

Fecha: 20/12/2017 Hora: 11:53 AM



Notificación N°

0243

Nro. Expediente 671-75-15

Secretario Arbitral Sofia Belen Begazo Neyra

Demantante(s) Consorcio Vial San Marcos , Fernando Cantuarias Salaverry

Demandado(s) PROVIAS NACIONAL

Título Se notifica el Laudo

Sumilla Se notifica el Laudo



Destinatario PROVIAS NACIONAL

Dirección Legal Jr. Zorritos N° 1203, Mesa de Partes de Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Edificio Circular 1° Piso) LIMA-LIMA-LIMA



Se adjunta:

1. Se notifica el Laudo.docx

Comentarios

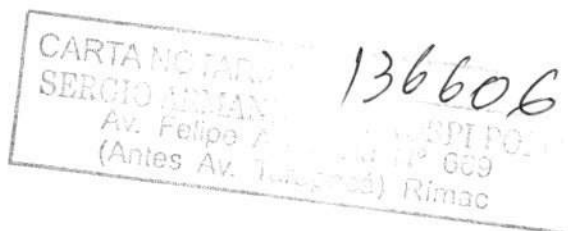
Lima, 20 de diciembre de 2017

Señores

PROVIAS NACIONAL

Jirón Zorritos N° 1203

Cercado de Lima.-



Referencia: Arbitraje Vial San Marcos vs. PROVIAS NACIONAL (Exp. N° 671-75-15)

De mi consideración:

Tengo a bien dirigirme a ustedes, a fin de hacerles llegar un ejemplar de la Resolución N° 32 de fecha 20 de diciembre de 2017 a fojas 40, la cual contiene el Laudo Arbitral emitido por los doctores Fernando Cantuarias Salaverry, Eduardo Solís Tafur y Ludwig Bautista Rado, recaído en el expediente arbitral seguido entre el Consorcio Vial San Marcos y Provías Nacional.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
CENTRO DE ANALISIS Y RESOLUCIONES DE CONFLICTOS
Sofía Belén Begazo Neyra
Sofía Belén Begazo Neyra
Secretaria Arbitral



LAUDO DE DERECHO

CONSORCIO VIAL SAN MARCOS

C.

**PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE
NACIONAL**

**TRIBUNAL ARBITRAL PRESIDIDO POR
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, E INTEGRADO POR
EDUARDO SOLÍS TAFUR Y LUDWIG BAUTISTA RADO**

Resolución N° 32
Lima, 20 diciembre de 2017

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1. El 19 de setiembre de 2011, el Consorcio Vial San Marcos (en adelante, CONSORCIO) y el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (en adelante, PROVIAS) suscribieron el Contrato de Consultoría de Obra N° 067-

2011-MTC/20 para elaborar el Estudio Definitivo para el Mejoramiento de la Carretera San Marcos-Cajabamba-Sausacocha; tramo: Cajabamba-Sausacocha (en adelante, el CONTRATO).

2. En la ejecución del CONTRATO surgieron controversias entre las partes que son materia del presente arbitraje.

II. EL PROCESO ARBITRAL

II.1. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

INICIO DEL ARBITRAJE, DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

3. Surgidas las controversias entre las partes, éstas procedieron a designar a sus respectivos árbitros, quienes a su vez se pusieron de acuerdo respecto del nombramiento del tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral.
4. El Tribunal Arbitral quedó constituido por los señores Eduardo Solís Tafur, Ludwing Bautista Rado y Fernando Cantuarias Salaverry en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral.
5. El 30 de setiembre de 2015, se instaló el Tribunal Arbitral con la presencia y la participación de ambas partes. En este acto, se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de honorarios del árbitro y del centro arbitral.

EL CONVENIO ARBITRAL Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

6. En la cláusula vigésimo séptima del CONTRATO, referida a la solución de controversias, las partes acordaron lo siguiente:



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, con excepción de aquellas referidas en el Artículo 23° de LA LEY Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley.

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 por los Artículos 215°, 218° y 219° del REGLAMENTO.

En caso que el monto de la cuantía de la(s) controversia(s), señalada(s) en la solicitud de arbitraje, sea(n) mayor a 50 (cincuenta) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha de la referida solicitud, la(s) controversia(s) será(n) resuelta(s) por un Tribunal Arbitral compuesto por tres árbitros. Cada una de las partes designará un árbitro y ambos árbitros designarán a su vez al tercero, y este último presidirá el Tribunal Arbitral. Vencido el plazo para la respuesta a la solicitud de arbitraje sin que se hubiera designado al árbitro correspondiente, la parte interesada solicitará al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, dentro del plazo de 05 (cinco) días hábiles, la respectiva designación, acorde a lo establecido en los Artículos 219° y 220° del REGLAMENTO.

De otro lado, si el monto de la cuantía de la(s) controversia(s), señalada(s) en la solicitud de arbitraje, sea(n) menor a 50 (cincuenta) Unidades Impositivas Tributarias-UIT, vigentes a la fecha de la referida solicitud, la(s) controversia(s) será(n) resuelta(s) por Árbitro Único, siguiendo el procedimiento establecido en el Artículo 220° del REGLAMENTO.

En caso que la(s) controversia(s), señalada(s) en la solicitud de arbitraje, verse(n) sobre materia de cuantía indeterminable, ésta(s) deberá(n) ser resuelta(s) por un Tribunal Arbitral conforme al numeral 27.3 de la presente cláusula.

La designación de árbitro efectuada por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú en defecto de las partes, será inimpugnable.

Las partes acuerdan que los honorarios de los árbitros y el cobro de gastos administrativos (incluye gastos secretariales) no excederán lo que corresponda según el Tarifario de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vigente a la fecha de la presentación de la solicitud arbitral.

Asimismo, las partes acuerdan que el proceso arbitral será realizado bajo la organización, administración y reglas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, sin perjuicio de lo expresamente estipulado en la totalidad de la presente Cláusula Arbitral.

Las partes acuerdan que cuando exista un proceso arbitral en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo Contrato, sólo procederá la acumulación de procesos y/o pretensiones siempre que exista común acuerdo entre las partes formalizado por escrito.

El Laudo Arbitral emitido obligará a las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el mismo inapelable ante el Poder Judicial o cualquier instancia administrativa, tiene valor de cosa juzgada y se ejecutará como una sentencia. Queda perfectamente entendido que las partes no le confieren al Tribunal o al Árbitro Único la posibilidad de ejecutar el laudo.

Las partes acuerdan que de considerar necesario interponer recurso de anulación del Laudo Arbitral ante el Poder Judicial, no constituirá requisito de admisibilidad de dicho recurso la presentación de recibo de pago, comprobante de depósito bancario, fianza solidaria por el monto laudado o cualquier otro tipo de carga o derecho a favor de la parte vencedora, creado o por crearse.

PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

7. De acuerdo al Acta de Instalación, serán de aplicación al presente arbitraje las reglas procesales establecidas en dicha Acta, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, REGLAMENTO ARBITRAL) y el Decreto Legislativo No.1071 (en adelante, LEY DE ARBITRAJE).

8. En caso de discrepancia de interpretación o insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral podrá resolver en forma definitiva del modo que considere apropiado.
9. Se aplicará al fondo de la controversia la Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Legislativo No. 1017 (en adelante, LEY DE CONTRATACIONES), así como el Reglamento –Decreto Supremo N° 184-2008-PCM (en adelante, REGLAMENTO) y demás normas de derecho público y, en forma supletoria, las disposiciones del Código civil y demás normas de derecho privado.

