

Dul

**CONTROVERSIA ARBITRAL AD HOC SEGUIDA ENTRE EL CONSORCIO RMG Y
PROVIAS DESCENTRALIZADO – MTC**

Lima, 09 de enero del 2013.

SEÑORES:

DIRECCION DE ARBITRAJE ADMINISTRATIVO – OSCE

Edificio El Regidor N° 108 – Residencial San Felipe

Jesús María.

Presente.-

**Ref.: Controversia arbitral AD – HOC seguida
entre el CONSORCIO RMG y el Proyecto
Especial de Infraestructura de Transporte
Descentralizado – PROVIAS
DESCENTRALIZADO - Contrato de Supervisión
N° 140-2010-MTC/21 - Supervisión del Saldo de
Obra “Construcción del Puente Santo Cristo
II”.**

**Att: Dra. Fabiola Paulet Monteagudo
Directora de Arbitraje Administrativo.**

De mí mayor consideración:

En atención a lo dispuesto en el Artículo 231° del Decreto Supremo N° 184-2008-EF que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado y, en relación a controversia arbitral de la referencia; pongo en vuestro conocimiento la **Resolución N° 15 (LAUDO) de fecha 08 de enero del 2013** que se adjunta a continuación y que ha sido emitida por **UNANIMIDAD** con los votos del Dr. Horacio Cánepa Torre, en calidad de árbitro Presidente, del árbitro Dr. Luis Felipe Pardo Narváez y del árbitro Dr. Weyden García Rojas.

Sin otro particular, quedo de ustedes,

Muy atentamente,


**JORGE LUIS HUAMAN CACHAY
SECRETARIO ARBITRAL**



SEDE DEL TRIBUNAL: CALLE ROMA N° 397 – SAN ISIDRO - LIMA
TELEFONOS 222-4472 – 4404776 FAX: 2215176
Celular 991887209
jhuaman@canepaabogados.com.pe

**CONTROVERSIA ARBITRAL AD HOC SEGUIDA ENTRE CONSORCIO
RMG Y LA PROVIAS DESCENTRALIZADO**

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DEMANDANTE: CONSORCIO RMG (en adelante, EL CONSORCIO o EL SUPERVISOR o EL DEMANDANTE)

DEMANDADO: PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DESCENTRALIZADO – PROVIAS DESCENTRALIZADO (en adelante, PROVIAS, LA ENTIDAD o EL DEMANDADO).

TRIBUNAL ARBITRAL:

DOCTOR. HORACIO CÁNEPA TORRE (Presidente).

DOCTOR. WEYDEN GARCÍA ROJAS

DOCTOR. LUIS FELIPE PARDO NARVÁEZ.

RESOLUCIÓN N° 15

Lima, 08 de enero del 2013.

VISTOS:

I. ANTECEDENTES:

Con fecha 13 de Diciembre del 2011, en la sede del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), el Tribunal Arbitral, con la presencia de ambas partes, se suscribió el Acta de Instalación relacionada con la controversia suscitada entre el CONSORCIO RMG y PROVIAS, y que está vinculada a la Controversia arbitral originada en torno al *"Contrato de Supervisión N° 140-2010-MTC/21 - Supervisión del Saldo de Obra "Construcción del Puente Santo Cristo II"*, (en adelante EL CONTRATO); declarando seguidamente abierto el proceso arbitral y otorgando a CONSORCIO RMG el plazo de veinte (20) días hábiles a fin de que cumpla con presentar su demanda, debiendo ofrecer los medios probatorios que sustenten su posición.

1. DE LA DEMANDA.

1.1. Con fecha 29 de mayo del 2012, EL CONSORCIO —dentro del plazo concedido— presentó su demanda arbitral en contra del DEMANDADO, pretendiendo lo siguiente:

"PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral declare nulidad o ineficacia de la Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, de fecha 13 de marzo de 2012; por falta de motivación técnica y jurídica.

PRETENSION ACCESORIA A LA PRIMERA PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral ordene a Provias Descentralizado el reconocimiento y pago de la Mayor Prestación de Servicios de la Supervisión N° 02 por 35 días calendario, presentada a la Entidad demandada, mediante Carta N° 100-2011-SPSCII/RMG-Supervisión, recibida el 18 de noviembre del 2011, por la suma de S/. 73,478.09 (Setenta y tres mil cuatrocientos setenta y ocho y 09/100 Nuevos Soles), incluido IGV.

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral declare nulidad o ineficacia de la Resolución Viceministerial N° 093-2012-MTC/02, de fecha 25 de enero de 2012; por falta de motivación técnica y jurídica.

PRETENSION ACCESORIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral ordene a Provias Descentralizado el reconocimiento y pago de la Mayor Prestación de Servicios de la Supervisión N° 03, por 64 días calendario, presentada por nuestra parte ante la entidad demandada, mediante Carta N° 111-2011-SPSCII/RMG-Supervisión, recibida el 21 de diciembre del 2011, por la cual se determina un saldo a nuestro favor de S/. 136,752.80 (ciento treinta y seis mil setecientos cincuenta y dos y 80/100 Nuevos Soles), incluido IGV.

PRETENSION SUBORDINADA A LAS DOS PRIMERAS PRETENSIONES PRINCIPALES: Que, en el eventual caso que se desestime de manera conjunta las dos pretensiones principales anteriormente descritas, o alguna de ellas; solicitamos al Tribunal Arbitral ordene a Provias Descentralizado cumpla con restituir a favor del CONSORCIO RMG, la suma de S/. 199,434.00 (CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO CON 00/100 NUEVOS SOLES) más los intereses que correspondan, o el monto que determine el Tribunal Arbitral por concepto de ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, al haberse producido una ventaja patrimonial a favor de la Entidad en detrimento del CONSORCIO RMG, que carece de toda justificación o fundamento legal.

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL: Que, la demandada asuma el pago íntegro de las costas y costos del proceso arbitral."

- 1.2. Asimismo, para sustentar sus pretensiones planteadas, EL CONSORCIO las fundamenta en base a las siguientes consideraciones, advirtiendo desde ya que para una rápida comprensión de su posición, estamos suprimiendo los cuadros y notas de pie de página que corresponde a la siguiente transcripción:

"II. ANTECEDENTES:

2.1. Con fecha 11 de agosto de 2010, el Comité Especial adjudicó la Buena Pro del Concurso Público Nro. 0003-2010-MTC/21, para contratación de servicio de consultoría para la "Supervisión del Saldo de Obra Construcción del Puente Santo Cristo II, Ubicado en el Departamento Ancash"; resultando ganador el Consorcio RMG (en adelante LA SUPERVISIÓN o EL SUPERVISOR).

2.2. Con fecha 25 de agosto de 2010, se suscribió conjuntamente con la demandada el Contrato de servicios de consultoría N° 140-2010-MTC/21 para la Supervisión del Saldo de obra Construcción del Puente Santo Cristo II, por un plazo de ejecución de 225 días calendario (210 días en etapa de Supervisión y 15 días para la elaboración del Informe Final, Recepción de Obra, Revisión y Liquidación del Contrato de Obra y Supervisión) y un monto total del servicio ascendente a S/. 498,231.58, incluido el IGV.

2.3. La Ficha Técnica de la Obra es como sigue:

Obra	: Ejecución del Saldo de obra de la construcción del puente Santo Cristo II.
Ubicación	: Ancash – La Libertad
Provincia	: Sihuas - Pataz
Distrito	: Quiches - Taurija
Meta Proyectada	: Puente de dos tramos de 130.00 m., de longitud, conformado por una estructura metálica reticulada tipo Warren de 80.00 m de luz entre apoyos y vigas metálicas tipo plate girder de 50.00 m de luz entre apoyos.
Contratista	: Consorcio Vial Iberoamericano
Sistema Ejecución	: A Precios Unitarios

Supervisión	: Consorcio RMG
Monto del Contrato	: S/. 498,231.58 inc. IGV
Fte. Financiamiento.	: Recursos Ordinarios
Plazo Ejecución	: 210 Días Calendario.
Adelanto	: No Solicitado.
Entrega terreno	: 06 de enero del 2011.
Fecha Inicio	: 07 de enero del 2011.
Fecha Término inicial	: 04 de agosto del 2011.
Paralización de obra	: 120 días calendario
Nueva fecha de término	: 02 de diciembre del 2011.
Ampliación plazo N° 01	: 99 días calendario
Ampliación plazo N° 02	: Denegado
Estado	: En Vigencia.
Inicio de Servicios	: 07 de enero del 2011.
Fecha de Término de Servicios	: Supervisión Incluido ampliación de plazo N° 01 y
liquidación	: 24 de marzo del 2012.

2.4. En efecto, el inicio de los servicios de supervisión se dio el 07 de enero del 2011, por lo que los 210 días en etapa de Supervisión culminaría el 04 de agosto del 2011. No obstante, la existencia de una paralización de 120 días calendario, conllevó a que la nueva fecha de culminación de los servicios de la supervisión sería el 02 de diciembre del 2011.

