmente sus alegatos escritos. En ese sentido, se dio el uso de la palabra a los representantes de "el Consorcio". Luego, se otorgó el uso de la palabra a los representantes de "PROVÍAS NACIONAL".

Posteriormente, se otorgó a las partes la posibilidad de hacer uso de la réplica y dúplica, efectuando las partes las apreciaciones y aclaraciones que consideraron pertinentes.

Asimismo, los miembros del Tribunal Arbitral realizaron las preguntas que estimaron necesarias a las partes, quienes las absolvieron manifestando lo conveniente a su derecho.

VIII. PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 16, emitida el 10 de julio de 2017, el Tribunal Arbitral resolvió, entre otros, fijar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, el mismo que fue prorrogado en treinta (30) días hábiles adicionales mediante Resolución N° 17, emitida el 23 de agosto de 2017, razón por la que, venciendo el plazo para laudar el 19 de octubre de 2017, el presente laudo se viene emitiendo dentro del plazo establecido.

CONSIDERANDO:

IX. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Antes de iniciar el análisis de la materia controvertida, corresponde confirmar, como en efecto se hace, lo siguiente:
 - Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes.
 - Que, en momento alguno se recusó a alguno de los miembros del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
 - Que el CONTRATISTA presentó su demanda dentro del plazo establecido en la normativa aplicable, habiendo ejercido plenamente su derecho a accionar por una tutela jurisdiccional efectiva.
 - Que la ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda, contestó ésta y ejerció plenamente su derecho de defensa.
 - Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como para presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
 - Que el proceso arbitral, en todo momento, se ha llevado a cabo respetado el derecho de ambas partes al debido proceso como garantía jurisdiccional, no habiéndose formulado impugnación alguna en ese sentido.
 - Que el Tribunal Arbitral ha procedido a dictar el presente Laudo dentro del plazo acordado con las partes.
2. De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación previos a la emisión del presente laudo se ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración conjunta de los mismos, así como utilizando una apreciación razonada, buscando en todos los casos esclarecer los puntos controvertidos, de manera que, aunque en el análisis contenido en los siguientes considerandos no se haga mención a algún argumento o medio probatorio admitido y actuado, esto no debe interpretarse como una ausencia de

valoración de dicho argumento o medio probatorio por el Tribunal Arbitral, sino tan solo como una priorización de las referencias a aquéllos que a juicio del Tribunal Arbitral han sido considerados como más relevantes.

X. MARCO LEGAL APLICABLE

1. El Tribunal Arbitral considera necesario delimitar las normas aplicables al presente arbitraje, considerando los hechos acaecidos y las referencias hechas por las partes, en relación a este tema.
2. Desde el punto de vista sustantivo, teniendo en consideración la fecha de convocatoria del proceso de selección (6 de noviembre de 2009) respecto de la cual se deriva el CONTRATO celebrado entre las partes, la normativa aplicable al presente arbitraje es la siguiente: la Constitución Política del Perú, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, la LCE), y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el RLCE), las normas de derecho público y las de derecho privado, en ese orden de preferencia.
3. Asimismo, desde el punto de vista procesal, y considerando la cláusula arbitral pactada por las partes y fecha de presentación de la demanda, se aplican al arbitraje las reglas establecidas en el Reglamento de Arbitraje (en adelante, REGLAMENTO), del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, CENTRO) la LCE, el RLCE y, de manera supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje (en adelante, "Ley de Arbitraje" o "LA", indistintamente), siempre que no se oponga a lo establecido en el REGLAMENTO.

XI. HECHOS RELEVANTES

Antes de entrar al análisis de la materia controvertida, el Tribunal Arbitral considera necesario hacer un recuento de los hechos más relevantes de la relación sustantiva entre las partes:

1. El 22 de marzo de 2010 se celebra el CONTRATO entre las partes cuyo objeto era, de acuerdo a su Cláusula Primera, la prestación del "Servicio de Conservación por niveles de servicio de la Carretera EMP. PE-3S (IZCUCHACA) -

HUANCAVELICA PLAZAPATA – CASTROVIRREYNA – TICRAPO – PAMPANO Y SANTA INÉS – PILPICHACA - RUMICHACA”.

2. El CONTRATO, además, tenía por finalidad, de acuerdo a su Cláusula Segunda:
“... asegurar la transitabilidad permanente de la carretera de acuerdo a estándares base que permitan el tráfico continuo y seguro de vehículos de pasajeros y carga; para lo cual se ha establecido un conjunto de actividades operativas y de gestión que deben permitir garantizar un adecuado nivel de servicio, orientado a implementar un sistema de gestión de carreteras más eficiente”.
3. El 4 de agosto de 2015, la ENTIDAD le remite al CONSORCIO el Oficio No. 078-2015-MTC/20.7.6.12-HUANCAVELICA (en adelante, el OFICIO 078) con el que le comunica de la realización de una Examen Especial al CONTRATO por parte del Órgano de Control Interno, la existencia del Hallazgo No. 1, referido a los trabajos objeto de la presente controversia, y le requiere la devolución de la suma de S/ 6,024,214.70, incluido IGV.

En el OFICIO 078 se señala que los trabajos de limpieza y eliminación de derrumbes ejecutados como “emergencia vial”, primero, y como “trabajos de banquetas”, después, “no cumplieron con los procedimientos para la atención de emergencias, con los estudios de ingeniería para la solución técnica y tampoco se contó con la autorización respectiva de la Entidad para su ejecución, habiéndose pagado indebidamente (...) la suma de S/ 6’024,214,70 como trabajos de banqueta”.

4. El 11 de agosto de 2015, la ENTIDAD le remite al CONSORCIO el Oficio No. 1488-2015-MTC/20 (en adelante, el OFICIO 1488) con el que, reiterando lo señalado en el OFICIO 078, le comunica de la realización de una Examen Especial al CONTRATO por parte del Órgano de Control Interno, la existencia del Hallazgo No. 1, referido a los trabajos objeto de la presente controversia, y le requiere la devolución de la suma de S/ 6,024,214.70, incluido IGV, el mismo que, según su posición, se habría pagado indebidamente.
5. El 14 de agosto de 2015, el CONSORCIO remite su Carta N° 009-2015/CI-GG a la ENTIDAD contestando su OFICIO 078, señalando que “la supervisión ha aplicado correctamente el literal a) del numeral 3.2.3 (...) y que corresponde la

valorización tramitada”, así como que “respecto de este caso se ha iniciado el arbitraje” y que “no corresponde devolver monto alguno a su institución porque el pago fue conforme al contrato”.

6. El 27 de octubre de 2015, el Órgano de Control Institucional (en adelante, OCI) emite su “Informe No. 008-2015-2-0661 – Examen Especial a PROVÍAS NACIONAL - CONTRATO DE SERVICIOS N° 068-2010-MTC/20: SERVICIO DE GESTIÓN Y CONSERVACIÓN POR NIVELES DE SERVICIO DE LA CARRETERA EMP. PE-3S (IZCUCHACA) – HUANCVELICA PLAZAPATA – CASTROVIRREYNA – TICRAPO – PÁMPANO Y SANTA INÉS – PILPICHACA - RUMICHACA” (en adelante, el INFORME 008).

XII. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o la ineficacia del Oficio N° 078-2015-MTC/20.7.6.12-HUANCVELICA y/o del Oficio N° 1488-2015-MTC/20, así como determinar si corresponde o no que se declare que no corresponde que el CONSORCIO devuelva a PROVÍAS la suma de S/. 6’024,214.70 o S/ 6’024,214.70.