II.2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

10. El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE. Estando a lo dispuesto en el mencionado artículo, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.
11. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente arbitraje se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE, en el que se señala que:

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

II.3. LA DEMANDA

12. El CONSORCIO presentó su demanda mediante escrito de fecha 13 de noviembre de 2015.



PETITORIO

Primera pretensión principal: Que se declare inválida e ineficaz la resolución del CONTRATO formulada por PROVIAS en su Resolución Directoral No. 102-2015-MTC/20 del 24 de febrero de 2015.

Segunda pretensión principal: Que se declare que no se ha impuesto válidamente al CONSORCIO un monto de penalidades mayor o igual al porcentaje del monto contractual que habilitaría a PROVIAS a resolver el CONTRATO.

Tercera pretensión principal: Que se declare resuelto el CONTRATO por incumplimiento del deber de buena fe contractual por parte de PROVIAS; y que se reconozca y ordene pagar a favor del CONSORCIO una indemnización equivalente al valor de la versión final del Estudio Definitivo para el Mejoramiento de la Carretera San Marcos-Cajabamba-Sausacocha; tramo: Cajabamba-Sausacocha que le fue entregada a PROVIAS.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

13. El 19 de setiembre de 2011 se suscribió el CONTRATO, mediante el cual el CONSORCIO se comprometió con PROVIAS a elaborar el Estudio Definitivo para el Mejoramiento de la Carretera San Marcos-Cajabamba-Sausacocha; tramo: Cajabamba-Sausacocha (en adelante, Estudio Definitivo).
14. Se estableció que el plazo contractual era de doscientos diez (210) días y el monto por la suma de S/. 1'938,837.35 (Un millón novecientos treinta y ocho mil ochocientos treinta y siete con 35/100 Soles), incluido el IGV. Asimismo, el CONSORCIO debía entregar los siguientes informes sobre las especialidades de ingeniería, ambiental y arqueología: Informe Preliminar, Informe No. 1, Informe No. 2, Informe No. 3, Informe No. 4 (borrador del Informe Final) e Informe No. 5 Informe Final (Informe No. 4 editado).

15. A través de la Carta No. 052-2011 del 2 de noviembre de 2011, el CONSORCIO presentó el Informe Preliminar, el cual fue observado por PROVIAS. Dentro del plazo, el CONSORCIO levantó las observaciones.
16. Dentro del plazo acordado, el CONSORCIO presentó el Informe No. 1 mediante Carta No. 070-2011-CVSM del 16 de noviembre de 2011. Dicho informe fue observado por PROVIAS y el CONSORCIO cumplió con absolver las observaciones. Así, el Informe No. 1 fue aprobado por el Oficio No. 3245-2011-MTC/20.6 del 21 de diciembre de 2011.
17. El CONSORCIO presentó el Informe No. 2 por Carta No. 23-2012 del 16 de enero de 2012. Este informe fue observado por PROVIAS en tres oportunidades sucesivas y fuera del plazo; sin embargo, el CONSORCIO absolvió todas las observaciones. Finalmente, PROVIAS aprobó dicho informe mediante Oficio No. 864-2012-MTC/20.6 del 19 de abril de 2012, aplicando erróneamente una penalidad por cuatro días de retraso.
18. Presentado el Informe No. 3, este fue devuelto por PROVIAS, ya que todavía estaba pendiente la aprobación del Informe No. 2. Por ello, luego de la aprobación del Informe No. 2, el CONSORCIO volvió a presentar el Informe No. 3 por Carta No. 121-2012-CVSM del 20 de abril de 2012.
19. El Informe No. 3 fue observado en tres oportunidades y luego de que el CONSORCIO levantara las observaciones, PROVIAS lo aprobó parcialmente. Únicamente aprobó las especialidades de suelos y pavimentos y costos y presupuestos, por lo que continuó realizando más observaciones a las demás especialidades, las cuales fueron absueltas por el CONSORCIO. Finalmente, a través del Oficio No. 2193-2012-MTC/20.1 del 17 de setiembre de 2012, PROVIAS aprobó el íntegro del Informe No. 3.
20. El CONSORCIO presentó el Informe No. 4 pero PROVIAS devolvió algunos de los componentes y solo se quedó para revisión con las especialidades de tráfico

y la de suelos y pavimentos. PROVIAS aprobó la especialidad de tráfico y observó la especialidad de suelos y pavimentos.

21. Mediante Carta No. 208-2012-CSVM del 5 de diciembre de 2012, el CONSORCIO presentó las partes devueltas del Informe No. 4. PROVIAS realizó fuera de plazo diversas observaciones sucesivas a dicho informe, atendiendo criterios que no habían sido previstos. No obstante, el CONSORCIO absolvió dichas observaciones y a medida que se presentaban, PROVIAS aprobaba de forma parcial el Informe No. 4. Por tanto, al 26 de agosto de 2014 solo estaba pendiente la especialidad de costos y presupuestos y la especialidad de evaluación económica.
22. PROVIAS –mediante Carta Notarial– remitió el Oficio No. 007-2015-MTC/20 del 8 de enero de 2015, por el cual otorgó al CONSORCIO el plazo de quince días hábiles (vencía el viernes 23 de enero de 2015) para que levante las observaciones a las especialidades pendientes del Informe No. 4 y el Informe Final del componente ambiental y componente arqueológico.
23. Así pues, el lunes 26 de enero de 2015 el CONSORCIO presentó la absolución a las observaciones de la especialidad costos y presupuestos, el 2 de febrero de 2015 presentó la especialidad de evaluación económica que completa el estudio de canteras. Asimismo, presentó a la Unidad Gerencia de Estudios –por Carta No. 003-2015-CSVM del 4 de febrero de 2015– el estudio ambiental y la Resolución Directoral No. 007-2015-GGPA-VMPCIC/MC, la cual aprobó el Informe Final de Proyecto de Evaluación Arqueológica.
24. Finalmente, PROVIAS mediante Carta Notarial del 24 de febrero de 2015 alcanzó el Oficio No. 364-2015-MTC/20 el mismo que contenía la Resolución Directoral No. 102-2015-MTC/20, por la cual resolvió el CONTRATO.



De la primera pretensión principal

25. Luego de la resolución por parte de PROVIAS, el CONSORCIO por Carta No. 016-2015-CSVM del 20 de marzo de 2015 manifestó que ya había cumplido con entregar los siguientes documentos:

- Levantamiento de observaciones al Borrador del Informe Final de la especialidad costos y presupuestos
- Borrador del Informe Final de la especialidad evaluación económica
- Informe Final de la especialidad Impacto Ambiental
- Informe Final del Proyecto de Evaluación Arqueología y Resolución Directoral No. 448-2014-DGPA-VMPCIC/MC de aprobación
- Levantamiento de observaciones de Costos y Presupuestos del Informe de Borrador del Estudio Definitivo
- Evaluación Económica y Resumen Ejecutivo actualizado del Informe Final.
- Informe Final del Estudio
- Informe Final Planes de Compensación y Reasentamiento Involuntario para Proyectos de Infraestructura de Transporte (PACRI).

26. Asimismo, señaló que sin perjuicio de que PROVIAS había resuelto el CONTRATO, el CONSORCIO cumplió con entregar el Informe Final. Por tanto, considerando que la resolución del CONTRATO no había quedado consentida, solicitó que se deje sin efecto la misma.

27. En relación al plazo contractual, el CONSORCIO señaló que si bien se había fijado en 210 días, el plazo fue superado 5.86 veces por causas no imputables al CONSORCIO. Además, en este tipo de contratos es usual que se exceda el plazo, hasta en 18 veces, y en ninguno de los casos ello es empleado como causal para resolver el contrato.

28. En este caso, la extensión del plazo contractual se debió a las incongruencias encontradas por el CONSORCIO en los Términos de Referencias. Por otro lado,

los informes elaborados por el CONSORCIO fueron sometidos a diversas observaciones que si bien fueron absueltas, en su mayoría no eran relevantes e impactaron en el atraso del plazo.