2.5. Sin embargo, en la medida que mediante Carta N° 120-2011/CVI recibida con fecha 22 de octubre de 2011, el Consorcio Vial Iberoamericano solicitó la Ampliación de Plazo N° 1 del Contrato de Obra, por noventa y nueve (99) días calendario, originada por la aprobación del Presupuesto Adicional de Obra N° 2 del Contrato de Obra; y siendo que la misma no tuvo respuesta oportuna por parte de Provias Descentralizado, pese a la recomendación de la Supervisión; operó la aprobación automática de la ampliación de plazo solicitada por el Contratista, por silencio administrativo.

2.6. En ese sentido, mediante la Carta N° 100-2011-SPSCII/RMG-Supervisión de fecha 16 de noviembre de 2011, recibida el 17 de noviembre de 2011, solicitamos a Provias Descentralizado la aprobación de las "Mayores prestaciones de servicio N° 2 de Supervisión" al Contrato de Supervisión, por el monto de S/. 73,478.09 por treinta y cinco (35) días calendario, con motivo de la aprobación automática de la Ampliación de Plazo N° 1 del Contrato de Obra.

2.7. Asimismo, el 19 de diciembre de 2011, el CONSORCIO RMG, mediante Carta N° 111-2011-SPSCII/RMG - Supervisión, solicita a Provias Descentralizado la aprobación de las "Mayores prestaciones de servicio N° 3 de Supervisión" al Contrato de Supervisión por el monto de S/. 136,752.80 por 64 días calendario (desde el 22 de enero al 25 de marzo de 2012), como consecuencia de la Ampliación de Plazo N° 1 otorgada al contratista ejecutor de la obra por noventa y nueve (99) días calendarios, que generó la extensión de los servicios de Supervisión de Obra por treinta y cinco (35) días calendario; motivo por el cual fue necesario completar la mayor prestación del servicio por los sesenta y cuatro (64) días restantes.

2.8. Mediante Resolución Viceministerial N° 093-2012-MTC/02, de fecha 25 de enero de 2012, Provias Descentralizado declaró IMPROCEDENTE la aprobación de la Prestación Adicional de Supervisión N° 3 al Contrato de Servicios de Consultoría N° 140-2010-MTC/21 suscrito con el CONSORCIO RMG para la "Supervisión del Saldo de la Obra Construcción del Puente Santo Cristo II".

2.9. Mediante Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, de fecha 13 de marzo de 2012, la Entidad aprobó el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 2 por "Mayor Prestación de Servicios de Supervisión" al Contrato de Servicios de Consultoría N° 140-2010-MTC/21 para la Supervisión del Saldo de Obra Construcción del Puente Santo Cristo II, sólo por el monto de S/. 10,706.81 (Diez mil setecientos seis y 81/100 nuevos soles), incluido I.G.V.

2.10. Pese a que, nuestro servicio de supervisión culminaba el 02 de diciembre de 2011, se ha continuado prestando de manera ininterrumpida nuestros servicios, creyendo de buena fe, que la Entidad nos reconocería las mayores prestaciones de servicios de supervisión solicitados para no dejar la obra sin supervisor por los 99 días que se amplió el plazo contractual al Contratista ejecutor de la obra. Sin embargo, de manera arbitraria y a través del ejercicio abusivo del derecho, Provias Descentralizado no ha cumplido con la contraprestación a los servicios efectivamente realizados por el Consorcio RMG, motivo por el cual recurrimos al Tribunal Arbitral para resolver el conflicto surgido por la Entidad.

III. FUNDAMENTOS DE HECHO:

99 d.c.

AMPLIACION DE PLAZO

3.5. Mediante carta N° 094-2011-SPSCII/RMG del 28 de octubre del 2,011 la supervisión presenta a la Entidad el expediente que sustenta la ampliación de plazo N° 02 solicitada por el CONSORCIO VIAL IBEROAMERICANO, concluyendo lo siguiente: (i) Se ha presentado su solicitud de ampliación de plazo N° 01 dentro de los plazos establecidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. (ii) El Contratista establece como fecha de inicio de causal y de inicio de afectación de la ruta crítica el 15 de julio del 2,011 cuando puede notarse de los antecedentes que mediante asiento de cuaderno de obra N° 099 del 26 de julio del 2011, el Contratista deja constancia que se ha venido trabajando en el hincado del caisson estando a esa fecha en la cota de corona del caisson 1628.13 m.s.n.m. no pudiendo realizar más trabajos pues pone en peligro al personal obrero y la integridad de la obra de producirse inundaciones por la crecida del rio por lo que el trabajo siguiente seria la demolición de la parte superior del caisson, y que al no estar autorizado por la Entidad paralizará sus actividades en la mencionada partida 03.04 Excavación en Caisson (Bajo Agua). Se precisa asimismo que mediante asiento de cuaderno de obra N° 100 del 28/07/2011, el supervisor, comunica que según lo descrito por el contratista en asiento 099 comunicará a la entidad la decisión del contratista de paralizar los trabajos de hincado de caisson por la falta de demolición del concreto antiguo. Asimismo mediante anotación N° 113 del 02 de agosto del 2011, la supervisión deja constancia que ha observado el reinicio de las actividades en el hincado del caisson desde el 31 de agosto del 2,011 efectuándose trabajos relacionados a la demolición del concreto del caisson y la reposición del mismo. La supervisión deja constancia que recepciona el Adicional de obra N° 02.

3.6. Respecto al punto anterior, la Supervisión luego de revisar y analizar la ampliación de plazo solicitada por el Contratista, recomendó oportunamente a la Entidad, aprobar parcialmente la AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 01 por 20 días naturales, y se le indicó a la Entidad que LA FECHA LÍMITE PARA EMITIR PRONUNCIAMIENTO ERA EL 08/11/2011. SIENDO QUE LA ENTIDAD NO EMITIÓ LA RESOLUCIÓN CORRESPONDIENTE, EN LA FECHA INDICADA, RAZÓN POR LA CUAL Y AL AMPARO DEL ART. 201° DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, QUEDÓ AUTOMÁTICAMENTE AMPLIADO EL PLAZO DE 99 DÍAS CALENDARIO, SOLICITADOS POR EL CONTRATISTA.

3.7. Mediante carta N° 100-2011-SPSCII/RMG del 16/11/2011, la Supervisión presenta a la Entidad el sustento de la Mayor Prestación de Servicio N° 02, por 35 días calendario en razón a la aprobación de la ampliación de plazo N° 01 por 99 días calendario. La mayor prestación de servicio N° 02 asciende a la suma de S/. 73,478.09 y para su pago no requiere la aprobación previa de la Contraloría General de la República, por no exceder del quince por ciento (15%) según el artículo 191° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo, indica que sucesivamente solicitará la mayor prestación N° 03 por 64 días calendario, la misma que deberá ser tramitada a la Contraloría General de la República, a fin de que se autorice el pago correspondiente. De esta forma, el plazo de supervisión se debería extender hasta el 21 de enero del 2012 de acuerdo al siguiente análisis:

Plazo de supervisión	: 225 días calendario
Inicio de plazo de supervisión	: 07 de enero del 2011
Fecha inicial de término	: 19 de agosto del 2011
Paralización de obra	: 120 días calendario
Nueva fecha de término de la obra	: 17 de diciembre del 2011
Ampliación de plazo N° 01	: 35 días calendario
Nueva fecha de término de obra	: 21 de enero del 2012

La mayor prestación de servicio N° 02 solicitada asciende a la suma de S/. 73,478.00, conforme al desgregado que se indica en el Anexo 1) que se adjunta como medio probatorio. (VER ANEXO 1).

3.8. Mediante cartas N°s 108 y 110-2011-SPSCII/RMG del 08 y 19 de diciembre del 2012, dirigidos al Coordinador Zonal Ancash y al Gerente de la Unidad Gerencial de Transporte Rural - Provias Descentralizado, la Supervisión comunica a la Entidad que al no haberse emitido pronunciamiento dentro de los plazos establecidos en el artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, respecto a la solicitud de ampliación de plazo N° 01 solicitada por el contratista CONSORCIO VIAL IBEROAMERICANO, se aprueba

automáticamente 99 días calendario de ampliación de plazo, al contratista y supervisión, respectivamente, por lo que se solicita el resolutive de aprobación.

3.9. Mediante carta N° 111-2011-SPSCII/RMG del 16/11/2011, la Supervisión presenta a la Entidad el sustento de la Mayor Prestación de Servicio N° 03, por 64 días calendario en razón a la aprobación de la ampliación de plazo N° 01 por 99 días calendario. La mayor prestación de servicio N° 03 asciende a la suma de, S/. 136,752.80 y para su pago requería la aprobación previa de la Contraloría General de la República, por exceder del quince por ciento (15%) según el artículo 191° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. De esta manera, el plazo de supervisión se extiende hasta el 25 de marzo del 2012 de acuerdo al siguiente análisis:

Plazo de supervisión	: 225 días calendario
Inicio de plazo de supervisión	: 07 de enero del 2,011
Fecha inicial de término	: 19 de agosto del 2011
Paralización de obra	: 120 días calendario
Nueva fecha de término de obra	: 17 de diciembre del 2011
Ampliación de plazo N° 01	: 35 días calendario
Ampliación de plazo N° 02	: 64 días calendario
Nueva fecha de término de obra	: 25 de marzo del 2,012

La mayor prestación de servicio N° 03 por S/. 136,752.80, conforme al desgregado que se indica en el Anexo 2) que se adjunta como medio probatorio. (VER ANEXO 2)

3.10. Mediante Resolución Viceministerial N° 093-2012-MTC/02, de fecha 25 de enero de 2012, Provias Descentralizado declaró IMPROCEDENTE la aprobación de la Prestación Adicional de Supervisión N° 3 al Contrato de Servicios de Consultoría N° 140-2010-MTC/21 suscrito con el CONSORCIO RMG para la "Supervisión del Saldo de la Obra Construcción del Puente Santo Cristo II".