El sustento de la posición de la ENTIDAD

1. Como puede apreciarse de los Antecedentes, la presente controversia se inicia a partir del Examen Especial que efectúa el Órgano de Control Institucional (en adelante, OCI) al CONTRATO y que concluye con la emisión del INFORME 008, el mismo que sustenta la posición de la ENTIDAD en el presente proceso arbitral.
2. El INFORME 008 estableció entre sus Conclusiones que:

“III. CONCLUSIONES

(...)

1. (...)

Según las valorizaciones revisadas, se tiene que se ejecutó emergencias desde el 15 de enero de 2013 hasta el 31 de mayo de 2013, **pagándose por metro cúbico trabajos de banquetas cuando lo que corresponde es el**



pago de los recursos utilizados según los términos de referencia, toda vez que tales trabajos están relacionados con la pérdida de plataforma y punto crítico en la zona del talud adyacente a la vía.

En la valorización n.º 34 de enero de 2013 se pagó el monto de S/. 736,184,87, correspondiente a un presunto volumen de 29,402,00 m³ de limpieza de derrumbe y en las valorizaciones de abril, mayo y julio 2013, un importe total de S/. 7'834,022,70 por supuestos 261,134,09 m³ de limpieza y eliminación de derrumbes, sumando un total de S/. 8'570,207,57.

Cabe señalar que en los meses antes indicados, se informó la pérdida de plataforma, asimismo, se argumentó también que los trabajos estuvieron relacionados a un punto crítico; aspectos que establecen que la cuantificación y valorización de las emergencias por Pérdida de Plataforma por acción de la naturaleza y la Eliminación de Puntos Críticos, debe ser el resultado de la valorización de todos los recursos utilizados, en este sentido, la comisión auditora ha procedido a cuantificar dichos recursos en función a las cantidades informadas por el mismo contratista y en base a los precios ofertados resultando que los trabajos de banquetas costarían la suma de S/. 1'809,808,00.

La situación descrita precedentemente contraviene, lo dispuesto en los Términos de Referencia relacionados con el Contrato de Servicios n.º 068-2010-MTC/20, que establece que **en el caso de Pérdida de Plataforma por acción de la naturaleza y/o Eliminación de punto crítico**, el contratista procederá a atender inmediatamente la emergencia vial realizando todas las actividades necesarias hasta restituir el tránsito seguro en la vía, **el pago será el resultado de la valorización de todos los recursos utilizados por el contratista para la atención de la emergencia.**

En este sentido, la irregularidad revelada ocasionó el pago de la suma de S/. 7'834,022,70 al contratista conservador, cuando correspondía pagar S/. 1'809,808,00; resultando en consecuencia una diferencia pagada en exceso de S/. 6'024,214,70...".

(negritas agregadas)



La base legal más relevante

3. La Cláusula Sexta del CONTRATO establece que:

“CLÁUSULA SEXTA: PARTES INTEGRANTES DEL CONTRATO
(...)

6.2 Forman parte integrante del presente Contrato, las Bases Integradas, así como la Propuesta Técnica y Económica de EL CONTRATISTA y los Términos de Referencia del presente proceso de selección.

6.3 El orden de prelación de los documentos que conforman el Contrato, para efectos de su interpretación o integración, en caso de cualquier contradicción, diferencia u omisión, es el siguiente:

1. Los términos de referencia del proceso.
2. Las Bases Integradas.
3. La propuesta técnica y económica de EL CONTRATISTA - CONSERVADOR.
4. El presente documento.”

4. La Cláusula Décimo Novena del CONTRATO establece que:

“CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA: LOS NIVELES DE SERVICIO, LA SUPERVISIÓN DEL CONTRATO Y LOS SUBCONTRATOS.

(...)

19.2 (...)

Si se presentaran situaciones excepcionales que, en opinión del Supervisor, comprometan la seguridad, integridad o la vida de personas y de la infraestructura, así como la propiedad de terceros, el CONTRATISTA-CONSERVADOR, por excepción, acatará de inmediato y sin apelación, las disposiciones que el Supervisor dicte, tendientes a mitigar o superar esa contingencia.”

5. El GLOSARIO DE TÉRMINOS contenido en el numeral 2 “OBJETIVOS” del Capítulo III de la Sección Específica “CONDICIONES ESPECIALES DEL PROCESO

DE SELECCIÓN” de las Bases Integradas – “TÉRMINOS DE REFERENCIA” define, entre otros:

“Gestión de Conservación Vial: Comprende la realización de un conjunto de actividades integradas tales como la definición de políticas, la planificación, la organización, el financiamiento, la ejecución, el control y la operación, para lograr una conservación vial que asegure la economía, la fluidez, la seguridad y la comodidad de los usuarios viales.”

“Punto Crítico: Sectores de la carretera que por razones de fallas constructivas, geológicas, geotécnicas, problemas hidrológicos o que por la geografía de la zona, no se pueda cumplir con lo requerido por la Entidad. Estos sectores serán evaluados conjuntamente con el contratista de manera independiente y se definirá el nivel de servicio que será exigido en dicho sector, pudiéndose generar adicionales si así lo considera la Entidad, también se considerará punto crítico aquellos sectores de la carretera que se encuentren en un avanzado nivel de deterioro.”

(resaltado agregado)

6. A su turno, el numeral 3.2.3 correspondiente al “ALCANCE GENERAL DEL SERVICIO” en la “ETAPA OPERATIVA” del Capítulo III de la Sección Específica “CONDICIONES ESPECIALES DEL PROCESO DE SELECCIÓN” de las Bases Integradas – “TÉRMINOS DE REFERENCIA” establece que:

“3. ALCANCE GENERAL DEL SERVICIO

Los presentes Términos de Referencia contienen los procesos y procedimientos técnicos a los que se debe ceñir el Contratista durante la Fase Preoperativa y la Fase Operativa, definidos en este documento y complementado en el Contrato de Conservación Vial por Niveles de Servicios.

(...)

3.2 ETAPA OPERATIVA

(...)

3.2.3 Atención de Emergencias

Las **emergencias viales** son **eventos no programados e imprevistos que obstruyen el libre tránsito** de la Carretera; asimismo son consideradas emergencias aquellas **circunstancias que puedan generar un inminente peligro de interrupción del tránsito o de seguridad para los usuarios.**

Con la finalidad de poder tener un criterio uniforme para la cuantificación de los distintos tipos de emergencias que puedan suscitarse en las carreteras, a continuación se detallan referencialmente las situaciones en las cuales se puede intervenir bajo este rubro:

a) **En caso de derrumbes mayores a 200 m³ por evento, se pagará por cada m³ adicional eliminado** de acuerdo al precio ofertado en la propuesta del contratista.

b) **Para cualquier otro caso, tales como:**

- **Pérdida de la plataforma por acción de la naturaleza,**
- Atención de huaycos que por su naturaleza sean imposibles de cubicarlos,
- Obstrucción de la vía por efectos de accidentes,
- **Eliminación de puntos críticos que pongan en peligro la seguridad de los usuarios,**
- Erosión de la plataforma,
- Refuerzos de defensa ribereña para evitar la erosión de la plataforma,
- Limpieza de grandes volúmenes de nevadas o granizos que no se puedan ejecutar por mantenimiento rutinario y que impidan el libre tránsito,
- Atención puntual debido al colapso de puentes o actividades puntuales de prevención orientadas a evitar el colapso de puentes y
- En general cualquier otro evento que impida un tránsito seguro a los usuarios.