29. En relación al estudio ambiental y el aspecto social del Componente Ambiental – Arqueología, hubo una contradicción en el criterio de evaluación del informe. La opinión del administrador de contratos difirió de la opinión del especialista ambiental de la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales, ya que las observaciones iniciales no fueron de fondo. Sin perjuicio de ello, las observaciones fueron levantadas en el Informe Final remitido por Carta No. 13-2015-CVSM del 13 de marzo de 2015.
30. Respecto al PACRI, la opinión del administrador de contratos también difirió de la del especialista en afectaciones prediales, ya que este último formuló recomendaciones más que observaciones. Dichas recomendaciones fueron atendidas en el Informe Final remitido por Carta No. 14-2015-CVSM del 16 de marzo de 2015.
31. Sobre el Informe Final del Proyecto de Evaluación Arqueológica, la especialista señaló que el consultor tenía que remitir el CIRA, por lo que indicó que se solicite al consultor el archivo digital del Informe Final del Proyecto y que se tomen en cuenta las consideraciones del Ministerio de Cultura para efectuar la implementación del monitoreo arqueológico. Contrariamente, el administrador del contrato indicó que el estudio estaba incompleto.
32. En relación a la especialidad de costos y presupuestos del Componente de Ingeniería, el CONSORCIO discrepa con la opinión del especialista porque considera que las observaciones, en realidad, no fueron de fondo.
33. En el caso de la especialidad de evaluación económica, el administrador del contrato concluyó que el estudio no cumplía con los Términos de Referencia. Sin embargo, dicha precisión era de un punto específico y fue subsanada en el Informe Final presentado el 13 de marzo de 2015.

34. Respecto al capítulo de canteras y ensayos de adherencia, nuevamente la opinión del especialista fue distinta de la del administrador, ya que las observaciones del especialista no fueron de fondo. De igual modo, esas observaciones fueron subsanadas en el Informe Final presentado el 13 de marzo de 2015.
35. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que respecto a los componentes Ingeniería, ambiental y arqueología se desprende que el Estudio Definitivo se encuentra prácticamente concluido. En efecto, del componente ingeniería se aprobaron los Informes No. 1, No. 2 y No. 3 y el Informe No.4 se encuentra culminado en un 90-95%. Respecto al componente ambiental, se aprobaron también los Informes No. 1, No. 2 y No. 3 y el Informe Final fue presentado el 4 de febrero de 2015. En relación al componente arqueológico, solo falta la emisión del CIRA, por lo cual está terminado al 100%.
36. Además, el CONSORCIO entregó el Informe Final de todas las especialidades subsanadas por las Cartas No. 13-2015 y 14-2015 de fechas 13 y 16 de marzo de 2015, respectivamente.
37. Por último, cabe mencionar que la doctrina y jurisprudencia civil sostienen que solo debe resolverse el contrato cuando medie un incumplimiento grave, en atención al principio de conservación de los contratos. Pues bien, en este caso no ha ocurrido un incumplimiento grave, ya que el Estudio Definitivo está prácticamente concluido y lo que falta ejecutar es mínimo. Por tanto, la resolución del CONTRATO efectuada por PROVIAS no es válida.
38. Por tanto, la primera pretensión principal debe ser declarada fundada.

De la segunda pretensión principal

39. El CONSORCIO fue notificada con la imposición de penalidades por la entrega tardía de los informes después de la presentación de sus valorizaciones, al

verificar que existían detracciones en las facturas. Esas penalidades fueron impuestas incorrectamente, ya que no se tuvo en cuenta que los retrasos se debieron a incongruencias en los Términos de Referencias o a la modificación de los criterios de evaluación del personal que realizaba observaciones de forma, contradictoria, sucesiva y de manera extemporánea.

40. Aun cuando se considere que los atrasos son imputables al CONSORCIO, el monto de las penalidades no ascienden al 10% del monto del contractual. Por tanto, no se alcanza el monto que valide la resolución del CONTRATO.
41. En efecto, el monto del CONTRATO es de S/. 1'938,837.35, por lo cual el 10% asciende a la suma de S/. 193,883.74. En este caso, al Informe No. 2 se le aplicó una penalidad de S/. 36,930.24 y al Informe No. 3 por S/. 144,027.92. Ambos montos suman la cantidad de S/. 180,958.16, que no llega al monto máximo de 10% del CONTRATO.
42. Por tanto, la segunda pretensión principal debe ser declarada fundada.

De la tercera pretensión principal

43. La resolución del CONTRATO no tenía fundamento, pero fue una medida tomada por PROVIAS cuando advirtió que el Estudio Definitivo ya no le sería útil. Ello debido a que descartó la alternativa del mejoramiento del Tramo Cajabamba-Sausacocha, la cual debía realizarse mediante la suscripción de un contrato de obra, y dispuso la entrega en concesión de dicho tramo, para lo cual el Estudio Definitivo no era útil.
44. El CONTRATO se celebró con el objetivo de que el CONSORCIO elaborara el Estudio Definitivo para el Mejoramiento de la Carretera San Marcos-Cajabamba-Sausacocha; tramo: Cajabamba-Sausacocha, el cual sería utilizado para convocar a una licitación destinada a suscribir un contrato de obra, bajo el cual



se llevaría a cabo el mejoramiento de la carretera en el tramo Cajabamba-Sausacocha.

45. En la fecha de suscripción del CONTRATO estaba vigente el Contrato No. 010-2010-MTC/20 destinado a conservar niveles de servicio en 8 - 9 – 10 Corredor Vial: Emp. PE-1N (Trujillo) – DV. Otuzco-Huamachuco-Sausacocha-Cajabamba-San Marcos-Cajamarca (del cual forma parte el tramo Cajabamba-Sausacocha), cuyo plazo de ejecución era desde el 11 de febrero de 2010 hasta el 10 de febrero de 2015.
46. Sin embargo, el 28 de mayo de 2014 se celebró el Contrato de Concesión de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2: Ciudad de Dios-Cajamarca-Chiple, Cajamarca-Trujillo y Dv. Chilete- EMP. PE-3N. La vigencia de 25 años descarta la opción de mejoramiento de la carretera del Tramo Cajabamba-Sausacocha porque el concesionario debe efectuar solo conservación rutinaria en ese tramo y no rehabilitación y mejoramiento.
47. En ese sentido, la resolución del CONTRATO promovida por PROVIAS constituye una vía de hecho para implementar su decisión de entregar en concesión el Tramo Cajabamba-Sausacocha sin cargar con el costo de pagar el íntegro por la versión final del Estudio Definitivo elaborado por el CONSORCIO.
48. Esa conducta de PROVIAS es contraria al deber de buena fe contractual, recogido en el artículo 1362 del Código Civil. En lugar de comunicar al CONSORCIO el cambio de alternativa y de plantear concluir el vínculo por mutuo disenso, PROVÍAS se autoliberó de pagar por el Estudio Definitivo a través de observaciones irregulares y sin sustento, con el fin de resolver el CONTRATO injustificadamente.
49. El incumplimiento del deber de buena fe y colaboración contractual no difiere del incumplimiento de una obligación pactada expresamente en el CONTRATO y habilita la resolución. Por ello, se solicita que el CONTRATO sea resuelto por infracción de dicho deber por parte de PROVIAS.