3.11. Mediante Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, de fecha 13 de marzo de 2012, la Entidad aprobó el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 2 por "Mayor Prestación de Servicios de Supervisión" al Contrato de Servicios de Consultoría N° 140-2010-MTC/21 para la Supervisión del Saldo de Obra Construcción del Puente Santo Cristo II, sólo por el monto de S/. 10,706.81 (Diez mil setecientos seis y 81/100 nuevos soles), incluido I.G.V.

¿POR QUÉ SE TENDRÍA QUE DECLARAR NULA LA RESOLUCIÓN VICEMINISTERIAL N° 220-2012-MTC/02, Y SE DEBERÍA RECONOCER Y PAGAR LA MAYOR PRESTACIÓN DE SUPERVISIÓN N° 02?

3.12. La Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, de fecha 13 de marzo de 2012, no cumple con la debida motivación que es un requisito de validez de todo acto administrativo.

3.13. En efecto, la Motivación es uno de los requisitos de validez previstos en el artículo 3 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

3.14. La motivación es entendida como una garantía procesal que no solo se da en la sede judicial o arbitral, sino también en la sede administrativa.

3.15. El Tribunal Constitucional ha señalado que "la motivación de una decisión no solo consiste en expresar la norma legal en la que se ampara, sino fundamentalmente en exponer suficientemente las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada".

3.16. En ese sentido, el Tribunal Constitucional incide en la necesidad que los fallos de los órganos resolutores establezcan una justificación razonada y no solo una explicación de los argumentos por cuales llega a tomar una decisión en un caso concreto. No debemos perder de vista que la motivación no solo es un deber de los órganos resolutores, sino también un derecho de los justiciables o administrados.

3.17. En el caso concreto, la Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, de fecha 13 de marzo de 2012, se fundamenta principalmente en el siguiente considerando:

"Que, con Memorandum N° 3556-2011-MTC/21.UGTR de fecha 6 de diciembre de 2011, la Unidad Gerencial de Transporte Rural de PROVIAS DESCENTRALIZADO remite el Informe N° 207-2011-MTC/21.UGTR/HMAH de la misma fecha, de su Especialista en Proyectos IV, el mismo que cuenta con su conformidad, y en el cual se concluye, entre otros, que: (i) El Supervisor mediante la Carta N° 100-2011-SPSCII/RMG-Supervisión de fecha 16 de noviembre de 2011, recibida el 17 de noviembre de 2011, el Supervisor

solicita "Mayores prestaciones de servicio N° 2 de Supervisión" [...], (ii) Cabe señalar, respecto a la Ampliación de Plazo N° 1 al Contrato de Obra por treinta y cinco (35) días calendario, la cual quedó consentida al no haber obtenido respuesta oportuna por la Entidad, fue solicitada por la aprobación de la Ampliación de Plazo N° 1 al Contrato de Obra, por noventa y nueve (99) días calendario, la que tampoco obtuvo pronunciamiento respecto a lo solicitado dentro del plazo establecido, por lo que quedó consentida, la cual a su vez fue generada por la aprobación del Presupuesto Adicional de Obra N° 2, que es el que genera la Ampliación de Plazo N° 1 al Contrato de Obra, se estableció que la ejecución de los trabajos adicionales aprobados mediante Resolución Ministerial N° 717-2011-MTC/02 de fecha 6 de octubre de 2011, requerían de cinco (5) días calendario para su ejecución, siendo el resto del plazo (94 días calendario) correspondiente a la movilización de equipo y a la demora en la aprobación del adicional por parte de la Entidad. (iv) En tal sentido, considerando los cinco (5) días calendario de ejecución antes indicados, la mayor prestación del servicio de supervisión queda establecida para el mismo plazo. (...)"

3.18. Como puede apreciarse, no hay un fundamento que explique por qué razones técnicas y jurídicas no considera que, en los 94 días restantes a los que hace mención, exista mayores prestaciones, si se trata no solo de una mayor prestación que deriva de un adicional de obra (por ello reconocen solo 5 días), sino también de una variación del plazo del contrato de consultoría que incide en la necesidad de realizar los servicios de supervisión por un tiempo adicional del que fue previsto en el contrato; ¿o es acaso que en los 94 días no concedidos como mayor prestación, el Supervisor no despliega labores que tienen un mayor costo?, más aún cuando se trata de prestaciones que no se encuentran dentro de los alcances de la consultoría descritos en los Términos de la Referencia.

3.19. Al respecto, debemos tener presente que, de acuerdo con el artículo 190° del Reglamento, toda obra debe contar de modo permanente y directo con un inspector o un supervisor, quedando prohibida la presencia simultánea de ambos. El mismo artículo precisa que, mientras el inspector será un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por esta; el supervisor será una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin.

3.20. Por su parte, el artículo 193° del Reglamento señala que la Entidad controlará los trabajos efectuados por el ejecutor de la obra a través del inspector o supervisor, quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato.

3.21. Así, mientras en el contrato de obra un contratista se obliga a ejecutar una obra a favor de la Entidad, mediante el contrato de supervisión la Entidad verifica que el contratista cumpla con las condiciones de ejecución de la obra. En otras palabras, mediante el contrato de supervisión se controla lo que se ejecuta mediante el contrato de obra.

3.22. De lo anterior se desprende que, si bien puede existir contrato de obra sin que exista un contrato de supervisión (ya que dicha obligación puede ser cumplida por un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por esta como inspector), no podríamos tener un contrato de supervisión sin la existencia de un contrato de obra, dado que si no existe una obra que se ejecute no puede existir control de la ejecución. De ello se desprende que, si bien, para la entera satisfacción de la necesidad que busca satisfacer la Entidad mediante la ejecución de una obra, las actividades que realizan tanto el ejecutor como el supervisor resultan complementarias, el contrato de supervisión se encuentra supeditado a la existencia y ejecución del contrato de obra.

3.23. Adicionalmente, considerando que toda ejecución de un contrato de obra debe ser supervisada y la complementariedad de las funciones que realizan tanto el ejecutor como el supervisor, se desprende que ambos contratos, además, deben ejecutarse simultáneamente.

3.24. Ahora bien, si tenemos presente que el contrato de supervisión se encuentra supeditado a la existencia, ejecución y desarrollo de un contrato de obra, podemos afirmar que el contrato de supervisión de obra es un contrato vinculado al contrato de obra. Así, teniendo en cuenta la naturaleza accesoria del contrato de supervisión, respecto de la existencia de una obra, se advierte que el evento que afecta la normal continuidad de la obra también afecta la continuidad de las labores del supervisor, pudiendo originar con ello una mayor prestación por parte del supervisor.

3.25. El artículo 191 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-2008-EF, en relación con el concepto de "mayores prestaciones de supervisión" establece lo siguiente:

"Cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen mayores prestaciones en la supervisión, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas.

Cuando dichas prestaciones superen el quince por ciento (15%), se requiere aprobación previa al pago de la Contraloría General de la República, la que deberá pronunciarse en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, el mismo que se computará desde que la Entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente, transcurrido el cual sin haberse emitido pronunciamiento, las prestaciones adicionales se considerarán aprobadas, sin perjuicio del control posterior".

3.26. Se entiende que "prestaciones adicionales" son todas aquellas que no habiendo estado previstas originalmente resultan indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. En ese contexto "prestaciones adicionales de obra" son las denominadas "obras adicionales" o los "adicionales de obra" y "mayores prestaciones de supervisión" son, para los efectos de esta actividad específica de la consultoría de obras, los "adicionales de supervisión".

3.27. Nuestra mayor prestación de servicios Nro. 02 solicitada a la Entidad, efectivamente, deriva de la aprobación de un adicional de obra, pero también de una variación de las condiciones respecto al plazo y de los alcances del servicio no previstos en el Contrato de servicios de consultoría N° 140-2010-MTC/21, los mismos que resultan necesarios para la culminación de la obra.

3.28. De otro lado, el artículo 174° del Reglamento de la LCE, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y ubicado en el título sobre ejecución contractual, estipula que para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el titular de la entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del 25 por ciento del monto del contrato original, con lo que no hace más que ratificar lo que ya ha dispuesto la ley.