Para los casos indicados en el ítem b), el contratista procederá a atender inmediatamente la emergencia vial realizando todas las actividades necesarias hasta restituir el tránsito seguro en la vía, **el pago será el resultado de la valorización de todos los recursos utilizados por el contratista para la atención de la emergencia, transformándolo a m³ según los precios ofertados en su propuesta.**

(resaltado agregado)

7. Por su parte, el Anexo del Capítulo III "TÉRMINOS DE REFERENCIA" de la Sección Específica de los de las Bases denominado "PROCEDIMIENTO PARA LA ATENCIÓN DE EMERGENCIAS VIALES" establece lo siguiente:

"PROCEDIMIENTO PARA LA ATENCIÓN DE EMERGENCIAS VIALES

Contratos de Conservación Vial por Niveles de Servicio

I. Definición de Emergencia Vial.-

Las emergencias viales son eventos imprevistos e imposibles de programar que obstruyen el libre tránsito en las Carreteras; así como, aquellas circunstancias que generan un inminente peligro de interrupción del tránsito o de seguridad para los usuarios.

El tratamiento de las emergencias no puede efectuarse dentro de los contratos de conservación vial por niveles de servicio como prestaciones adicionales del contratista-conservador, debido fundamentalmente a que cualquier prestación adicional al contrato tiene que evaluarse con anterioridad para ser posteriormente autorizado y ejecutado, no siendo éste el caso cuando se trata de las emergencias viales.

Los trabajos que se ejecutan cuando se presentan emergencias son para la restauración inmediata de un tramo de la carretera que se encuentra deteriorada por cualquiera de las siguientes causas pero no limitadas a ellas: erosión, derrumbes, huaycos, inundaciones, terremotos u otro fenómeno natural, o como acción del hombre (alteraciones del orden social que involucran a las carreteras), con el fin de dar transitabilidad y devolver a la carretera su normal tráfico vehicular.

Para efectos de los contratos de servicios de conservación vial por niveles de servicio, y con la finalidad de poder tener un criterio uniforme para la cuantificación de los distintos tipos de emergencias que puedan suscitarse en un corredor vial, éstas se han expresado en "metros cúbicos (m³) de eliminación de derrumbes", por lo que a continuación se

detallan los alcances de la expresión "metro cúbico (m³)" en materia de Emergencias Viales aplicable a los contratos de conservación vial por niveles de servicio:

c) **Derrumbes mayores a 200 m³ por evento, que se pagarán por cada m³ adicional eliminado** de acuerdo al precio ofertado en la propuesta del contratista.

d) Los que se citan a continuación, de manera referencial:

- **Pérdida de la plataforma por acción de la naturaleza,**
- Atención de huaycos que por su naturaleza sean imposibles de cubicarlos,
- Obstrucción de la vía por efectos de accidentes,
- **Eliminación de puntos críticos que pongan en peligro la seguridad e integridad física (vida) de los usuarios, y su patrimonio.**
- Erosión de la plataforma,
- Refuerzos de defensa ribereña para evitar la erosión de la plataforma, hasta reestablecer la seguridad de la vía.
- Limpieza de grandes volúmenes de nevadas o granizos que no se puedan ejecutar por mantenimiento rutinario y que impidan el libre tránsito,
- Atención puntual debido al colapso de puentes o actividades puntuales de prevención orientadas a evitar el colapso de puentes y en general cualquier otro evento que impida un tránsito seguro a los usuarios.
- Asentamiento de plataforma por fallas geológicas
- Otros que por su naturaleza ocasionen de manera imprevisible la interrupción de la vía o afecten el tránsito seguro por la misma.

En estos casos, el CONTRATISTA-CONSERVADOR procederá a atender inmediatamente la emergencia vial hasta restituir el libre tránsito en la vía, y **el pago será el resultado de la valorización de todos los recursos utilizados por el contratista para la atención de la emergencia,** convertido el costo de la atención de la emergencia a metros cúbicos (m³) según el precio ofertado en la propuesta del contratista.

II. Acción del CONTRATISTA-CONSERVADOR frente a la Emergencia Vial.-

En cada oportunidad en que se presenten eventos o circunstancias que califiquen como emergencias viales, conforme a lo señalado en el presente documento, el CONTRATISTA-CONSERVADOR deberá atenderlos de manera inmediata hasta la restitución del tránsito vehicular o hasta la eliminación de los riesgos para la transitabilidad o seguridad de los usuarios.

Las acciones que implemente el CONTRATISTA-CONSERVADOR serán efectuadas solo a nivel de conservación.

III. Procedimiento ante la ocurrencia de una Emergencia Vial.-

3.1 El primero que tome conocimiento de la emergencia vial (CONTRATISTA-CONSERVADOR o Supervisor) comunicará la emergencia a la Sede Central de PROVIAS NACIONAL, a la siguiente dirección electrónica: emergencia_vial@proviasnac.gob.pe, indicando la ocurrencia del evento, se acompañará la ficha de reporte de emergencia vial.

3.2 Identificado el problema y evaluada la magnitud, el Contratista – Conservador procederá a la atención inmediata, asignando recursos de mano de obra, de equipo mecánico y cualquier otro recurso necesario para la restitución del tránsito vehicular o para superar aquella situación que supone un peligro de interrupción de la vía o de seguridad para los usuarios.

3.3. La Ficha de Emergencia Vial debe ser llenada todos los días mientras dure la atención de la emergencia, indicando todos los recursos utilizados y los metros cúbicos (m³) de remoción de obstáculos ejecutados.

3.4 La Ficha de Emergencia Vial debe ser firmada por el Administrador y Supervisor del Contrato de Conservación Vial, por parte de PROVIAS NACIONAL; así como, por el Gerente Vial e Ingeniero Residente por parte del CONTRATISTA - CONSERVADOR.




3.5 Mitigada la Emergencia Vial, se procederá a liquidar los trabajos realizados totalizando los recursos utilizados o los m³ de obstáculos removidos, según sea el caso.

3.6 El pago de las Emergencias Viales formará parte de las valorizaciones mensuales de control de niveles de servicio, con los precios pactados en el contrato de conservación vial, adjuntando la Fichas de Emergencia Vial y una Memoria Descriptiva de los trabajos realizados.

IV.- ACTIVIDAD POSTERIOR A LA EMERGENCIA VIAL

Si después de haber solucionado la emergencia vial se hace necesario efectuar algún otro trabajo de conservación adicional para restituir totalmente las condiciones iniciales de la vía o garantizar la seguridad de la misma, el CONTRATISTA – CONSERVADOR en coordinación con el Supervisor del Contrato deberá elaborar un expediente para evaluar la posibilidad de disponer la ejecución de prestaciones adicionales”.

(resaltado agregado)

Lo que constituye objeto de análisis

8. Como puede apreciarse, la controversia se centra en la determinación del supuesto de hecho aplicable y, por ende, de la consecuencia jurídica prevista en las Bases, a un hecho concreto acaecido durante la ejecución del CONTRATO: los trabajos de limpieza ejecutados por el CONSORCIO entre enero y mayo de 2013 luego de producidos los derrumbes los días 15, 29 y 31 de enero de 2013 en la Carretera objeto de mantenimiento por el CONSORCIO.
9. Sobre el particular, la ENTIDAD sostiene en buena cuenta que era de aplicación el literal b) del numeral 3.2.3 “Atención de Emergencias” correspondiente al “ALCANCE GENERAL DEL SERVICIO” en la “ETAPA OPERATIVA” del Capítulo III de la Sección Específica “CONDICIONES ESPECIALES DEL PROCESO DE SELECCIÓN” de las Bases Integradas – “TÉRMINOS DE REFERENCIA”, pues se trataba de un supuesto de “pérdida de la plataforma por acción de la naturaleza” y/o “eliminación de puntos críticos que pongan en peligro la seguridad de los usuarios” y, en consecuencia, correspondía que el pago por

dichos trabajos se realice sobre la base de la “valorización de todos los recursos utilizados por el contratista para la atención de la emergencia”, lo cual suponía un pago total de S/ 1’809,808,00.