50. Como consecuencia de dicho incumplimiento, surge la obligación de indemnizar el daño sufrido. Para ello se analizará el cumplimiento de los elementos de la responsabilidad civil contractual.
51. En este caso, el hecho dañoso o conducta antijurídica está constituida por la indebida resolución del CONTRATO promovida por PROVIAS. Asimismo, esa conducta es causa directa de los daños sufridos por el CONSORCIO, que no ha podido acceder de manera integral a una contraprestación por el Estudio Definitivo. Respecto, al factor de atribución PROVIAS resulta responsable por culpa leve conforme al artículo 1329 del Código Civil. El daño está constituido por el valor de la versión final del estudio Definitivo.
52. En el supuesto negado que se considere que PROVIAS no ha incumplido una obligación al resolver el CONTRATO indebidamente, el Tribunal Arbitral deberá verificar que se ha producido un ejercicio abusivo de sus derechos contractuales.
53. Por lo expuesto, la tercera pretensión principal debe ser declarada fundada.
54. El CONSORCIO ofreció el mérito de prueba documental, testimonial y pericial.

II.4. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

55. PROVIAS contestó la demanda por medio de escrito de fecha 12 de enero de 2016.

PETITORIO

56. Que se declare infundada la demanda.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

De la primera pretensión principal

57. La resolución del CONTRATO fue realizada cumpliendo las formalidades del CONTRATO, la LEY DE CONTRATACIONES y su REGLAMENTO. En efecto, la cláusula décimo cuarta del CONTRATO señala lo siguiente:

“Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40°, literal c) y 44° de la LEY, y los artículos 167° y 168° del REGLAMENTO. De darse el caso, PROVIAS procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169° del REGLAMENTO.

En caso de incumplimiento por parte del CONSULTOR de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por PROVIAS, y que no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el presente contrato en forma total o parcial mediante remisión, por la vía notarial, del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica, de conformidad con el procedimiento y formalidades previstos en el artículo 40° de la LEY”

58. Asimismo, en el CONTRATO se estableció las formas, plazos y modos por los que se entregarían los informes del Componente Ingeniería, Ambiental y Arqueología, los cuales tuvieron diversas anomalías en la ejecución.

59. Respecto al Componente Ingeniería:

- El Informe No. 1 fue observado una vez y luego del levantamiento de las observaciones, PROVIAS pagó la valorización por un importe de S/. 216,725.12.
- El Informe No. 2 fue observado en tres oportunidades y luego del levantamiento de las observaciones, PROVIAS pagó la valorización por un importe de S/. 219,465.78 y descontó el monto de S/. 36,930.34 por concepto de penalidad.

- El Informe No. 3 fue observado en cuatro oportunidades y, en específico el capítulo de Hidrología e Hidráulica fue observado siete veces y el capítulo Geología y Geotécnica seis veces. Luego de que el CONSORCIO absolviera todas las observaciones, PROVIAS canceló la valorización respectiva por el importe de S/. 221,987.19 y se descontó la suma de S/. 144,027.92 por concepto de penalidad.
- En la primera presentación del Informe No. 4 (Borrador de Informe Final) se declaró incompleto y fuera de plazo, por lo cual solo se aceptó para la revisión las especialidades de tráfico y suelos y pavimentos. Luego, el CONSORCIO presentó las partes faltantes y PROVIAS observó dicho informe hasta en 5 oportunidades.
- Finalmente, el 6 de enero de 2015 mediante Oficio Notarial No. 007-2015-MTC/20, de conformidad con el CONTRATO y la LEY DE CONTRATACIONES y el REGLAMENTO, PROVIAS inició el procedimiento de resolución. En ese sentido, solicitó que en el plazo de 15 días calendario se presente una nueva y definitiva versión del Informe No. 4 (Borrador del Informe Final) del Componente de Ingeniería, Componente Ambiental. En caso de no presentarse en el plazo o no subsanarse totalmente las observaciones, se procedería con la resolución del CONTRATO.

60. Respecto al Componente Ambiental:

- El CONSORCIO presentó el Informe No. 1 sobre el Plan de Trabajo del Estudio de Impacto Ambiental, el cual fue observado por la DGASA del MTC. Luego de la absolución de las observaciones, la DGASA aprobó el Plan de Trabajo del Estudio de Impacto Ambiental.

- El Informe No. 2 fue observado en tres oportunidades por la DGASA y luego del levantamiento de las observaciones, PROVIAS pagó la valorización por un importe de S/. 147,146.08.
- El Informe No. 3 fue observado en dos oportunidades por la DGASA y luego del levantamiento de las observaciones, PROVIAS pagó la valorización por un importe de S/. 75,585.57.

61. Respecto al Componente Arqueología, este consistía en la obtención del CIRA:

- El primer entregable fue observado por PROVIAS una vez y luego de que se absolvieran las observaciones, PROVIAS manifestó su conformidad.
- El segundo entregable fue observado dos veces por PROVIAS.

62. Habiéndose notificado, por Oficio No. 007-2015-MTC/20 del 6 de enero de 2015, el procedimiento de resolución contractual, PROVIAS resolvió el CONTRATO por los siguientes incumplimientos:

- Respecto al Componente de Ingeniería: incumplimiento de la presentación del levantamiento de observaciones del Estudio de Costos y Presupuestos correspondiente al Informe No. 4 (Borrador del Informe Final), incumplimiento en la presentación del Estudio de Evaluación Económica del Informe No. 4 (Borrador del Informe Final).
- Respecto al Componente Ambiental: incumplimiento en la presentación del Estudio de Impacto Ambiental, ya que fue presentado fuera de plazo y el tema ambiental, social y del PACRI estaban incompletos y con observaciones técnicas de fondo.

- Respecto al Componente de Arqueología: incumplimiento en la presentación del Proyecto de Evaluación Arqueológica del tercer entregable, toda vez que se presentó fuera de plazo, incompleto, con observaciones técnicas de fondo y no se contaba con el CIRA.

63. Por ello, la resolución practicada por PROVIAS no es un uso abusivo de su derecho. Además, debe tenerse en cuenta que las normas del Código Civil son supletorias al CONTRATO, la LEY DE CONTRATACIONES y su REGLAMENTO. En ese sentido, PROVIAS no tiene que probar que las obligaciones incumplidas son esenciales para ameritar la resolución, ya que PROVIAS –a diferencia del contratista– puede resolver el CONTRATO por el incumplimiento de cualquier obligación.

64. Por todo lo expuesto, debe declararse infundada la primera pretensión principal.

De la segunda pretensión principal

65. PROVIAS efectuó la penalidad por retraso injustificado en la presentación de los informes y levantamiento de observaciones, conforme al numeral 14 de la cláusula décima tercera del CONTRATO.

66. El CONSORCIO tiene un total de 503 días calendario de atraso que son de su responsabilidad en la presentación de los informes de avances y levantamiento de observaciones del Componente Ingeniería y un total de 511 días por el Informe No. 4 del Componente Ambiental. La suma de ambos retrasos hace un total de 1014 días.

67. Por los 1014 días se ha generado una penalidad total por S/. 3'744,725.85; sin embargo, conforme al CONTRATO solo se puede aplicar el tope máximo del 10% del monto contractual. Por ello, la penalidad asciende a la suma de S/. 193,883.74, la cual está compuesta por los siguientes montos:



- En la Valorización No. 2 del Informe No. 2 del Componente de Ingeniería se aplicó una penalidad por la suma de S/. 36,930.24.
- En la Valorización No. 4 del Informe No. 3 del Componente de Ingeniería se aplicó una penalidad por la suma de S/. 144,027.92.
- De acuerdo al artículo 165° del REGLAMENTO, en caso de retraso injustificado en la ejecución del contrato, la entidad aplicará una penalidad por cada día de retraso hasta por un monto máximo del 10% del contrato. En consecuencia, a PROVIAS le corresponde aplicar la suma de S/. 193,883.74, por penalidad, habiéndose retenido la suma de S/. 180,958.16, por lo que queda un saldo de penalidad por cobrar de S/. 12,925.58.