3.29. Haciendo una interpretación sistemática de las normas que regulan el tema de las prestaciones adicionales, tanto de la Ley de contrataciones como de su Reglamento, podemos afirmar que, si bien los costos de un contrato de supervisión no debe exceder del 10 % del monto del valor referencial de la obra o del monto vigente del contrato de obra; cuando exista prestaciones que no fueron previstas en el contrato pero que resultan necesarias para alcanzar la finalidad del contrato principal, la Entidad puede ordenar y pagar directamente prestaciones adicionales, en general, hasta por el 15% del monto del contrato, que constituiría una primera valla; ahora bien, la Ley de contrataciones del Estado, en su artículo 41 concordado con el artículo 174 del Reglamento, faculta a la Entidad para que puede ordenar y pagar directamente prestaciones adicionales, en el caso de bienes y servicios, hasta por el 25% del monto original del contrato, lo que denotaría una segunda valla. Estas posibilidades las debe evaluar y analizar la Entidad, cuando se le solicite una mayor prestación para aprobar el presupuesto que sea justo y equitativo para la Entidad y su contratante.

3.30. Debe tenerse presente que, al suscribir un contrato de supervisión de obra, se establece un vínculo contractual entre la Entidad y el supervisor, por medio del cual ambas partes adquieren ciertos derechos y obligaciones. En este sentido, uno de los principales derechos que adquiere el supervisor es el de percibir el pago como contraprestación por el servicio brindado, en tanto que la Entidad, una vez que recibe el servicio, en las condiciones acordadas, se obliga a pagar al supervisor por las prestaciones ejecutadas, conforme a la oferta económica que aquel hubiera presentado.

3.31. No debe olvidarse que la oferta económica del supervisor se fija en función de las prestaciones descritas en las Bases integradas de la convocatoria, en virtud de las cuales aquel estableció un precio que incluye, tanto los gastos generales como el costo y la utilidad correspondiente.

3.32. En ese orden de ideas, si la oferta económica es determinada en función de las prestaciones pactadas, y éstas se ven incrementadas, por causas ajenas al supervisor, resulta razonable, en caso sea el mismo supervisor quien las realice, que la Entidad retribuya a éste por la ejecución de dichas prestaciones adicionales, conforme al precio pactado originalmente; es decir, incluyendo los gastos generales, el costo y la utilidad correspondiente.

3.33. El presupuesto de la mayor prestación de servicios Nro. 02 presentada a la Entidad contenía un costo ajustado a lo pactado inicialmente el contrato, por ello no entendemos por qué ha desconocido este planteamiento justo y necesario.

3.34. El contrato suscrito por los servicios de supervisión tienen un plazo determinado cuyo costo no incluía los servicios que se han venido prestando de buena fe, desde el 03 de diciembre de 2011 al 10 de marzo de 2012; por ello consideramos que se ha vulnerado el Principio de Equilibrio económico de la relación contractual, al haberse realizado efectivamente el servicio (conforme acreditamos con los informes mensuales y las anotaciones del cuaderno de obra), y la Entidad no haya reconocido la debida contraprestación.

3.35. Las mayores prestaciones de supervisión solicitadas en esta pretensión, sin duda, eran atendibles directamente por la Entidad con un mínimo de criterio y eficiencia pública, por lo que no requería el control previo de la Contraloría General, sino uno posterior, toda vez que conforme a la normativa en Contrataciones del Estado, la Entidad podía aprobar mayores prestaciones hasta por el 25% del Contrato inicial.

3.36. Debe quedar claro que no le cuestionamos a la Entidad su potestad de aprobar discrecionalmente prestaciones adicionales, toda vez que esta potestad responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, ya que se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina "cláusulas exorbitantes" que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público -como es el que subyace a las contrataciones del Estado- en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado.

3.37. Lo que cuestionamos es que esa potestad desconozca el Principio de Equidad, específicamente, el equilibrio económico que debe haber en toda relación contractual, constituyéndose en un ejercicio abusivo del derecho.

¿POR QUÉ SE TENDRÍA QUE DECLARAR NULA LA RESOLUCIÓN VICEMINISTERIAL N° 093-2012-MTC/02, Y SE DEBERÍA RECONOCER Y PAGAR LA MAYOR PRESTACIÓN DE SUPERVISIÓN N° 03?

3.38. La Resolución Viceministerial N° 093-2012-MTC/02, de fecha 25 de enero de 2012, no cumple con la debida motivación que es un requisito de validez de todo acto administrativo.

3.39. En efecto, la Motivación es uno de los requisitos validez previstos en el artículo 3 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

3.40. La motivación es entendida como una garantía procesal que no solo se da en sede judicial o arbitral, sino también en sede administrativa.

3.41. El Tribunal Constitucional ha señalado que "la motivación de una decisión no solo consiste en expresar la norma legal en la que se ampara, sino fundamentalmente en exponer suficientemente las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada".

3.42. En ese sentido, el Tribunal Constitucional incide en la necesidad que los fallos de los órganos resolutores establezcan una justificación razonada y no solo una explicación de los argumentos por cuales llega a tomar una decisión en un caso concreto. No debemos perder de vista que la motivación no solo es un deber de los órganos resolutores, sino también un derecho de los justiciables o administrados.

3.43. En el caso concreto, la Resolución Viceministerial N° 093-2012-MTC/02, de fecha 25 de enero de 2012, se fundamenta principalmente en el siguiente considerando:

"Que, mediante el Memorandum N° 065-2012-MTC/21 del 12 de enero de 2012, la Dirección Ejecutiva de PROVIAS DESCENTRALIZADO, remite el Informe N° 016-2012-MTC/21.UGTR del 10 de enero de 2012 de la Unidad Gerencial de Transporte Rural, por el cual alcanza el Informe N° 005-2012-MTC/21.UGTR/HMAH del 10 de enero de 2011, por el cual amplía su informe anterior señalando lo siguiente:

a. El Contratista ejecutor de la Obra, **CONSORCIO VIAL IBEROAMERICANO**, solicitó la ampliación de plazo N° 1 por noventa y nueve (99) días calendario, solicitud que quedó consentida, quedando diferida la culminación de la obra para el día 10 de marzo de 2012.

b. Ante ello, el **CONSORCIO RMG** solicitó la ampliación del servicio de supervisión por treinta y cinco (35) días calendario, el cual, a su criterio, generaba la mayor prestación adicional N° 2 por la suma de S/. 73,478.09. Con relación a ello, precisa que la solicitud de

ampliación de plazo efectuada quedó consentida por lo que se procedió a evaluar el adicional de obra por mayor prestación de servicios N° 2, y dado que la causa que lo genera es la ampliación de plazo N° 1 consentida a favor del contratista, se considera que de los noventa y nueve (99) días calendario aprobados, solo cinco (5) días calendario corresponden a la ejecución de un adicional de obra por mayores prestaciones de supervisión; siendo que actualmente se encuentra en trámite su aprobación.

c. Mientras se tramitaba la mayor prestación de servicios N° 2, el CONSORCIO RMG solicitó la mayor prestación de servicios de supervisión N° 3 generada por 64 días calendario argumentando la aprobación de la ampliación de plazo N° 1 a favor del contratista por noventa y nueve días (99) calendario y el consentimiento de su solicitud de ampliación de plazo por treinta y cinco (35) días calendario, por lo que solicita que los sesenta y cuatro (64) días calendario restantes que faltaría para completar los noventa y nueve (99) días calendario obtenidos por el contratista, se le considere la mayor prestación de servicios N° 3.

d. Como ya indicó, de los noventa y nueve (99) días calendario aprobados al Contratista, solo cinco (5) días calendario corresponde a la ejecución de trabajos adicionales, los que se aprueban con la mayor prestación de servicios N° 2, por lo que la solicitud de aprobación de la mayor prestación de servicios de supervisión N° 3 requerida debe ser declarada improcedente.

Que, en el marco de lo precedentemente expuesto, dado que la Unidad Gerencial de Transporte Rural de PROVIAS DESCENTRALIZADO ha emitido opinión técnica respecto de la solicitud formulada por el CONSORCIO RMG a través de los Informes N° 222-2011-MTC/21.UGTR/HMAH y N° 005-2012-MTC21.UGTR/HMAH, no corresponde autorizar la prestación adicional N° 3 al Contrato de Servicios de Consultoría N° 140-2010-MTC/21, toda vez que no implica mayores prestaciones de supervisión y su sustento no es indispensable para alcanzar la finalidad del contrato. (...)"

3.44. Como puede apreciarse, nuevamente no hay un fundamento que explique por qué razones técnicas y jurídicas no considera la existencia mayores prestaciones de supervisión, si se trata de una variación del plazo del contrato de consultoría que incide en la necesidad de realizar los servicios de supervisión por un tiempo adicional del que fue previsto en el contrato; ¿o es acaso que los servicios desplegados por el Supervisor no tienen un costo?, más aún cuando se trata de prestaciones que no se encuentran dentro de los alcances de la consultoría desarrollados en los Términos de la Referencia.

3.45. Al respecto, debemos tener presente que, de acuerdo con el artículo 190° del Reglamento, toda obra debe contar de modo permanente y directo con un inspector o un supervisor, quedando prohibida la presencia simultánea de ambos. El mismo artículo precisa que, mientras el inspector será un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por esta; el supervisor será una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin.

3.46. Por su parte, el artículo 193° del Reglamento señala que la Entidad controlará los trabajos efectuados por el ejecutor de la obra a través del inspector o supervisor, quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato.

3.47. Así, mientras en el contrato de obra un contratista se obliga a ejecutar una obra a favor de la Entidad, mediante el contrato de supervisión la Entidad verifica que el contratista cumpla con las condiciones de ejecución de la obra. En otras palabras, mediante el contrato de supervisión se controla lo que se ejecuta mediante el contrato de obra.