10. El CONSORCIO por su parte sostiene que era de aplicación el literal a) del numeral 3.2.3 “Atención de Emergencias” correspondiente al “ALCANCE GENERAL DEL SERVICIO” en la “ETAPA OPERATIVA” del Capítulo III de la Sección Específica “CONDICIONES ESPECIALES DEL PROCESO DE SELECCIÓN” de las Bases Integradas – “TÉRMINOS DE REFERENCIA”, pues se trataba de un supuesto de “derrumbes mayores a 200 m³” y, en consecuencia, correspondía que el pago por dichos trabajos se realice por cada m³ adicional eliminado, lo cual suponía un pago total de S/ 7’834,022,70, como en efecto sucedió.
11. En ese sentido, la diferencia entre el monto pagado al CONSORCIO (S/ 7’834,022,70) y el monto que, según la ENTIDAD, debió pagarse (S/ 1’809,808,00) corresponde al monto cuya devolución reclama la ENTIDAD como pago indebido (S/ 6’024,214,70).
12. Sobre el particular, constituyen hechos incontrovertidos por las partes:
 - (i) la existencia de derrumbes en la carretera objeto del servicio de mantenimiento por parte del CONSORCIO (las partes discuten la longitud de la zona afectada);
 - (ii) la existencia de metrados cúbicos mayores a 200 en la zona objeto de derrumbes;
 - (iii) la pérdida de plataforma (las partes discuten si fue parcial o total) como consecuencia de dichos derrumbes; y,
 - (iv) la calidad de “emergencia vial” de dichos derrumbes pues tanto si se aplica el literal a), como si se aplica el literal c), seguimos en un supuesto de “atención de emergencia vial” previsto por el mismo numeral que las contiene (3.2.3 de los Términos de Referencia).
13. Como vemos, el hecho que genera la controversia contiene los supuestos de “pérdida de la plataforma por acción de la naturaleza” y “derrumbes mayores a 200 m³”, encontrándose pendiente de determinación si, además, contiene el supuesto de “eliminación de puntos críticos que pongan en peligro la seguridad de los usuarios”.

14. Siendo que las partes no se han puesto de acuerdo sobre el supuesto de hecho aplicable y no han establecido un procedimiento para dirimir la prevalencia entre dos (2) o más supuestos de hecho, asumiendo que ello sea aplicable al presente caso, corresponderá a este Tribunal determinar el supuesto o supuestos de hecho aplicables, y por tanto sus consecuencias jurídicas, a los derrumbes mayores a 200 m³ que además generan pérdida de plataforma, y que eventualmente se configuran como un “punto crítico”.
15. Dicho de otro modo, **debe determinarse si a los derrumbes mayores a 200 m³ que además generan pérdida de plataforma, y que eventualmente se configuran como un “punto crítico”, debe aplicarse el supuesto previsto en el literal a) y/o en el literal b) del numeral 3.2.3 de los Términos de Referencia y, en consecuencia, la forma en la que debe determinarse el pago por dichos trabajos.**
16. Veamos. El numeral 3.2.3 de los Términos de Referencia contiene dos (2) supuestos generales de emergencias viales que pueden ser resumidos así:
 - (i) El de derrumbes mayores a 200 m³, en cuyo caso se pagará por cada metro cúbico que excede a los 200 (lit. a); y
 - (ii) Los demás (“cualquier otro caso”); en cuyo caso se pagará en función a la valorización de los recursos utilizados para la atención de la emergencia (lit. b).
17. Como puede apreciarse existe una distinción general sobre los posibles supuestos de emergencias viales cuya distinción estriba en la forma de determinación del pago por dichos trabajos, pues en un caso se pagará por metros cúbicos y en el otro en función de su costo directo.
18. Así, las partes no sólo han pactado libremente dos (2) supuestos de hecho distintos, sino que también han pactado la razonabilidad de atender a procedimientos de determinación del pago distintos en función de las actividades y los recursos que se emplean para ello, asumiendo que, en cada caso, el procedimiento de fijación del monto a pagar mantiene el equilibrio económico financiero del CONTRATO.

19. Sobre el particular, si bien la ENTIDAD ha insistido reiteradamente en la aplicación del literal b) del referido numeral, sustentando la pérdida de plataforma y la configuración de un punto crítico en el lugar de los derrumbes, **ha omitido sustentar (i) las razones que justificarían la inaplicación del literal a) del referido numeral, no obstante que también se configuró un supuesto de “derrumbe mayor a 200 m³”; (ii) las razones por las que el supuesto que ella considera aplicable (literal b) “englobaría” o incluiría también aquél que el CONSORCIO considera por su parte aplicable (literal a), haciendo este último inaplicable, así como (iii) el por qué considera que un mismo hecho no puede generar más de dos (2) supuestos de hecho haciendo imposible la coexistencia de ambos supuestos.**
20. Y es que, este Tribunal Arbitral considera que no existe razón alguna para desechar *a priori* la posibilidad que un mismo hecho pueda configurar más de un supuesto hecho, como en el presente caso.
21. En efecto, este Tribunal Arbitral considera absolutamente razonable que uno o más derrumbes pueden perfectamente ocasionar el colapso de puentes, la necesidad de ejecutar trabajos de defensa ribereña, la pérdida parcial o total de plataforma, como en el presente caso, o “cualquier otro evento que impida un tránsito seguro a los usuarios”, supuestos todos éstos previstos en el literal b) del numeral 3.2.3 de los Términos de Referencia.
22. En dichos supuestos **correspondería**, como no puede ser de otra manera pues lo han pactado las partes, **que se reconozca y pague al CONSORCIO por metro cúbico en la parte correspondiente a la limpieza del derrumbe o derrumbes, y valorizando los recursos utilizados por la parte que corresponda a reposición, restitución o construcción de una nueva plataforma**, según sea el caso, y de haberse llevado a cabo tales trabajos.
23. Dicha interpretación además le da sentido y plena eficacia a todas las cláusulas del CONTRATO y, a juicio de este Tribunal, permite recoger la voluntad de las partes expresada en el CONTRATO.
24. En el presente caso, **resultan perfectamente diferenciables las actividades destinadas a la limpieza de la plataforma de aquellas que pueden realizarse para la reposición, restitución o construcción de una nueva plataforma,**

siendo que, **en relación con** las primeras (**aquellas actividades destinadas a la limpieza de la carretera**) **deberá aplicarse el literal a)** del numeral 3.2.3 de los Términos de Referencia **y, en consecuencia, pagarse por cada metro cúbico que exceda los 200**, mientras que, **en relación con** las segundas (**aquellas actividades destinadas a la reposición de la plataforma**) **debiera aplicarse el literal b)** del numeral 3.2.3 de los Términos de Referencia **y, en consecuencia, pagarse valorizando los recursos utilizados por su ejecución**¹.