68. Por todo lo expuesto, la segunda pretensión principal debe ser declarada infundada.

De la tercera pretensión principal

69. La resolución del CONTRATO efectuada por PROVIAS no es contraria a la buena fe, pues se sustenta en el incumplimiento del CONSORCIO y el retraso injustificado en la presentación de los informes y levantamiento de observaciones. Por ello, se ratifica la decisión de resolver el CONTRATO dispuesta en la Resolución Directoral No. 102-2015-MTC/20 del 24 de febrero de 2015.
70. Por otro lado, el CONSORCIO pretende resolver el CONTRATO alegando que PROVIAS habría incumplido el deber de buena fe y solicita una indemnización por ello. El sustento para todo ello es que se iba a disponer en concesión el tramo relacionado con el Estudio Definitivo, por lo cual este ya no tendría utilidad.

71. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el CONSORCIO de manera muy ligera acusa a PROVIAS de tener otros intereses. Sin embargo, ello no ha sido probado y solo se basa en suposiciones que no acreditan que PROVIAS ya no tiene interés en el Estudio Definitivo. Por el contrario, afirmar hechos que no son ciertos sí es contrario a la buena fe contractual.
72. Sin perjuicio de lo anterior, PROVIAS nunca faltó al deber de buena fe, más bien, fue tolerante con el CONSORCIO puesto que constantemente había demoras en la entrega de informes, errores y demora en el levantamiento de las observaciones. Esa acumulación de incumplimientos desencadenó la resolución contractual.
73. Por lo anterior, debe declararse infundada la tercera pretensión principal.
74. PROVIAS ofreció el mérito de pruebas documentales.

II.5 LA RECONVENCIÓN

75. El 12 de enero de 2016, junto con el escrito de contestación de la demanda, PROVIAS presentó su reconvención, teniendo como pretensiones las siguientes:

Primera pretensión principal: Que el CONSORCIO reconozca a favor de PROVIAS una indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la Resolución del CONTRATO, por el monto de S/. 1'287,277.21.

Segunda pretensión principal: Que el CONSORCIO asuma la totalidad de costas y costos generados con la tramitación del presente arbitraje.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

De la primera pretensión principal:

76. De acuerdo con la Resolución Directoral No. 102-2015-MTC/20 del 24 de febrero de 2015, el perjuicio económico por la resolución del CONTRATO asciende al monto de S/. 1'287,277.21, cuyo detalle es el siguiente:
- El monto de S/. 6,000 para cubrir el costo de viajes de 6 ingenieros para desarrollar términos de referencia.
 - La suma de S/. 6,000 por gastos de tiempo de los miembros del Comité especial para el desarrollo del proceso de selección.
 - El monto de S/. 600 por gastos notariales para la apertura de dos sobres en el proceso de selección.
 - El monto de S/. 6,000 para cubrir el costo de 6 profesionales por los viajes de comisión de servicios para inspeccionar los trabajos realizados por el consultor en la zona del estudio.
 - La suma de S/. 880,909.74 que fue pagada al CONSORCIO en las valorizaciones de los avances del estudio Definitivo.
 - La suma de S/. 387,767.47 por costo financiero por el no uso de recursos asignados en el ejercicio presupuestal.
77. La indemnización solicitada por PROVIAS cumple con los elementos que constituyen la responsabilidad civil.
78. En este caso, la conducta antijurídica está constituida por las reiteradas y continuas observaciones a los informes y la demora en el levantamiento de las mismas. Ello sumado a la causal de resolución por haberse acumulado la máxima penalidad. Dicha conducta antijurídica fue la que ocasionó el daño sufrido por PROVIAS, por lo cual existe relación de causalidad.
79. La conducta del CONSORCIO incurre en el factor de atribución de la culpa inexcusable por el incumplimiento de sus obligaciones. En relación a la atribución

de responsabilidad a PROVIAS, alegando una falta de interés por la continuación del CONTRATO, la conducta del CONSORCIO es de mala fe porque se basa en hechos falsos, por lo cual debería responder por actuar dolosamente en detrimento del interés público de PROVIAS.

80. El daño sufrido por PROVIAS asciende a la suma de S/. 1'287,277.21 y es un daño cierto, actual y subsistente.

81. Por todo lo expuesto, esta pretensión debe ser declarada fundada.

De la segunda pretensión principal:

82. Se solicita condenar al CONSORCIO al pago del íntegro de las costas y costos del presente arbitraje, toda vez que ha sido iniciado sin argumentos válidos.

83. Por ello, esa pretensión debe ser declarada fundada.

II.6 LA CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN

84. El 29 de febrero de 2016, el CONSORCIO contestó la reconvención planteada por PROVIAS.

De la primera pretensión principal:

85. El CONSORCIO cumplió con presentar el Estudio Definitivo por componentes e informes. En efecto, los Informes No. 1, 2 y 3 fueron aprobados en su totalidad y solo quedó pendiente dos especialidades del Informe No. 4, con lo cual el Estudio Definitivo está completo al 95%.

86. En tal sentido, sería excesivo atribuir al CONSORCIO la totalidad de los gastos incurridos en la ejecución de todo el CONTRATO. Sin perjuicio de que la resolución de PROVIAS es inválida e ineficaz.



87. En el supuesto que el CONSORCIO haya ocasionado algún daño a PROVIAS, este debería determinarse en virtud de la completitud del Estudio Definitivo.

88. Por ello, esa pretensión debe ser declarada infundada.

De la segunda pretensión principal:

89. Tras declararse fundadas las pretensiones de la demanda, corresponde que PROVIAS asuma los costos arbitrales del presente proceso.

II.7 LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

90. El 28 de marzo de 2016 se realizó –con la presencia de ambas partes– la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. Asimismo, conviene precisar que mediante Resolución No. 4, de fecha 4 de abril de 2016, el Tribunal Arbitral precisó el tercer punto controvertido. En ese sentido, los puntos controvertidos fueron establecidos de la siguiente manera:

Respecto a la demanda y contestación:

Primer punto controvertido: Determinar si corresponde o no declarar inválida e ineficaz la resolución del CONTRATO formulada por PROVIAS, mediante Resolución Directoral No. 102-2015-MTC/20 de fecha 24 de febrero de 2015.

Segundo punto controvertido: Determinar si corresponde o no declarar que no se ha impuesto válidamente al CONSORCIO un monto de penalidades mayor o igual al porcentaje del monto contractual que habilitaría a PROVIAS a resolver el CONTRATO por dicha causa.

Tercer punto controvertido: Determinar si corresponde o no declarar resuelto el CONTRATO por incumplimiento al deber de buena fe contractual por parte de PROVIAS; y que se reconozca y ordene pagar a favor del CONSORCIO una indemnización equivalente al valor de la inversión final del Estudio Definitivo para el Mejoramiento de la Carretera San Marcos - Cajabamba, Tramo Cajabamba – Sausacocha que le fue entregada a PROVIAS.

Respecto a la Reconvención:

Cuarto punto controvertido: Determinar si corresponde o no reconocer a favor de PROVIAS una indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la resolución del CONTRATO, por el monto de 1'287,277.21 (un millón doscientos ochenta y siete mil doscientos setenta y siete con 21/100 Soles).

91. El Tribunal Arbitral dejó claramente establecido que se reservaba el derecho de analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que están señalados y que de determinarse –al pronunciarse sobre algún punto controvertido– que carece de objeto pronunciarse sobre otros puntos controvertidos con los que guarde vinculación, podrá hacerlo, expresando las razones de dicha omisión.
92. En esta audiencia, el Tribunal Arbitral admitió las pruebas presentadas por las partes en el respectivo escrito de Demanda, Contestación y Reconvención. De otro lado, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente y de prescindir de las pruebas no actuadas en caso que las considere prescindibles o innecesarias.