3.48. De lo anterior se desprende que, si bien puede existir contrato de obra sin que exista un contrato de supervisión (ya que dicha obligación puede ser cumplida por un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por esta como inspector), no podríamos tener un contrato de supervisión sin la existencia de un contrato de obra, dado que si no existe una obra que se ejecute no puede existir control de la ejecución. De ello se desprende que, si bien, para la entera satisfacción de la necesidad que busca satisfacer la Entidad mediante la ejecución de una obra, las actividades que realizan tanto el ejecutor como el supervisor resultan complementarias, el contrato de supervisión se encuentra supeditado a la existencia y ejecución del contrato de obra.

3.49. Adicionalmente, considerando que toda ejecución de un contrato de obra debe ser supervisada y la complementariedad de las funciones que realizan tanto el ejecutor como el supervisor, se desprende que ambos contratos, además, deben ejecutarse simultáneamente.

3.50. Ahora bien, si tenemos presente que el contrato de supervisión se encuentra supeditado a la existencia, ejecución y desarrollo de un contrato de obra, podemos afirmar

que el contrato de supervisión de obra es un contrato vinculado al contrato de obra. Así, teniendo en cuenta la naturaleza accesorio del contrato de supervisión, respecto de la existencia de una obra, se advierte que el evento que afecta la normal continuidad de la obra también afecta la continuidad de las labores del supervisor, pudiendo originar con ello una mayor prestación por parte del supervisor.

3.51. El artículo 191 del reglamento de la Ley de contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-2008-EF, en relación con el concepto de "mayores prestaciones de supervisión" establece lo siguiente:

"Cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen mayores prestaciones en la supervisión, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas.

Cuando dichas prestaciones superen el quince por ciento (15%), se requiere aprobación previa al pago de la Contraloría General de la República, la que deberá pronunciarse en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, el mismo que se computará desde que la Entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente, transcurrido el cual sin haberse emitido pronunciamiento, las prestaciones adicionales se considerarán aprobadas, sin perjuicio del control posterior".

3.52. Se entiende que "prestaciones adicionales" son todas aquellas que no habiendo estado previstas originalmente resultan indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. En ese contexto "prestaciones adicionales de obra" son las denominadas "obras adicionales" o los "adicionales de obra" y "mayores prestaciones de supervisión" son, para los efectos de esta actividad específica de la consultoría de obras, los "adicionales de supervisión".

3.53. Nuestra mayor prestación de servicios Nro. 03 solicitada a la Entidad, deriva de una variación de las condiciones respecto al plazo y de los alcances del servicio no previstos en el Contrato de servicios de consultoría N° 140-2010-MTC/21, los mismos que resultan necesarios para la culminación de la obra.

3.54. De otro lado, el artículo 174° del Reglamento de la LCE, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y ubicado en el título sobre ejecución contractual, estipula que para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el titular de la entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del 25 por ciento del monto del contrato original, con lo que no hace más que ratificar lo que ya ha dispuesto la ley

3.55. Haciendo una interpretación sistemática de las normas que regulan el tema de las prestaciones adicionales, tanto de la Ley de contrataciones como de su Reglamento, podemos afirmar que, si bien los costos de un contrato de supervisión no debe exceder del 10 % del monto del valor referencial de la obra o del monto vigente del contrato de obra; cuando exista prestaciones que no fueron previstas en el contrato pero que resultan necesarias para alcanzar la finalidad del contrato principal, la Entidad puede ordenar y pagar directamente prestaciones adicionales, en general, hasta por el 15% del monto del contrato, que constituiría una primera valla; ahora bien, la Ley de contrataciones del Estado, en su artículo 41 concordado con el artículo 174 del Reglamento, faculta a la Entidad para que puede ordenar y pagar directamente prestaciones adicionales, en el caso de bienes y servicios, hasta por el 25% del monto original del contrato, lo que denotaría una segunda valla. Estas posibilidades las debe evaluar y analizar la Entidad, cuando se le solicite una mayor prestación para aprobar el presupuesto que sea justo y equitativo para la Entidad y su contratante.

3.56. Debe tenerse presente que, al suscribir un contrato de supervisión de obra, se establece un vínculo contractual entre la Entidad y el supervisor, por medio del cual ambas partes adquieren ciertos derechos y obligaciones. En este sentido, uno de los principales derechos que adquiere el supervisor es el de percibir el pago como contraprestación por el servicio brindado, en tanto que la Entidad, una vez que recibe el servicio, en las condiciones acordadas, se obliga a pagar al supervisor por las prestaciones ejecutadas, conforme a la oferta económica que aquel hubiera presentado.

3.57. No debe olvidarse que la oferta económica del supervisor se fija en función de las prestaciones descritas en las bases integradas de la convocatoria, en virtud de las cuales aquel estableció un precio que incluye, tanto los gastos generales como el costo y la utilidad correspondiente.

3.58. En ese orden de ideas, si la oferta económica es determinada en función de las prestaciones pactadas, y éstas se ven incrementadas, por causas ajenas al supervisor, resulta razonable, en caso sea el mismo supervisor quien las realice, que la Entidad retribuya a éste por la ejecución de dichas prestaciones adicionales, conforme al precio pactado originalmente; es decir, incluyendo los gastos generales, el costo y la utilidad correspondiente.

3.59. El presupuesto de la mayor prestación de servicios Nro. 03 presentada a la Entidad contenía un costo ajustado a lo pactado inicialmente el contrato, por ello no entendemos por qué ha desconocido este planteamiento justo y necesario.

3.60. El contrato suscrito por los servicios de supervisión tienen un plazo determinado cuyo costo no incluía los servicios que se han venido prestando de buena fe, desde el 03 de diciembre de 2011 al 10 de marzo de 2012; por ello consideramos que se ha vulnerado el Principio de Equilibrio económico de la relación contractual, al haberse realizado efectivamente el servicio (conforme acreditamos con los informes mensuales y las anotaciones del cuaderno de obra), y la Entidad no haya reconocido la debida contraprestación.

3.61. Las mayores prestaciones de supervisión solicitadas en esta pretensión, sin duda, eran atendibles también directamente por la Entidad con un mínimo de criterio y eficiencia pública, por lo que no requería el control previo de la Contraloría General, sino uno posterior, toda vez que conforme a la normativa en Contrataciones del Estado, la Entidad podía aprobar mayores prestaciones hasta por el 25% del Contrato inicial.

3.62. Debe quedar claro, nuevamente, que no le cuestionamos a la Entidad su potestad de aprobar discrecionalmente prestaciones adicionales, toda vez que esta potestad responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, ya que se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina "cláusulas exorbitantes" que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público -como es el que subyace a las contrataciones del Estado- en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado.

3.63. Lo que cuestionamos es que esa potestad desconozca el Principio de Equidad, específicamente, el equilibrio económico que debe haber en toda relación contractual, constituyéndose en un ejercicio abusivo del derecho.

RESPECTO AL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA:

El marco legal previsto en el contrato suscrito entre el Consorcio RMG y la Entidad señala expresamente lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, se utilizarán las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes". (EL RESALTADO ES NUESTRO).

La acción de enriquecimiento sin causa constituye un remedio extraordinario y excepcional que, inspirado en el Principio de Equidad, que apunta a evitar que pueda consolidarse un desplazamiento o desequilibrio patrimonial que carece de toda justificación o fundamento legal, y que la naturaleza esencialmente subsidiaria significa que solamente puede ser empleada por quien no tiene a su disposición ninguna otra acción o medio que le permita remediar o subsanar una determinada situación patrimonial injusta.

En ese sentido, existiendo una pérdida del equilibrio contractual entre el Supervisor y la Entidad; solicitamos al Tribunal Arbitral que, en el eventual caso que se desestime las dos pretensiones principales, o alguna de ellas; se ordene a Provias Descentralizado cumpla con restituir a favor del CONSORCIO RMG, la suma de S/. 199,434.00 (CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO CON 00/100 NUEVOS SOLES) más los intereses que correspondan, o el monto que determine el Tribunal Arbitral por concepto de ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, para ello cumplimos con fundamentar la concurrencia de los requisitos del enriquecimiento sin causa para que esta pretensión sea amparada, según corresponda.

El monto solicitado por concepto de enriquecimiento sin causa, resulta del siguiente cálculo:
Mayor prestación de servicio N° 02 solicitada a la entidad es por la suma de S/. 73,478.09, incluido IGV.

- La entidad mediante Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, ha reconocido la suma S/. 10,706.81
- De la diferencia de 1 y 2 resulta S/. 62,771.28.
- Mayor prestación de servicio N° 02 solicitada a la entidad es por la suma de S/. 136,752.80, incluido IGV.
- La suma entre S/. 62,771.28 y S/. 136,752.80 nos da los S/. 199,434.00 nuevos soles solicitados.

Arbitrabilidad

Para que no quepa la menor duda sobre si esta pretensión resulta arbitrable o no, debemos manifestar lo siguiente:

3.64. De las diversas teorías que explican la fuente del enriquecimiento sin causa, la más acertada es aquella que considera al enriquecimiento sin causa como principio que informa el ordenamiento jurídico, esta corriente tiene su origen en la jurisprudencia francesa emitida por la Corte de Casación que señalaba que en base a un principio de equidad se prohíbe enriquecerse a expensas y detrimento de otro.