25. Interpretar en sentido contrario, asumiendo la teoría del órgano de control de la ENTIDAD, en el sentido que, no obstante ser hechos perfectamente distinguibles, sólo es aplicable una de las consecuencias jurídicas previstas por el numeral 3.2.3 de los Términos de Referencia (pago por metro cúbico o pago por recursos utilizados) no obstante la efectiva configuración de dos (2) o más de los supuestos previstos en el mismo numeral 3.2.3 de los Términos de Referencia, no sólo resulta contraria a la voluntad de las partes expresada en el CONTRATO, sino que puede llevarnos a concluir que cualquier afectación de la plataforma, por más irrelevante que sea en términos económicos, puede determinar la modificación del procedimiento de determinación del monto a pagar que corresponde de acuerdo a lo pactado por ellas mismas, lo cual resulta, a juicio de este Tribunal, irrazonable y desproporcionado en relación con los recursos que las partes han asumido que se emplean en cada caso para su ejecución.
26. Imaginemos, a modo de ejemplificar lo señalado en el párrafo precedente, que se produce un derrumbe particularmente extraordinario que supone la realización de trabajos de limpieza por doce (12) meses, luego de los cuales se descubre que hubo una afectación mínima de la carretera (digamos, un m²).

En relación con dicho ejemplo, resulta razonable o proporcional que dicha ínfima pérdida de plataforma afecte el mecanismo de determinación del monto a pagar por la limpieza previa de la plataforma y determine que, en un caso, se pagará por metro cúbico y, en otro, según los recursos utilizados para su ejecución? Tiene la pérdida de plataforma relevancia o incidencia en la determinación de los reales y efectivos recursos invertidos en la limpieza

¹ Este Tribunal deja constancia que el propio CONSORCIO ha negado la ejecución de trabajos de reposición, restitución y construcción de una nueva Plataforma, razón por la que no corresponde el reconocimiento de pago por dichos trabajos pues no han sido ejecutados.



previa de la plataforma? Aun si la afectación de la plataforma fuera especialmente importante, cambiaría eso las actividades realizadas y los recursos empleados para su limpieza previa? La respuesta a dichas interrogantes es negativa en todos los casos a juicio de este colegiado.

27. Asumir lo contrario, vale decir que la pérdida de plataforma afecta el mecanismo de determinación del monto a pagar por la limpieza de la plataforma derivada de derrumbes, a juicio de este Tribunal, no sólo contraviene la voluntad de las partes sino que afecta el equilibrio económico financiero del CONTRATO y la valoración que cada una de ellas ha imputado a las prestaciones de su contraparte.
28. Pero además, resulta que, luego de un derrumbe, la verificación de la efectiva pérdida de plataforma sólo podría realizarse luego de limpiada la vía, con lo que la determinación del procedimiento que corresponde seguir para fijar el monto a pagar por dichos trabajos estará sujeta a un hecho ulterior desconocido y ajeno a la voluntad de las partes, lo cual resulta además contrario al principio de predictibilidad y eficiencia pues las partes no pueden estar al azar del destino (la pérdida o no de plataforma) para determinar el mecanismo que corresponde usarse para fijar el pago por su trabajo.
29. Corresponde en este punto analizar el argumento de la ENTIDAD en el sentido que sería de aplicación el supuesto de “eliminación del punto crítico”, en detrimento del supuesto de “derrumbe mayor a 200 m³”.
30. Sobre el particular, el órgano de control de la ENTIDAD ha señalado que el propio CONSORCIO habría reconocido que las emergencias viales objeto de controversia estuvieron identificadas como “punto crítico” en su documento denominado “Evaluación Geotécnica del tramo km 6+980 tramo Izcuchaca – Huancavelica” y que, no obstante ello, habría incumplido con efectuar una evaluación oportuna y conjunta con el Supervisor para definir el nivel de servicio exigido en dicho sector a efectos de generar adicionales bajo la formulación de un expediente técnico.
31. En efecto, en el documento “Evaluación Geotécnica del tramo km 6+980 tramo Izcuchaca – Huancavelica” presentado por el CONSORCIO adjunto a su

Carta No. 027-2013/CI-MAVR-GV de fecha 1 de marzo de 2013 para sustentar los trabajos de banquetas, señaló que:

Tercer párrafo de la Introducción:

*“La falla geológica identificada en el Tramo Izcuchaca – Huancavelica en el km 6+980 de la Ruta N° PE-26 es un **punto crítico** que es atendido por el Consorcio Izcuchaca mediante acciones de conservación rutinaria, periódica (...).”*

Tercer párrafo de los Antecedentes:

“Debido al período de lluvias intensas que se viene dando a lo largo del tramo en conservación es que se viene presentando Derrumbes Mayores Recurrentes en el tramo: Izcuchaca – Huancavelica en el km 6+980 de la Ruta N° PE-26 identificándose el sector como un punto crítico vulnerable a derrumbes”.

32. En relación con dicha afirmación, el CONSORCIO ha manifestado que:
- (i) La zona del derrumbe no figuraba como punto crítico sino hasta después de verificados los derrumbes.
 - (ii) Un derrumbe en una zona no calificada como crítica no puede calificarse como tratamiento de eliminación de punto crítico.
 - (iii) El derrumbe no califica como punto crítico según el CONTRATO.
 - (iv) Aun cuando el derrumbe se hubiera dado en una zona calificada como crítica no puede calificarse como tratamiento de eliminación de punto crítico.
 - (v) El punto crítico calificado así tras los derrumbes “es la inestabilidad y características geológicas del terreno donde está el talud vertical”, persiste pues no ha sido “eliminado”.
 - (vi) Los trabajos de limpieza y eliminación de derrumbe no califican como “eliminación de puntos críticos” pues, aunque se eliminó el derrumbe, la zona sigue calificada como punto crítico hasta que el organismo competente decida elaborar un Expediente Técnico de Obra para ejecutar la eliminación de dicho punto crítico.
33. El GLOSARIO DE TÉRMINOS contenido en el numeral 2 “OBJETIVOS” del Capítulo III de la Sección Específica “CONDICIONES ESPECIALES DEL PROCESO



DE SELECCIÓN” de las Bases Integradas – “TÉRMINOS DE REFERENCIA” define Punto Crítico, entre otros, como:

“Punto Crítico: Sectores de la carretera que por razones de fallas constructivas, geológicas, geotécnicas, problemas hidrológicos o que por la geografía de la zona, no se pueda cumplir con lo requerido por la Entidad. Estos sectores serán evaluados conjuntamente con el contratista de manera independiente y se definirá el nivel de servicio que será exigido en dicho sector, pudiéndose generar adicionales si así lo considera la Entidad, también se considerará punto crítico aquellos sectores de la carretera que se encuentren en un avanzado nivel de deterioro.”

(resaltado agregado)

34. Como puede apreciarse de la definición de “punto crítico” contenida en las Bases, éste se refiere a sectores de la carretera previamente identificados en los que no se pueda cumplir con el servicio de mantenimiento requerido por la ENTIDAD por razones de fallas constructivas, geológicas, geotécnicas, problemas hidrológicos o de geografía de la zona, o por su avanzado nivel de deterioro, y en los que, previa evaluación conjunta entre el CONSORCIO y la ENTIDAD, se definiría el nivel de servicio.
35. Entonces, de acuerdo a los propios Términos de Referencia, Punto Crítico es aquél que:
- (i) Sector que se encuentra en la carretera
 - (ii) que ha sido previamente identificado por las partes
 - (iii) en el que no se puede cumplir con el servicio requerido por la ENTIDAD
 - (iv) por razones de fallas constructivas, geológicas, geotécnicas, problemas hidrológicos o de geografía de la zona, o por su avanzado nivel de deterioro
 - (v) en los que, por no poderse cumplir con el servicio requerido por la ENTIDAD, debía definirse de manera especial el nivel de servicio, de manera conjunta entre el CONSORCIO y la ENTIDAD.
 - (vi) Y en el que pueden generarse adicionales.