II.8. TRAMITACIÓN POSTERIOR Y ALEGATOS

93. El 28 de marzo de 2016, el CONSORCIO precisó su tercera pretensión principal de la demanda. Mediante escrito de fecha 20 de mayo de 2016, PROVIAS se pronunció al respecto y ofreció nuevos medios probatorios. Ese último escrito fue absuelto por el CONSORCIO el 13 de junio de 2016.
94. El 9 de mayo de 2016, el CONSORCIO presentó el Informe Pericial elaborado por el ingeniero Carlos López Avilés de LLV Consultores S.A.C. Dicho Informe Pericial fue absuelto por PROVIAS el 28 de junio de 2016.

95. El 20 de junio de 2016, INGENIERÍA DINÁMICA S.A. –empresa integrante del CONSORCIO– presentó un escrito de recusación contra el Presidente del Tribunal Arbitral. El doctor Fernando Cantuarias Salaverry realizó sus respectivos descargos y el CONSORCIO dejó sin efecto la recusación, toda vez que la solicitud de INGENIERÍA DINÁMICA S.A no representaba la voluntad del CONSORCIO.
96. El 26 de setiembre de 2016, se realizó –con la presencia de ambas partes– la Audiencia de Sustentación de Pericia y Declaración de Testigos. El Tribunal Arbitral dejó constancia de que los testigos ofrecidos por el CONSORCIO no se presentaron.
97. En ese sentido, el CONSORCIO solicitó que se prescinda de las declaraciones y presentó por escrito de fecha 25 de octubre de 2016 los argumentos relacionados a las declaraciones testimoniales de los señores Juan Martín Heredia Vilchez y Amaru López Benavides. Al respecto, PROVIAS manifestó lo conveniente a su derecho mediante escrito de fecha 16 de noviembre de 2016.
98. Mediante Resolución No. 22 del 5 de diciembre de 2016, el Tribunal Arbitral solicitó a PROVIAS que presente los documentos requeridos por el CONSORCIO en su escrito del 25 de octubre de 2016. PROVIAS cumplió con presentarlos a través de los escritos de fecha 20 de diciembre de 2016, 24 de enero y 2 de marzo de 2017, respectivamente.
99. Por Resolución No. 25 de 26 de enero de 2017, el Tribunal Arbitral solicitó a las partes que presenten sus alegatos escritos.
100. El 10 de febrero de 2017, ambas partes cumplieron con presentar sus alegatos escritos finales.
101. El 14 de marzo de 2017, se realizó – con la presencia de ambas partes – la Audiencia de Informes Orales.

102. El 20 de marzo de 2017, el CONSORCIO recusó al Presidente del Tribunal Arbitral.
103. Mediante Resolución Administrativa N° 2 de 22 de noviembre de 2017, la Corte de Arbitraje declaró infundada la mencionada recusación.
104. Mediante Resolución No. 31 de fecha 29 de noviembre de 2017, el Tribunal Arbitral dispuso traer los autos para laudar, estableciendo como plazo treinta (30) días hábiles, contados desde la última notificación a las partes y sin perjuicio de su facultad de ampliar este plazo por un término similar.
105. Por tanto, este Colegiado procede a laudar dentro del plazo acordado con las partes.

III. CONSIDERANDO:

CUESTIONES PRELIMINARES

106. Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:
- Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral contenido en el CONTRATO.
 - Que en ningún momento se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
 - Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas.
 - Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e informar oralmente.
 - Que el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente arbitraje.

IV. ANÁLISIS CONJUNTO DE LA PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIONES PRINCIPALES DE LA DEMANDA

Primera pretensión principal: Que se declare inválida e ineficaz la resolución del CONTRATO formulada por PROVIAS en su Resolución Directoral No. 102-2015-MTC/20 del 24 de febrero de 2015.

Segunda pretensión principal: Determinar si corresponde o no declarar que no se ha impuesto válidamente al CONSORCIO un monto de penalidades mayor o igual al porcentaje del monto contractual que habilitaría a PROVIAS a resolver el CONTRATO por dicha causa.

107. Como ambas partes han afirmado, mediante Carta Notarial No. 102-2015-MTC/20 del 24 de febrero, PROVIAS procedió a resolver el CONTRATO. Para poder determinar si dicha resolución debe ser dejada sin efecto – tal como solicita el CONSORCIO– este Tribunal Arbitral analizará (i) el derecho de la parte demandada a resolver el CONTRATO, (ii) la causal de resolución y (iii) el procedimiento correspondiente.
108. En primer lugar, para poder analizar la existencia de un derecho de la parte demandada a resolver el CONTRATO, conviene hacer referencia al mismo. En la cláusula décimo cuarta se establece lo siguiente:

“Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40°, literal c) y 44° de la LEY, y los artículos 167° y 168° del REGLAMENTO. De darse el caso, PROVIAS procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169° del REGLAMENTO.

En caso de incumplimiento por parte del CONSULTOR de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por PROVIAS, y que no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el presente contrato en forma total o parcial mediante remisión, por la vía notarial, del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica, de conformidad con el procedimiento y formalidades previstos en el artículo 40° de la LEY.

En este supuesto, se ejecutarán las garantías que el CONSULTOR hubiera otorgado de conformidad con el Artículo 164 del REGLAMENTO, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios ocasionados". (Énfasis agregado)

109. Como se puede apreciar, el CONTRATO faculta a PROVIAS a resolverlo cuando el CONSORCIO incumpla cualquiera de sus obligaciones, sin exigirse que se traten de obligaciones esenciales ni que su incumplimiento sea grave. En ese mismo sentido, el literal c) del Artículo 40 de la LEY DE CONTRATACIONES dispone lo siguiente:

"Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento". (Énfasis agregado)

110. Teniendo en cuenta que la normativa sobre contrataciones con el estado regula de forma expresa la resolución contractual, no es pertinente recurrir a las normas del Código Civil. Además, la LEY DE CONTRATACIONES -a diferencia del Código Civil- faculta a la Entidad a resolver el contrato por cualquier incumplimiento. Por ello, deben desestimarse los argumentos del CONSORCIO sobre la necesidad de un incumplimiento grave para resolver el CONTRATO.

111. Ahora bien, corresponde analizar cuáles son los incumplimientos que habrían ameritado la resolución del CONTRATO por parte de PROVIAS.

112. Al respecto, PROVIAS alega que el CONSORCIO a lo largo de la ejecución contractual, los informes que presentó tuvieron que ser observados en diversas oportunidades porque no se ajustaban a lo pactado. En ese sentido, las correcciones que tuvo que realizar el CONSORCIO ocasionaron un retraso sustancial en la elaboración del Estudio Definitivo.

113. En específico, a la fecha de la resolución contractual –conforme a la Resolución Directoral No. 102-2015-MTC/20- estaba pendiente lo siguiente:

- El levantamiento de las observaciones del Estudio de Costos y Presupuestos correspondiente al Informe No. 4 del Componente de Ingeniería fue presentado extemporáneamente y además incompleto, y la parte presentada tiene observaciones de fondo.
- Se presentó fuera de plazo el Estudio de Evaluación Económica, correspondiente al Informe No. 4 del Componente de Ingeniería; además, no cumple con los Términos de Referencia.
- No se presentó el Estudio de Impacto Ambiental del Informe No. 4 del Componente Ambiental.

114. Por su parte, el CONSORCIO –al margen de que considera que la resolución es inválida– ha reconocido que cuando se le otorgó un último plazo de 15 días para levantar las observaciones, estas fueron presentadas extemporáneamente. Asimismo, señala que si bien el Estudio Definitivo tiene un alto porcentaje de completitud (alrededor del 90%) este se encuentra incompleto.