3.65. Al respecto Díez-Picazo, señala "no cabe duda que el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el derecho en general (independientemente de si llegue a obtener o no el estatus de principio general del derecho) y en tanto ello no puede decirse que esté limitado a una fuente específica de obligaciones. Tampoco debería ser materia de discusión que el enriquecimiento sin causa genera un derecho subjetivo en el empobrecido y la correspondiente obligación de quien se enriquece.

3.66. Delia Revoredo manifiesta que, "el enriquecimiento sin causa rompe el equilibrio patrimonial sin que medie justificación o razón jurídica válida, por lo que el Derecho busca restablecer ese equilibrio concediendo al perjudicado la facultad de accionar".

3.67. En ese mismo sentido, Ana María Arrarte Arisnabarreta y Carlos Paniagua Guevara señalan que en "...no es exacto afirmar la imposibilidad de que se presente un supuesto de enriquecimiento sin causa, cuando existe un contrato entre las partes, pues teniendo en cuenta que esta institución se funda en un principio de equidad aplicable al derecho en general puede generarse, tanto dentro como fuera de una relación contractual, en esa línea es perfectamente posible distinguir si el enriquecimiento procede de un acto jurídico debido al acuerdo de voluntades de las partes, o a un acto o hecho en el que la voluntad del empobrecido no haya podido intervenir".

3.68. Igualmente Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya señalan que "... habiendo quedado claro que el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el derecho en general. Podríamos afirmar que dicha figura puede generarse tanto dentro como fuera del contrato".

3.69. Manuel De la Cámara, señala: "teniendo en cuenta que esta institución se funda en un principio de equidad aplicable al derecho en general, puede generarse, tanto dentro como fuera de una relación contractual. En esa línea, es perfectamente posible distinguir si el enriquecimiento procede de un acto jurídico debido al acuerdo de voluntades de las partes, o a un acto o hecho en el que la voluntad del empobrecido no haya podido intervenir"

3.70. Por su parte CAMPOS MEDINA, refiriéndose precisamente al tema del enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos señala: "(...) es indudable que si no se remunera al contratista, la administración se enriquecería indebidamente. También queda claro que en todos estos casos el enriquecimiento sin causa tiene 'origen' en el contrato administrativo y que incluso las materias que previamente se discuten para establecer el fundamento del contratista son de naturaleza contractual. Por lo mismo, negarle 'origen' contractual a estas controversias es intentar tapar el sol con un dedo"

3.71. Por lo tanto, nosotros coincidimos en que el enriquecimiento sin causa no es una fuente autónoma de obligaciones, sino más bien un principio abstracto que informa el derecho civil en general y que ha sido convertida en norma positiva (ya sea en una sección específica del Código Civil o no) expresamente con el objeto de producir una obligación en quien se enriquece y un derecho subjetivo en quien se empobrece.

3.72. Una primera aproximación superficial nos podría hacer pensar que de suyo el enriquecimiento sin causa no puede presentarse en el escenario contractual en la medida que el acuerdo de voluntades constituye precisamente la causa que justifica el enriquecimiento.

3.73. De hecho ésta fue una posición antiguamente bastante difundida en la doctrina; sin embargo, tanto el estudio de la doctrina predominante como la simple constatación de la realidad, nos lleva inexorablemente a la conclusión que: el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el derecho en general puede generarse dentro o fuera del contrato. Un ejemplo de ello es el artículo 228 de nuestro Código Civil, en el cual se dispone que en el caso de un acto jurídico celebrado con un incapaz (un contrato por ejemplo) la acción restitutoria resultante de la nulidad del contrato sólo procede en la parte que haya sido aprovechado por el incapaz, es decir, en la parte que se haya enriquecido. Este es un caso de enriquecimiento sin causa (contractual). De hecho, la norma antes citada es uno de los ejemplos comúnmente utilizados por la doctrina para ejemplificar el enriquecimiento sin causa.

3.74. En caso de presentarse una controversia respecto a la nulidad de un contrato que ha sido al menos parcialmente cumplido, si aplicamos la tesis que sostiene que sólo lo que tiene "origen" contractual puede ser materia de arbitraje, llegaríamos al absurdo que la pretensión declarativa de nulidad será arbitrable, pero no lo sería la pretensión para que se restituya lo ya ejecutado, pues tenga esta pretensión naturaleza de enriquecimiento sin causa o no, es claro que no tiene "fuente" contractual en la medida que precisamente el contrato habría sido declarado nulo.

3.75. De lo anterior, e independientemente de la conclusión a la que se llegue respecto de esta discusión, es indudable que, si en un contrato administrativo no se remunera a un contratista lo debido, la administración se enriquecería indebidamente.

3.76. Ahora bien, hay que remitirnos a lo establecido en la Cláusula Arbitral, contenida en la CLÁUSULA VIGÉSIMA, la misma que expresamente señala:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Todos los conflictos que se deriven de la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia e ineficacia del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del estado y Decreto Legislativo Nro. 1071 (normativa de arbitraje). (...)" (EL RESALTADO ES NUESTRO).

3.77. Tal como se advierte de la Cláusula referida a solución de controversias anteriormente citada, todos los conflictos que deriven directa o indirectamente del contrato suscrito entre las partes, será resuelto mediante arbitraje de derecho.

3.78. Si bien, en la parte final del segundo párrafo de la Cláusula Vigésima se estipula que, no son arbitrables (además de las controversias en donde la Contraloría General, ejerce control previo), las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al referido contrato. Esto no restringe que, en el presente caso, la pretensión de enriquecimiento sin causa sea arbitrable, pues tal y como se ha concluido en líneas anteriores, el "enriquecimiento sin causa" es una institución que se funda en un Principio de Equidad aplicable al derecho en general, y que se puede generar, tanto dentro como fuera de una relación contractual. En el presente caso, la pérdida de la equidad deriva indirectamente del contrato administrativo de supervisión, por lo tanto si es arbitrable.

3.79. Es más, efectuando una interpretación extensiva de la Cláusula Vigésima del contrato de supervisión, podemos concluir que la común intención de las partes al pactar el arbitraje es evitar acudir al poder judicial. No tiene mucho sentido, por tanto, interpretar que la voluntad de las partes es acudir en unos casos al arbitraje y en otros al Poder Judicial cuando ambas cuestiones controvertidas se encuentran estrechamente vinculadas.

3.80. A propósito de ello, la Corte Suprema de Justicia de la República, resolviendo un recurso de anulabilidad de laudo arbitral, ha señalado que el enriquecimiento sin causa sí puede entenderse comprendido en el convenio arbitral incorporado en los contratos de obra pública por mandato legal.

3.81. En efecto, no es razonable y por ende casi imposible que el acuerdo de voluntades incluya una a una las materias que serán sometidas a arbitraje; por ello, debe entenderse que el común acuerdo establecido en el contrato, es que cualquier controversia que se derive de la ejecución o interpretación del contrato, será materia de arbitraje, sin detallar ni precisar expresamente las materias ni las controversias que puedan ser sometidas a ella, por lo se concluye que el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable.

3.82. No obstante, es pertinente indicar que no existe dispositivo legal que prohíba que el enriquecimiento sin causa sea materia arbitrable, máxime si este instituto cumple los requisitos exigibles para tal efecto, esto es, que sea de libre disposición, tenga un contenido patrimonial y derive de un derecho subjetivo.

El enriquecimiento por parte de la Entidad.

3.83. Que, Doctrina nacional coincide en establecer que el enriquecimiento sin causa debe entenderse en sentido amplio, es decir, como ventaja patrimonial obtenida, ya sea activamente, como la adquisición de un derecho o la obtención de la posesión, ya sea pasivamente, como el ahorro de un gasto inminente.

3.84. En ese sentido, para hablar de un enriquecimiento de la Entidad no es necesario verificar si se ha incrementado el patrimonio de éste, sino verificar que se ha configurado un enriquecimiento pasivo, entendido como el ahorro de un gasto inminente.

3.85. Por lo tanto, una de las formas de enriquecerse a expensas de otro, es a través del ahorro de un costo necesario, y en el presente caso Provias Descentralizado se ha beneficiado con la prestación de los servicios efectivamente realizados por el Supervisor, durante el periodo comprendido entre el 03/12/2011 y el 10/03/2012, tal como se acredita con todos los informes presentados a la Entidad, así como también de las anotaciones del cuaderno de obra.

3.86. En efecto, la ventaja patrimonial obtenida por la Entidad deriva del ahorro al dejar de pagar un servicio necesario para la culminación de la obra, como es el de la supervisión, es aquí donde se pierde el equilibrio patrimonial que motiva su resarcimiento, máxime si la variación del plazo y alcances del contrato de supervisión no son imputables al Consorcio RMG.

El empobrecimiento por parte del Supervisor.

3.87. Que, una de las formas en que puede producirse el empobrecimiento, según Oramas Gross, citado por Mario Castillo Freyre, consiste en el no aumento en el patrimonio, cuando jurídicamente era procedente un ingreso o un incremento en el patrimonio.