36. En virtud de lo establecido en los Términos de Referencia, “punto crítico” no es un sector “adyacente” a la carretera como el talud que se derrumbó (es un sector “de” la carretera), no se identifica ni determina con posterioridad a un derrumbe (se hace previamente), ni se hace de manera unilateral por medio de un “reconocimiento” voluntario o involuntario (se hace de manera conjunta entre las partes), tiene por objeto determinar el nivel de servicio pues no se puede prestar el servicio de mantenimiento requerido por la ENTIDAD, y puede generar adicionales.
37. En ese sentido, **la limpieza del derrumbe acaecido en el presente caso no puede calificar como “eliminación de punto crítico”** pues:
- (i) **No estaba referida a un sector “de” la plataforma** (sino a un talud adyacente),
 - (ii) No se identificó con anterioridad al derrumbe como tal,
 - (iii) No se identificó de manera conjunta entre el CONSORCIO y la ENTIDAD,
 - (iv) **No puede generar adicionales**, en la medida que constituye una emergencia vial, conforme a lo establecido en el Anexo de los Términos de Referencia “Procedimiento para la Atención de Emergencias Viales”, en el que expresamente se establece que “*el tratamiento de las emergencias (viales) no puede efectuarse (...) como prestaciones adicionales*”.
38. En ese sentido, las afirmaciones contenidas en el documento “Evaluación Geotécnica del tramo km 6+980 tramo Izcuchaca – Huancavelica” presentado por el CONSORCIO adjunto a su Carta No. 027-2013/CI-MAVR-GV de fecha 1 de marzo de 2013 y que la ENTIDAD ha utilizado para sustentar el reconocimiento de la existencia de “puntos críticos”, aun cuando reconocen la existencia de “puntos críticos” en la falla geológica y en el “sector” **no constituyen “puntos críticos contractuales”**.
39. En tal sentido, y al igual que lo señalado en el caso del supuesto de “pérdida de plataforma”, **las actividades del supuesto de “eliminación del punto crítico” resultan perfectamente diferenciables de las actividades destinadas a la limpieza de la plataforma**, siendo que, **en relación con las primeras (aquellas actividades destinadas a la eliminación de punto críticos) deberá aplicarse el literal b) del numeral 3.2.3 de los Términos de Referencia y, en consecuencia,**



pagarse valorizando los recursos utilizados por su ejecución, mientras que, en relación con las segundas (aquellas actividades destinadas a la limpieza de la carretera) deberá aplicarse el literal a) del numeral 3.2.3 de los Términos de Referencia y, en consecuencia, pagarse por cada metro cúbico que exceda los 200.

40. Por lo expuesto, corresponde que el Tribunal Arbitral declare FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN DEL CONSORCIO, contenida en el PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, DECLARE que no corresponde que El CONSORCIO devuelva a PROVÍAS NACIONAL la suma de S/. 6'024,214.70 o S/ 6'024,214.70 requeridas mediante Oficio N° 078-2015-MTC/20.7.6.12-HUANCAVELICA y Oficio N° 1488-2015-MTC/20, y, en esa medida, DECLARE la ineficacia del Oficio N° 078-2015-MTC/20.7.6.12-HUANCAVELICA y del Oficio N° 1488-2015-MTC/20.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene la devolución de las cartas fianzas de fiel cumplimiento de contrato.

41. Para el análisis del presente punto controvertido, corresponde citar el artículo 158° del RLCE, en el que se indica lo siguiente:

“Artículo 158°.- Garantía de fiel cumplimiento

Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

De manera excepcional, respecto de aquellos contratos que tengan una vigencia superior a un (1) año, previamente a la suscripción del contrato, las Entidades podrán aceptar que el ganador de la Buena Pro presente la garantía de fiel cumplimiento y de ser el caso, la garantía por el monto diferencial de la propuesta, con una vigencia de un (1) año, con el compromiso de renovar su vigencia hasta la conformidad de la recepción



de la prestación o exista el consentimiento de la liquidación del contrato.”

42. Como puede verse, la garantía de fiel cumplimiento tiene por objeto asegurar la buena ejecución y cumplimiento de contrato y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la Liquidación Final, en el caso de ejecución de obras, como estipula el citado artículo 158° del RLCE.
43. Siendo que este colegiado ha declarado fundada la primera pretensión del CONSORCIO considerando que no resulta exigible la devolución del monto reclamado por la ENTIDAD como pago indebido, y siempre que no exista obligación adicional alguna pendiente de cumplimiento por parte del CONSORCIO que justifique el mantenimiento de las cartas fianzas de fiel cumplimiento de contrato cuya devolución reclama el CONSORCIO, el Tribunal Arbitral considera que corresponde ordenar a la ENTIDAD la devolución de dichas garantías al CONSORCIO.
44. Por lo expuesto, corresponde que el Tribunal Arbitral declare FUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN DEL CONSORCIO, contenida en el SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, ORDENE a la ENTIDAD la devolución al CONSORCIO de las cartas fianzas de fiel cumplimiento de contrato cuya devolución reclama.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene que PROVÍAS reembolse los gastos de renovación de las cartas fianza de fiel cumplimiento de contrato en que ha incurrido el CONSORCIO, desde la fecha en que debieron ser devueltas hasta la fecha de entrega de la misma.

45. Para el análisis del presente punto controvertido, corresponde citar también al artículo 158° del RLCE, en el que se indica lo siguiente:

“Artículo 158°.- Garantía de fiel cumplimiento

Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por

ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

De manera excepcional, respecto de aquellos contratos que tengan una vigencia superior a un (1) año, previamente a la suscripción del contrato, las Entidades podrán aceptar que el ganador de la Buena Pro presente la garantía de fiel cumplimiento y de ser el caso, la garantía por el monto diferencial de la propuesta, con una vigencia de un (1) año, con el compromiso de renovar su vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación o exista el consentimiento de la liquidación del contrato."

46. Al respecto, tenemos que la garantía de fiel cumplimiento tiene por objeto asegurar la buena ejecución y cumplimiento de contrato y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la Liquidación Final, en el caso de ejecución de obras, como estipula el citado artículo 158° del RLCE.
47. De la norma antes citada, el Tribunal Arbitral concluye que la emisión y vigencia de una carta fianza de fiel cumplimiento no resulta ser una obligación exigida directamente por la ENTIDAD, sino que corresponde a una disposición normativa, la misma que debe ser cumplida por el CONSORCIO a fin de poder suscribir el contrato y mantener su correcta ejecución.
48. En tal sentido, y en principio, los costos que se generen con su emisión deberán ser asumidos por el CONSORCIO, ya que estos forman parte del riesgo asumido y conocido previamente por él.
49. Sin embargo, cabe indicar que en el presente caso, resulta evidente que, al haberse exigido al CONSORCIO la devolución de un monto por concepto de pago indebido, la obligación por parte del CONSORCIO de mantener vigentes las cartas fianzas se prolongó en el tiempo.
50. Siendo que este colegiado ha declarado fundada la primera pretensión del CONSORCIO considerando que no resulta exigible la devolución del monto reclamado por la ENTIDAD como pago indebido, y que dicho reclamo ha



obligado al CONSORCIO al mantenimiento y eventual renovación de las cartas fianzas de fiel cumplimiento de contrato de manera injustificada, con los consiguientes gastos que de ello se deriva, el Tribunal Arbitral considera que corresponde ordenar a la ENTIDAD el reembolso de dichos gastos desde la fecha en que debieron ser devueltas hasta la fecha de su efectiva devolución al CONSORCIO.