115. El propio Informe Pericial presentado por el CONSORCIO concluye también que el Estudio Definitivo se encontraba incompleto:



“1. En nuestra opinión, el nivel de completitud del estudio Definitivo presentado por el Consorcio es:

- Lo que fue materia del Informe 3 y fue aprobado, lo consideramos completo al 100%.
- El estudio de costos y presupuestos, al haber sido aprobado parcialmente en el Informe 3, lo consideramos completo al 80% más un 10% por el Informe 4 con un total de 90%.
- El componente evaluación económica al haberse presentado extemporáneamente y no haber pasado a un proceso de revisión y observaciones, lo consideramos con 0%.

2. No existe forma de poder calcular un porcentaje ponderado de completitud general del Estudio Definitivo, de una manera cuantitativa. Sin embargo, desde un punto de vista cualitativo, no hay duda de que las partes y especialidades más importantes y relevantes fueron cumplidas.”

116. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal Arbitral considera que efectivamente existió un incumplimiento del CONTRATO por parte del CONSORCIO; toda vez a la fecha de la resolución todavía seguían pendientes de absolver varias observaciones y el Informe Definitivo no estaba completo.

117. Adicionalmente, es necesario determinar si PROVIAS cumplió adecuadamente con el procedimiento para la resolución del CONTRATO.

118. Sobre el particular, la anteriormente citada cláusula decima cuarta del CONTRATO establece que el incumplimiento debe haber sido observado previamente, y que en caso no haya sido subsanado, PROVIAS podrá resolver el CONTRATO a través de una comunicación notarial.

119. A partir de la prueba aportada, consta que luego de las reiteradas observaciones a los Componentes de Ingeniería, Ambiental y Arqueología del Informe No. 4, PROVIAS –mediante Carta Notarial– remitió el Oficio No. 007-2015-MTC/20 del 8 de enero de 2015, otorgando un último plazo de quince días al CONSORCIO para que levante las observaciones del Informe No. 4.

120. Tal como ha sido reconocido por el propio CONSORCIO, presentó una parte de las absoluciones 3 días después de vencido el plazo (el lunes 26 de enero de 2015), y el resto los días 2 y 4 de febrero de 2015. Luego de revisarlos, PROVIAS consideró que las observaciones de fondo persistían.
121. En tal sentido, PROVIAS, mediante Carta Notarial del 24 de febrero de 2015 alcanzó el Oficio No. 364-2015-MTC/20, comunicando al CONSORCIO la resolución del CONTRATO.
122. Así pues, ha quedado comprobado que PROVIAS cumplió con el procedimiento establecido en el CONTRATO para la resolución del mismo.
123. Cómo último argumento, el CONSORCIO en su demanda, afirma que la doctrina y jurisprudencia civil sostienen que solo debe resolverse el contrato cuando medie un incumplimiento grave, en atención al principio de conservación de los contratos. Entiende además que en este caso no ha ocurrido un incumplimiento grave, ya que el Estudio Definitivo está prácticamente concluido y lo que falta ejecutar es mínimo. Por tanto, la resolución del CONTRATO efectuada por PROVIAS no es válida.
124. Sobre este particular, este Colegiado recuerda a las partes que estamos frente a un contrato regido por la ley y reglamento de contrataciones del Estado, normativa que, a diferencia de la civil, autoriza al Estado a resolver un contrato, sin que siquiera el incumplimiento sea considerado grave.
125. En efecto, el literal c) del Artículo 40 de la LEY DE CONTRATACIONES dispone lo siguiente:

“Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica (...).” (El énfasis es nuestro)

126. Por tanto, no cabe amparar el argumento adelantado por el CONSORCIO.
127. En consecuencia, en base a todo lo indicado hasta este momento, corresponde declarar infundada la Primera pretensión principal de la demanda.
128. En su Segunda pretensión principal, el CONSORCIO solicita "Que se declare que no se ha impuesto válidamente al CONSORCIO un monto de penalidades mayor o igual al porcentaje del monto contractual que habilitaría a PROVIAS a resolver el CONTRATO".
129. Como se verifica del propio pedido del demandante, este se trata de una pretensión declarativa, ya que no se discute si la penalidad es correcta o no.
130. Hecha esta aclaración, el CONSORCIO afirma haber acumulado en penalidades una suma menor al 10% del monto del CONTRATO (S/ 180,95816), razón por la cual PROVIAS no se encontraría habilitada para resolver el CONTRATO por esta razón.
131. Sobre el particular, la cláusula décima tercera del CONTRATO dispone que:

"13.1 En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del Contrato, PROVIAS le aplicará al CONSULTOR una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto y plazo del Contrato. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la Liquidación Final; o, si fuese necesario, se cobrará el monto resultante de la ejecución de garantías de Fiel Cumplimiento.

La penalidad se aplicará automáticamente (...)

13.3 Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, PROVIAS podrá resolver el Contrato por incumplimiento. (...)"

132. PROVIAS afirma que, a lo largo de la ejecución del CONTRATO, ha impuesto al CONSORCIO las siguientes penalidades por retrasos que afirma son imputables al CONSORCIO:

- En el Informe No. 2 hubo cuatro días de retraso en la presentación de levantamientos de la primera y segunda observación. Por ello, el monto por penalidad fue de S/.36,930.24.
- En el Informe No. 3 hubo un total de 53 días de retraso en el levantamiento de las observaciones. Por ello, el monto por la penalidad fue de S/.144,027.92.
- En el Informe No. 4 hubo un retraso de 446 días y respecto al Componente Ambiental el retraso fue de 511 días. El retraso total de 1014 días acumulaba una penalidad de S/. 3'744,725.85, dado que dicha suma superaba el 10% del monto del Contrato, al momento de resolver el CONTRATO, PROVIAS impuso la penalidad hasta el tope máximo de S/.193,883.74.

133. Como ya se indicó, las partes no han traído a conocimiento y decisión de este Colegiado si es que una o más de las penalidades han sido bien o mal impuestas.

134. Por tanto, al tratarse de una pretensión declarativa dónde PROVIAS ha identificado y probado que ha impuesto (bien o mal) penalidades mayores al 10% del monto del CONTRATO, la pretensión del CONSORCIO debe desestimarse.

V. ANÁLISIS DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

Tercera pretensión principal: Que se declare resuelto el CONTRATO por incumplimiento del deber de buena fe contractual por parte de PROVIAS; y que se reconozca y ordene pagar a favor del CONSORCIO una indemnización equivalente al valor de la versión final del Estudio Definitivo para el Mejoramiento de la Carretera San Marcos-Cajabamba-Sausacocha; tramo: Cajabamba-Sausacocha que le fue entregada a PROVIAS.

135. Para poder resolver esta pretensión, es necesario analizar si existió por parte de PROVIAS una conducta contraria a la buena fe que amerite la resolución contractual.
136. Al respecto, el CONSORCIO sostiene que la resolución del CONTRATO efectuada por PROVIAS fue injustificada y que obedeció a que el Estudio Definitivo ya no le era útil al haber otorgado en concesión el Tramo Cajabamba-Sausacocha. En tal sentido, esa resolución injustificada constituiría un incumplimiento del deber de buena fe por parte de PROVIAS.
137. Sobre este particular, en la sección anterior el Tribunal Arbitral concluyó que la resolución del CONTRATO efectuada por PROVIAS se ajusta a derecho. En otras palabras, el CONTRATO se encuentra resuelto por causas imputables al CONSORCIO.
138. No cabe pues que se pretenda amparar una resolución contractual por supuesta causa imputable a PROVIAS, cuando el CONTRATO fue originalmente resuelto por causa imputable al CONSORCIO.
139. Es más, el CONSORCIO fundamenta esta pretensión, afirmando que la resolución del CONTRATO practicada por PROVIAS no habría tenido fundamento, porque se habría tratado de una medida adoptada por PROVIAS cuando advirtió que el Estudio Definitivo ya no le sería útil, debido a que habría descartado la alternativa del mejoramiento del Tramo Cajabamba-Sausacocha, la cual debía realizarse mediante la suscripción de un contrato de obra, y dispuso la entrega en concesión de dicho tramo, para lo cual el Estudio Definitivo no era útil.
140. Se trata, cuando menos, de un argumento subjetivo que no ha sido debidamente probado en autos.
141. Es más, aun asumiendo que PROVIAS hubiera perdido interés en el Estudio Definitivo desarrollado por el CONSORCIO, ha sido debidamente acreditado (ver

el análisis de la Primera pretensión principal de la demanda), que el CONTRATO fue resuelto por PROVIAS no por "falta de interés", sino ante la presencia de incumplimientos imputables al CONSORCIO.