51. Por lo expuesto, corresponde que el Tribunal Arbitral declare FUNDADA LA TERCERA PRETENSIÓN DEL CONSORCIO, contenida en el TERCER PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, ORDENE a la ENTIDAD el reembolso de los gastos de renovación de las cartas fianza de fiel cumplimiento de contrato en que ha incurrido el CONSORCIO, desde la fecha en que debieron ser devueltas hasta la fecha de su efectiva devolución al CONSORCIO.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral disponga que PROVÍAS pague por concepto de indemnización por daños y perjuicios a la imagen empresarial del CONSORCIO, la suma de S/. 300,000.00 o S/ 300,000.00.

52. La responsabilidad contractual requiere del cumplimiento de los siguientes presupuestos: (i) que la conducta califique como antijurídica (ii) que el daño sea cierto e imputable, y (iii) que exista un factor de atribución.
53. Al respecto, en términos jurídicos, la palabra "daño" significa el detrimento perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra, y que afecta a sus bienes, derechos o intereses.
54. Ahora bien, en términos constitucionales, el "daño" que origina una responsabilidad civil puede ser definido bajo la fórmula del daño jurídicamente indemnizable, entendido como toda lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extra patrimonial.
55. En tal sentido, los daños pueden ser patrimoniales o extra patrimoniales. Serán daños patrimoniales las lesiones a derechos patrimoniales y daños extra patrimoniales, las lesiones a los derechos de dicha naturaleza, como el caso específico de los sentimientos considerados socialmente dignos o legítimos y

por ende merecedores de tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral.

56. En nuestra legislación civil, cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual, y dentro de la terminología del Código Civil Peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos dentro del ámbito de la denominada, responsabilidad civil extracontractual.
57. La jurista Giovanna Visintini sostiene que evaluar el daño derivado de un incumplimiento y del hecho ilícito significa, en primer lugar, identificarlo (es la primera investigación cognoscitiva sobre la existencia del daño: *an debeat*) y en, segundo lugar, convertirlo en valor monetario equivalente (es la segunda investigación, que implica la cuantificación del daño: *quantum debeat*).
58. La primera operación que consiste en la individualización del daño resarcible presupone ya resuelta la cuestión de la imputación de la obligación del resarcimiento a un responsable y la estimación en términos de injusticia de la lesión sufrida por el damnificado, y está sujeta a directivas legislativas y jurisprudenciales dirigidas a circunscribir el área de los perjuicios resarcibles.
59. Por otro lado, la segunda operación de cuantificación del daño no siempre acompaña a la primera: puede ser enviada a un momento posterior.
60. Cuando se habla de daño injusto, como elemento objetivo del hecho ilícito, se hace referencia a la lesión del interés tutelado; en cambio cuando se habla de daño en relación con la obligación de resarcimiento, es decir, con referencias al daño resarcible, la expresión asume el significado de perjuicio valorable en términos económicos, y abarca el daño emergente, lucro cesante y los sufrimientos morales padecidos por la víctima del ilícito y por otros.
61. Ahora bien, de la revisión del escrito de demanda y del escrito de subsanación/ampliación de demanda del CONSORCIO en el extremo en el que

solicita el reconocimiento de daños y perjuicios se aprecia que en ningún extremo se hace mención a algún argumento o sustento jurídico que permita concluir o siquiera presumir la efectiva existencia de daño, dado que el CONSORCIO se limitó únicamente a solicitar la indemnización, sin señalar incluso cómo fue que llegó a la cifra de S/ 300,000.00 (Trescientos mil con 00/100 Soles).

62. En este extremo del Laudo, el Tribunal Arbitral considera importante precisar que toda alegación, afirmación y solicitud realizada por las partes, deberá de encontrarse debidamente acreditada mediante los medios probatorios correspondientes, siendo que, en el caso de pretensiones de reconocimiento de indemnización, el monto solicitado por la parte recurrente necesariamente deberá encontrarse debidamente acreditado con los documentos que justifiquen el monto pretendido.
63. Como puede apreciarse, de manera general y sin medio probatorio que lo sustente, el CONSORCIO indica que el monto indemnizatorio por daños y perjuicios que pretende en este extremo asciende a la suma de S/ 300,000.00 (Trescientos mil con 00/100 Soles); siendo que esta fórmula general de alegar daños y perjuicios no causa convicción alguna en el Tribunal Arbitral por lo que considera que dicha pretensión debe ser desestimada.
64. En ese sentido, debe tenerse presente que una de las condiciones para la indemnización por daños y perjuicios es que exista el daño, el cual debe ser probado de forma fehaciente, carga que pesa sobre la parte que lo solicita o demanda.
65. En efecto, el Tribunal Arbitral recuerda, que ello ha sido desarrollado de forma extensa y uniforme por la jurisprudencia nacional en el sentido que aquel que alega un daño debe probarlo por lo que, en primer término, para que toda pretensión indemnizatoria pueda ser amparada conforme a derecho debe ser acreditada.
66. Siendo ello así, al no cumplirse con la concurrencia copulativa de los elementos que comprenden los supuestos de responsabilidad civil, el Tribunal Arbitral considera que la presente pretensión debe ser desestimada.

67. Por lo expuesto, corresponde que el Tribunal Arbitral declare INFUNDADA LA CUARTA PRETENSIÓN DEL CONSORCIO, contenida en el CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, DECLARE que no corresponde que la ENTIDAD pague por concepto de indemnización por daños y perjuicios a la imagen empresarial del CONSORCIO la suma de S/. 300,000.00 o S/ 300,000.00.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene el pago de una indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante al CONSORCIO por el monto de S/. 500,000.00 o S/ 500,000.00.

68. Por las mismas consideraciones expuestas con motivo del análisis del cuarto punto controvertido, corresponde que el Tribunal Arbitral declare INFUNDADA LA QUINTA PRETENSIÓN DEL CONSORCIO, contenida en el QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, DECLARE que no corresponde que la ENTIDAD pague por concepto de indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante al CONSORCIO la suma de S/. 500,000.00 o S/ 500,000.00.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar a quien corresponde asumir las costas o costos del arbitraje y su eventual imputación entre las partes.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como las pruebas actuadas a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el estudio respecto al punto controvertido referido a determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales, honorarios incurridos en la defensa y todos los gastos previstos en el artículo 70° de la LA que genere el presente proceso arbitral.

Sobre el particular, el artículo 70° de la LA dispone que el Tribunal Arbitral o Árbitro Único, según sea el caso, se debe pronunciar en el Laudo Arbitral sobre los costos del arbitraje comprendidos en dicho artículo.

Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° del citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; y que, si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; no obstante lo cual, 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.

A su turno, el artículo 104° del REGLAMENTO, aplicable al presente caso, establece lo siguiente:

“Distribución de los costos arbitrales

Artículo 104°.-

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

Sin perjuicio de ello, los árbitros podrán disponer la distribución de los costos del arbitraje entre las partes, si lo considera atendible de acuerdo a lo ocurrido en el arbitraje”.

En relación con el acuerdo de las partes, es de apreciarse que en el convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral, razón por la que corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema.

A efectos de asignar la carga por los gastos arbitrales, el Tribunal Arbitral considera que resulta necesario tener en cuenta la naturaleza de los hechos que generaron la controversia, el comportamiento procesal de las partes y la causa que motivó el presente arbitraje, por lo que, atendiendo a ello, el Tribunal Arbitral, dispone que cada parte debe asumir los gastos propios en que hubiere incurrido, siendo que los costos comunes del arbitraje, deberán ser asumidos por ambas en partes exactamente iguales, entendiéndose por comunes los honorarios del Tribunal Arbitral, la Secretaría Arbitral y los demás gastos procedimentales.

En tal sentido, corresponde que el Tribunal Arbitral declare FUNDADA EN PARTE LA SEXTA PRETENSIÓN DEL CONSORCIO, contenida en el SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, DISPONGA que cada parte debe asumir los gastos propios en que hubiere incurrido, siendo que los costos comunes del arbitraje, deberán ser asumidos por ambas en partes exactamente iguales, entendiéndose por comunes los honorarios del Tribunal Arbitral, la secretaría arbitral y los demás gastos procedimentales.

XIII. DECISIÓN FINAL:

Que, finalmente, estando a los considerandos precedentes y siendo que no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que, en el desempeño de sus funciones, ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Tribunal Arbitral en Derecho y conforme a lo siguiente:

LAUDA:

PRIMERO: DECLARANDO FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN DEL CONSORCIO, contenida en el PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, **DECLARA** que **no corresponde** que El CONSORCIO devuelva a PROVÍAS NACIONAL la suma de S/. 6'024,214.70 o S/ 6'024,214.70 requeridas mediante Oficio N° 078-2015-MTC/20.7.6.12-HUANCAVELICA y Oficio N° 1488-2015-MTC/20, y, en esa medida, **DECLARA** la **ineficacia** del Oficio N° 078-2015-MTC/20.7.6.12-HUANCAVELICA y del Oficio N° 1488-2015-MTC/20.

SEGUNDO: DECLARANDO FUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN DEL CONSORCIO, contenida en el SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, **ORDENA** a la ENTIDAD la **devolución** al CONSORCIO de las cartas fianzas de fiel cumplimiento de contrato cuya devolución reclama.

TERCERO: DECLARANDO FUNDADA LA TERCERA PRETENSIÓN DEL CONSORCIO, contenida en el TERCER PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, **ORDENA** a la ENTIDAD el reembolso de los gastos de renovación de las cartas fianza de fiel cumplimiento de contrato en que ha incurrido el CONSORCIO, desde la fecha en que debieron ser devueltas hasta la fecha de su efectiva devolución al CONSORCIO.

CUARTO: DECLARANDO INFUNDADA LA CUARTA PRETENSIÓN DEL CONSORCIO, contenida en el CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, **DECLARA** que no corresponde que la ENTIDAD pague por concepto de indemnización por daños y perjuicios a la imagen empresarial del CONSORCIO la suma de S/. 300,000.00 o S/ 300,000.00.

QUINTO: DECLARANDO INFUNDADA LA QUINTA PRETENSIÓN DEL CONSORCIO, contenida en el QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, **DECLARA** que no corresponde que la ENTIDAD pague por concepto de indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante al CONSORCIO la suma de S/. 500,000.00 o S/ 500,000.00.

SEXTO: DECLARANDO FUNDADA EN PARTE LA SEXTA PRETENSIÓN DEL CONTRATISTA, contenida en el SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO, y, en consecuencia, **DISPONE** que cada parte debe asumir los gastos propios en que hubiere incurrido, siendo que los costos comunes del arbitraje, deberán ser asumidos por ambas en partes exactamente iguales, entendiéndose por comunes los honorarios del Tribunal Arbitral, la secretaría arbitral y los demás gastos procedimentales.

SÉPTIMO: FIJANDO los honorarios del Tribunal Arbitral y los correspondientes a los servicios de administración en los montos que han sido previamente pagados por las partes.

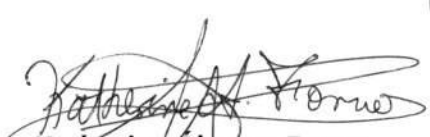
OCTAVO: DISPONIENDO que la Secretaría Arbitral proceda notificar el presente laudo a las partes para los fines que corresponda.

Notifíquese a las partes.



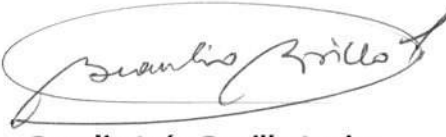
Nilo Vizcarra Ruiz

Presidente del Tribunal Arbitral



Katherine Álvarez Forno

Árbitro



Braulio Iván Rosillo Larios

Árbitro

VOTO EN DISCORDIA DEL DR. BRAULIO IVÁN ROSILLO LARIOS CON RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN.-

El árbitro que suscribe el presente voto coincide con el voto suscrito en Mayoría en lo concerniente a los Antecedentes, los Considerandos y la parte resolutive de la Primera, Segunda, Cuarta, Quinta, Sexta y Séptima Pretensiones, así como de la decisión sobre costas y gastos del arbitraje.

Sin embargo discrepa respetuosamente en torno a los considerandos y la parte resolutive de la Tercera Pretensión.

Baso mi opinión en las siguientes razones:

1. En relación con la Tercera Pretensión.

Solicita el CONSORCIO, como Tercera Pretensión, *"Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene que PROVÍAS reembolse los gastos de renovación de las cartas fianza de fiel cumplimiento de contrato en que ha incurrido el CONSORCIO, desde la fecha en que debieron ser devueltas hasta la fecha de entrega de la misma"*.

Como se ha indicado en la parte considerativa del laudo, la ENTIDAD exigió al CONSORCIO la devolución de un monto por concepto de pago indebido. Como consecuencia de dicha exigencia, la obligación por parte del CONSORCIO de mantener vigentes las cartas fianzas se prolongó en el tiempo.

Conforme se desprende de la documentación que obra en el expediente, la ENTIDAD efectuó dicho acto únicamente en cumplimiento de una recomendación formulada por el Órgano de Control Institucional.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, conforme al literal d) del artículo 42° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785, la entidad tiene la obligación de implementar dichas recomendaciones, de lo contrario, el funcionario responsable incurrirá en infracción.

"Artículo 42.- Infracciones

Constituyen infracciones sujetas a la potestad sancionadora de la Contraloría General:

(...)

d) La omisión en la implantación de las medidas correctivas recomendadas en los informes realizados por los Órganos del Sistema (...)"

Con la finalidad de no incurrir en la infracción antes mencionada, los funcionarios responsables de la entidad no tienen más opción que implementar la recomendación formulada por Sistema Nacional de Control a través del Órgano de Control Institucional.

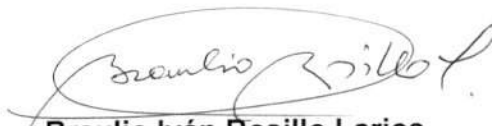
De esta manera, se advierte que la exigencia descrita en el primer párrafo del presente voto discordante, tuvo su origen en una decisión (recomendación) del Órgano de Control Institucional.

Es pertinente indicar que, conforme a los artículos 17º y 18º de la Ley N° 27785, el Órgano de Control Institucional no forma parte de la entidad a la que fiscaliza (efectúa el control gubernamental); por el contrario, mantiene una relación de dependencia funcional con la Contraloría General.

De este modo, la ENTIDAD actuó en estricto cumplimiento de la recomendación efectuada por la Contraloría General.

La actuación de la ENTIDAD fue legítima, toda vez que se ampara en las disposiciones contenidas en la Ley N° 27785, normas de orden imperativo. En esa medida, no puede asumir responsabilidad alguna por la implementación de la referida recomendación.

En consecuencia, el suscrito es de la opinión que se DECLARE **INFUNDADA** LA TERCERA PRETENSIÓN DEL CONSORCIO.


Braulio Iván Rosillo Larios
Árbitro