142. Constando debidamente los incumplimientos imputables al CONSORCIO y que, conforme a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aplicables, PROVIAS resolvió correctamente el CONTRATO, no cabe afirmar, como pretende el CONSORCIO, la existencia de un supuesto, pero jamás probado, ejercicio abusivo de derechos contractuales.
143. Por último, teniendo en cuenta que no se ha configurado una conducta antijurídica por parte de PROVIAS, no existe obligación de pagar el daño alguno al CONSORCIO. En otras palabras, el daño alegado por el CONSORCIO no es indemnizable.
144. Por todo lo expuesto, la tercera pretensión principal de la demanda debe ser declarada infundada.

VI. ANÁLISIS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

Primera pretensión principal: Que el CONSORCIO reconozca a favor de PROVIAS una indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la Resolución del CONTRATO, por el monto de S/. 1'287,277.21.

145. PROVIAS solicita una indemnización por los daños y perjuicios que habría sufrido a causa de la resolución del CONTRATO producida por los incumplimientos del CONSORCIO.
146. Sobre este particular, el Tribunal Arbitral observa que nuestro sistema jurídico ha dividido la reparación de los daños diferenciando a las reparaciones contractuales de las extracontractuales. Las primeras responden ante la preexistencia de una relación jurídico-patrimonial, mientras las segundas son

fuente de obligaciones, debiéndose cumplir en ambos casos con una serie de presupuestos:

- a. La imputabilidad, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.
- b. La ilicitud o antijuridicidad, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- c. El factor de atribución, es decir, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
- d. El nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
- e. El daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

147. La reparación reclamada por PROVIAS pertenece al régimen contractual, ya que se enmarca en la relación jurídica derivada del CONTRATO. Si bien en la sección IV ya se determinó que existió un incumplimiento contractual imputable al CONSORCIO, una conducta antijurídica del CONSORCIO, que ha justificado la resolución del CONTRATO, es necesario analizar si se cumplen con los demás presupuestos de la reparación civil.

148. En particular, el Tribunal Arbitral considera primordial pronunciarse sobre el daño reclamado por PROVIAS. Al respecto, PROVIAS ha presentado una preliquidación cuyo monto asciende a S/. 1'287,277.21, cuyos componentes son los siguientes:

- (i) El monto de S/. 6,000 para cubrir el costo de viajes de 6 ingenieros para desarrollar términos de referencia.
- (ii) La suma de S/. 6,000 por gastos de tiempo de los miembros del Comité especial para el desarrollo del proceso de selección.
- (iii) El monto de S/. 600 por gastos notariales para la apertura de dos sobres en el proceso de selección.

(iv) El monto de S/. 6,000 para cubrir el costo de 6 profesionales por los viajes de comisión de servicios para inspeccionar los trabajos realizados por el consultor en la zona del estudio.

(v) La suma de S/. 880,909.74 que fue pagada al CONSORCIO en las valorizaciones de los avances del estudio Definitivo.

(vi) La suma de S/. 387,767.47 por costo financiero por el no uso de recursos asignados en el ejercicio presupuestal.

149. De la revisión del detalle de dicho monto, el Tribunal Arbitral advierte que los conceptos fueron calculados en función al costo que PROVIAS afirma le costó el CONTRATO.

150. El Tribunal Arbitral discrepa con la cuantificación propuesta por PROVIAS, toda vez que en ella no se considera que el Estudio Definitivo elaborado por el CONSORCIO tiene un alto grado de avance, tal como ha sido corroborado por el Informe Pericial presentado, que no ha merecido mayor observación por parte de PROVIAS.

151. Además, los conceptos (i), (ii), (iii) y (iv), son propios del quehacer de PROVIAS y han servido para ejecución casi total del CONTRATO.

152. Adicionalmente, el concepto (v) es lo que el CONSORCIO mereció válidamente en compensación por sus servicios conforme a los términos de avances y pagos del CONTRATO.

153. Por último, el concepto (vi) no es un supuesto válido de daño, ello debido a que la suma que PROVIAS denomina "costo financiero", no ha salido del presupuesto del Estado. Por lo tanto, PROVIAS como parte del Estado peruano no ha sufrido daño alguno.

154. En ese sentido, el Tribunal Arbitral comprueba que PROVIAS no ha acreditado daño alguno.

155. Por todo lo expuesto, esta primera pretensión principal de la reconvención debe ser declarada infundada.

VII. DETERMINAR SI PROCEDE O NO EL PAGO DE COSTAS Y COSTOS (SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN)

156. En el convenio arbitral celebrado entre las partes, no existe pacto expreso de las partes acerca de la imputación de los costos y costas del arbitraje, razón por la cual corresponde apelar a lo dispuesto en la LEY DE ARBITRAJE.
157. Sobre este particular, el artículo 73 de la LEY DE ARBITRAJE establece que: *"A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso."*
158. En este caso, considerando el resultado del arbitraje, pero al mismo tiempo la buena conducta procesal de las partes, como la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó este proceso, el Tribunal Arbitral en ejercicio de la discrecionalidad dispuesta en la LEY DE ARBITRAJE, considera que corresponde disponer que cada parte cubra el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios de los árbitros y del Centro de Arbitraje.
159. Fuera de estos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas en que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente arbitraje, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.

VIII. DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

160. El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43 de la LEY DE ARBITRAJE y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

161. Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la LEY DE ARBITRAJE, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral, en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO.- Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda.

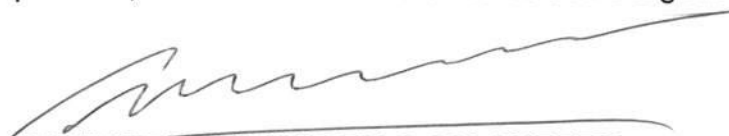
SEGUNDO.- Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda.

TERCERO.- Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda.

CUARTO.- Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión principal de la reconvención.

QUINTO.- **FIJAR** los honorarios de cada uno de los miembros del Tribunal Arbitral en la suma de S/. 19,500.00 (Diecinueve mil quinientos con 00/100 Soles) netos a los que deberán agregarse los impuestos correspondientes y los gastos administrativos que corresponden al Centro de Arbitraje PUCP en la suma de S/. 15,500.00 (Quince mil quinientos con 00/100 Soles) más el IGV, conforme a la liquidación de honorarios practicada por el Centro de Arbitraje.

SEXTO.- DISPONER que cada parte asuma el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del Tribunal Arbitral y del Centro de Arbitraje. Fuera de estos conceptos, cada parte asumirá los gastos o costos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.



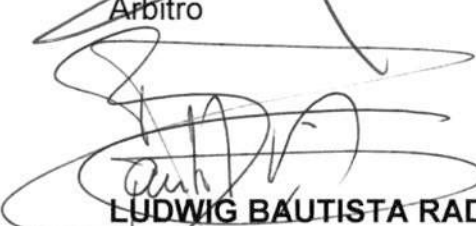
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

Presidente del Tribunal Arbitral



EDUARDO SOLÍS TAFUR

Arbitro



LUDWIG BAUTISTA RADO

Arbitro