3.88. Que no se haya culminado la obra dentro del plazo que se estableció en el contrato de supervisión es un hecho no imputable al Supervisor, en ese sentido, el Consorcio RMG ha venido prestando, de buena fe, sus servicios de manera ininterrumpida, en la creencia que los mayores prestaciones solicitadas le serían reconocidas y pagadas por la Entidad, sin embargo no fue así, puesto que un ejercicio abusivo del derecho la Entidad ha decidido no considerar la existencia de mayores prestaciones de la supervisión.

3.89. Es pertinente, precisar que el supervisor no solo prestó sus servicios de buena fe, sino que sabíamos que de no continuar los servicios de supervisión, no solo perjudicaríamos el desarrollo de la obra (ya que no puede haber una obra sin supervisión), sino que también, podríamos ser pasibles de penalidades, toda vez que en los Términos de Referencia la Entidad estableció una serie de situaciones que le generan responsabilidad a la supervisión.

3.90. En efecto, no existe fundamento legal ni causa justa para que la Entidad no cumpla con la contraprestación debida.

3.91. El artículo 23 de la Constitución del Perú, en su último párrafo establece que: "Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento".

3.92. En conclusión, el empobrecimiento de la Supervisión deriva de la prestación efectiva de sus servicios sin que la Entidad le haya retribuido.

Nexo causal entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del Supervisor.

3.93. Que, efectivamente, tal como se podrá advertir el Tribunal Arbitral de los hechos expuestos, existe una relación directa entre la ventaja patrimonial percibida por la Entidad, que constituye la causa, y el desequilibrio económico en detrimento del Supervisor por falta de pago, que resulta ser el efecto negativo.

Atribución patrimonial indebida (ausencia de causa justa).

3.94. Que, tal como lo señala DÍEZ-PICAZO: "Para que la acción (de enriquecimiento sin causa) exista debe pues faltar una causa justa de la atribución patrimonial. Por causa de la

atribución patrimonial debe entenderse aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico al beneficiario de la atribución, para recibir ésta y conservarla, lo cual puede ocurrir porque existe un negocio jurídico válido y eficaz entre ellos o porque existe una expresa disposición legal que autoriza aquella consecuencia."

3.95. En el presente caso, en el contrato de supervisión no se establece que el Supervisor tenga que realizar sus servicios sin pago alguno, tampoco existe norma legal que le faculte a la Entidad a enriquecerse a expensas de una persona natural o jurídica, pues si bien en los contratos administrativos las Entidades Públicas conservan el "Ius Imperium", éste no debe ser ejercido de manera arbitraria, sino siguiendo los parámetros de una gestión pública eficiente, de lo contrario, estaríamos ante el ejercicio abusivo de un derecho, y nuestro ordenamiento jurídico no lo ampara. Por lo tanto, no hay causa justa para que la Entidad haya obtenido una ventaja patrimonial en su favor.

Resarcimiento.

3.96. Que, el resarcimiento solicitado al Tribunal Arbitral está constituido por los 99 días de trabajo efectivo prestados por la Supervisión en favor de la Entidad, los cuales han sido cuantificados en S/. 199,434.00 (CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO CON 00/100 NUEVOS SOLES).

Residualidad.

3.97. Que, al respecto debemos entender por "ejercitar otra acción" a la que hace referencia el artículo 1955 del Código Civil, conforme lo ha entendido la Corte Suprema en la Casación 215-2005 Lima, publicada en El Peruano, con fecha 1 de agosto del 2006, la cual nos permite establecer un criterio para entender la situación establecida en la norma: "Sétimo.- Que el término "otra acción a que se refiere el artículo 1955 del Código Civil tiene que entenderse como aquella que provenga de una relación contractual, u otro vínculo que genere alguna obligación, y no a cualquier otra acción, como en la indemnización, pues esta se reserva para reparar daños ocasionados por incumplimiento de obligaciones, que como se ha establecido no existen, o por daño proveniente de actos tipificados en normas precisas del Código Civil. Incluyendo delitos, pues de otra mofo el ejercicio de tal acción resultaría ilusoria. Así se ha establecido, en la jurisprudencia francesa, por sentencia de la corte de casación, citada por Joserand..."

3.98. Que, tal como se podrá advertir, de los fundamentos expuestos, el CONSORCIO RMG no tenía otra vía para solicitar el resarcimiento por enriquecimiento sin causa, motivo por el cual se cumple con el presupuesto establecido en el artículo 1955 del Código Civil.

3.99. Por último, en materia de Contrataciones del Estado es muy común que debido a las "cláusulas exorbitantes" que tienen a su favor las Entidades Públicas, se produzcan situaciones de desequilibrio patrimonial, en donde la única acción que le queda al contratista es la pretensión de enriquecimiento sin causa.

4. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Invoco como fundamento jurídico de mi demanda arbitral lo establecido en los siguientes dispositivos legales:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

➤ Artículo 23, en su último párrafo se establece que:

"Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento".

DECRETO LEGISLATIVO N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado:

➤ Artículo 41.-Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje. (...)

DECRETO SUPLENTO N° 84-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

➤ *Artículo 174.- Adicionales y Reducciones*

Para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el Titular de la Entidad podrá disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, para lo cual deberá contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determinará sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o servicio y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determinará por acuerdo entre las partes.

Igualmente, podrá disponerse la reducción de las prestaciones hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original.

En caso de adicionales o reducciones, el contratista aumentará o reducirá de forma proporcional las garantías que hubiere otorgado, respectivamente.

➤ *Artículo 190.- Inspector o Supervisor de Obras*

Toda obra contará de modo permanente y directo con un inspector o con un supervisor, quedando prohibida la existencia de ambos en una misma obra.

El inspector será un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por ésta, mientras que el supervisor será una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin. En el caso de ser una persona jurídica, ésta designará a una persona natural como supervisor permanente en la obra.

El inspector o supervisor, según corresponda, debe cumplir por lo menos con las mismas calificaciones profesionales establecidas para el residente de obra.

Será obligatorio contratar un supervisor cuando el valor de la obra a ejecutarse sea igual o mayor al monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo.

CÓDIGO CIVIL PERUANO

➤ **TÍTULO PRELIMINAR DEL:**

Artículo II.- Ejercicio abusivo del derecho

"La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. (...)"

➤ **Artículo 1954.- Enriquecimiento sin causa.**

"Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo"

- 1.3. Seguidamente, mediante la *Resolución N° 2 de fecha 31 de mayo del 2012*, se tuvo por presentada en forma oportuna la demanda arbitral, empero, se supeditó su admisión a la subsanación de las diversas observaciones advertidas en cuando al ofrecimiento de sus medios probatorios documentales, concediéndole al DEMANDANTE para dicho efecto, un plazo de tres (03) días hábiles para que realice la subsanación en comento.

- 1.4. Es de precisar que a través de la *Resolución N° 3 de fecha 31 de mayo del 2012*, se tuvo por cancelado extemporáneamente el primer anticipo de honorarios arbitrales que le corresponde a PROVIAS.

- 1.5. Luego, por medio del escrito N° 02, EL CONSORCIO subsanó las observaciones advertidas a través de la Resolución N° 2, procediendo a continuación el Colegiado a expedir la *Resolución N° 4 de fecha 11 de*

junio del 2012, en las que se tiene justamente por subsanadas las observaciones, por admitida a trámite la demanda arbitral, por ofrecidos los medios probatorios que ahí se indican y se dispuso correr traslado de la misma a PROVIAS para que en el plazo de veinte (20) días hábiles cumpla con contestarla.

2. DE LAS EXCEPCIONES Y SUS ABSOLUCIONES.

- 2.1. Con fecha 28 de junio del 2012, LA ENTIDAD (por medio del Procurador Público a cargo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC) presentó su escrito N° 1 en el que – en el PRINCIPAL - se apersona al proceso señalando su domicilio procesal y formula dos (02) Excepciones de Incompetencia. Asimismo, en su Primer Otrosí Decimos el Procurador delega su representación en los abogados que ahí se señalan.
- 2.2. Es de precisar que los fundamentos en que sustenta PROVIAS sus dos (02) medios de defensa, son los que aparecen glosados en este Laudo, en este caso, en el numeral 4.4.1., del Punto 4 sobre LAS EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA DEDUCIDAS POR PROVIAS DESCENTRALIZADO, de la Sección II (PARTE RESOLUTIVA).
- 2.3. Debe indicarse que mediante la *Resolución N° 5 de fecha 02 de julio del 2012*, se tuvo por apersonado al proceso a PROVIAS y por deducidas las Excepciones de Incompetencia corriéndose traslado para que el CONSORCIO las absuelva en el plazo de diez (10) días hábiles.
- 2.4. Seguidamente, mediante Escrito N° 03 de fecha 19 de julio del 2012, EL CONSORCIO absolvió el traslado de las excepciones deducidas por PROVIAS, tal como así aparece glosados en este Laudo, en este caso, en el numeral 4.4.2., del Punto 4 sobre LAS EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA DEDUCIDAS POR PROVIAS DESCENTRALIZADO, de la Sección II (PARTE RESOLUTIVA).
- 2.5. Con relación a la absolución anterior, se emitió la *Resolución N° 7 de fecha 20 de julio del 2012*, mediante la cual se tuvo por absuelto el traslado de las Excepciones de Incompetencia deducidas por PROVIAS, por ofrecidos los medios probatorios que se invocan y por adjuntado un CD conteniendo la versión en Word del escrito de absolución. Asimismo, este Colegiado determinó que las excepciones de Incompetencia serán resueltas al momento que se pronuncie sobre las cuestiones relativas al fondo de la presente controversia arbitral.

3. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA ARBITRAL

- 3.1. Con fecha 13 de julio del 2012, EL DEMANDADO presentó dentro del plazo concedido para tales efectos su escrito de contestación de demanda, signado con el número N° 02, sosteniendo en definitiva que todas pretensiones formuladas por EL SUPERVISOR sean declaradas INFUNDADAS O IMPROCEDENTE. Asimismo, en su Primer Otrosí Decimos, se deja constancia de que se reserva el derecho de ampliar su contestación de demanda, así como de aportar medios probatorios adicionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje.
- 3.2. Conviene destacar que EL DEMANDADO ampara su contestación de demanda arbitral en relación a las pretensiones planteadas por EL CONSORCIO, en base a las siguientes consideraciones – parte pertinente-:

“3.- Precisadas las pretensiones de la empresa CONSORCIO RMG y los antecedentes del contrato, nos avocaremos a contestar cada una de las pretensiones demandadas, conforme a lo siguiente:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Que, el Tribunal Arbitral -declare la nulidad o ineficacia de la Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, de fecha 13 de marzo de 2012; por falta de motivación técnica y jurídica.*

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRINCIPAL: *Que, el Tribunal Arbitral ordene a Provias Descentralizado el reconocimiento y pago de la Mayor Prestación de Servicios de la Supervisión N° 02 por 35 días calendario, presentada a la Entidad demandada, mediante Carta N° 100-2011-SPSCII/RMG-Supervisión, recibida el 18 de noviembre del 2011, por la suma de S/ 73,478.09 (Setenta y tres mil cuatrocientos setenta y ocho y 09/100 Nuevos Soles), incluido IGV.*

1.1. *Al respecto se visualiza que entre la primera pretensión y su accesoria existe un nexo o vínculo, por lo que consideramos conveniente responder las mismas de manera conjunta.*

1.2. *La Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, de fecha 13 de marzo de 2012 es válida por lo siguiente:*

a. *Todo acto administrativo es válido si es dictado conforme al ordenamiento jurídico.*

b. **COMPETENCIA.-** *Para que un acto administrativo sea válido se requiere que la autoridad que decide tenga competencia para ejercer dicha potestad. La resolución cuestionada por el contratista, ha sido emitida por el Viceministro de Transportes, cuya autoridad no ha sido desconocida ni cuestionada por el CONSORCIO RMG. En consecuencia, la resolución tiene el carácter de instrumento público y de acuerdo a las actuaciones arbitrales, no ha sido observada, cuestionada o tachada por la demandante.*

c. **CONTENIDO:** *El objeto del acto administrativo tiene compatibilidad con lo establecido en el artículo 191° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, disposición que faculta a la entidad contratante a pronunciarse respecto a la solicitud de ampliaciones de plazo de servicios de supervisión. Este aspecto no ha sido cuestionado por el contratista.*

d. **FINALIDAD PÚBLICA:** *Los aspectos relacionados a la Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, de fecha 13 de marzo de 2012 están vinculados a una contratación pública, cuya finalidad obvia es el interés público; no existiendo observación alguna del Supervisor al respecto.*

e. **MOTIVACIÓN:** *La motivación, de acuerdo con la Ley, deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. El acto administrativo contenido en la Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, de fecha 13 de marzo de 2012, se encuentra debidamente motivado al*

aprobarse el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 02 por S/. 10,706.81 incluido el IGV, con una incidencia específica de 0.18% del monto total del Contrato.

f. El Supervisor demandante no ha invocado contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, por lo cual el pronunciamiento de la Entidad cumple los requisitos de validez, no existiendo causal de nulidad en la Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, de fecha 13 de marzo de 2012.

1.3. Sin perjuicio de lo anterior, señalamos que a través del Memorándum N° 3556-2011-MTC/21.UGTR de fecha 06 de diciembre de 2011, la Unidad Gerencial de Transporte Rural de PROVIAS DESCENTRALIZADO remite el informe N° 207-2011-MTC/21.UGTR/HMAH de la misma fecha, de su Especialista en Proyectos IV, en el cual se concluye:

i) El Supervisor mediante Carta N° 100-2011-SPSCII/RMG-Supervisión solicita "Mayores prestaciones de servicio N° 02 de Supervisión" al Contrato de Supervisión, por treinta cinco (35) días calendario, originado por la Ampliación de Plazo N° 01 al Contrato de Obra, que a su vez se origina por la aprobación del Presupuesto Adicional de Obra N° 02 al Contrato de Obra, la misma que al no tener respuesta por parte de la Entidad dentro del plazo establecido en la normativa de contrataciones con el Estado, fue otorgada a favor del Supervisor, asimismo solicita la aprobación del Presupuesto Adicional de Supervisión N° 02.

ii) Respecto a la Ampliación de Plazo N° 01 al Contrato de Supervisión por treinta y cinco (35) días calendario, la cual quedó consentida al no haber obtenido respuesta oportuna por la Entidad fue solicitada por la Supervisión por la aprobación de la Ampliación de Plazo N° 01 al Contrato de Obra por noventa y nueve (99) días calendario, la que tampoco obtuvo pronunciamiento respecto a lo solicitado dentro del plazo establecido, por lo que quedó consentida, la cual a su vez fue generada por la aprobación del Presupuesto Adicional de Obra N° 02 mediante Resolución Ministerial N° 717-2011-MTC/02.

iii) De acuerdo al análisis efectuado para la aprobación del Presupuesto Adicional de Obra N° 02, que es el que genera la Ampliación de Plazo N° 01 al Contrato de Obra, se establecía que la ejecución de los trabajos adicionales aprobados mediante Resolución Ministerial N° 717-2011-MTC/02 de fecha 06 de octubre de 2011, requerían de 05 días calendarios para su ejecución, siendo el resto del plazo (94 días calendario) correspondiente a movilización de equipos y a la demora en la aprobación del adicional por parte de la Entidad.

iv) En consecuencia, considerando los 05 (cinco) días calendarios de ejecución antes indicados, la mayor prestación del servicio de supervisión queda establecida en igual plazo, recomendándose la aprobación del Presupuesto Adicional de Supervisión N° 02 que asciende a la suma de S/. 10,706.81 (Diez Mil Setecientos Seis y 81/100 Nuevos Soles), incluido I.G.V.

v) La incidencia específica y acumulada del Presupuesto Adicional de Supervisión No. 02 es de 2,15%. El Presupuesto Adicional de Supervisión N° 02 representa el 0,18% respecto al monto total de la Obra.

1.4. En ese sentido, el artículo 191° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el Reglamento, establece que el costo de la supervisión no excederá del diez por ciento (10%) del valor referencial de la obra o del monto vigente del contrato de obra, el que resulte mayor.

El citado artículo, agrega que cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen mayores prestaciones en la supervisión, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales, previamente aprobadas, asimismo establece que cuando dichas prestaciones superen el quince por ciento (15%), se requiere aprobación previa al pago de la Contraloría General de la República, la que deberá pronunciarse en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, el mismo que se computará desde que la Entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente, transcurrido el cual sin haberse emitido pronunciamiento, las prestaciones adicionales se consideraran aprobadas, sin perjuicio del control posterior.

1.5. Asimismo, el artículo 174° del Reglamento establece que para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, para lo cual deberá contar con la asignación presupuestaria necesaria. Tal costo de los adicionales se determinará sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o servicio y de las condiciones y precios pactados en el contrato, y en defecto de éstos se determinará por acuerdo entre las partes.

1.6. En mérito de lo antes señalado y estando a la certificación de disponibilidad presupuestaria, resultó viable que la Entidad expida el acto resolutorio que apruebe el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 02.

1.7. Por ello, en la Resolución que se pretende declarar inválida se resuelve aprobar el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 02 por "Mayor Prestación de Servicios de Supervisión" al Contrato de Consultoría N° 140-2010-MTC/21 para la Supervisión del Saldo de Obra Construcción del Puente Santo Cristo II, el mismo que asciende a la suma de S/. 10, 706.81, incluido I.G.V., que representa una incidencia específica y acumulada de 2,15% del monto del Contrato de Supervisión y una incidencia de 0,18% del monto total del Contrato de Obra.

1.8. En tal sentido, concluimos que la Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, de fecha 13 de marzo de 2012 es plenamente válida, puesto que ha sido emitida cumpliendo todos los requisitos que establece la Ley para que surta efectos, sin afectarse de manera injustificada derechos del Consorcio demandante, máxime si se encuentra debidamente motivada y sustentada en los Informes precitados y arreglada a la normativa de contrataciones del Estado aplicable al Contrato de Consultoría N° 140-2010-MTC/21.

1.9. Por los fundamentos expuestos, solicitamos se declare **INFUNDADA O IMPROCEDENTE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SU ACCESORIA.**

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral declare nulidad o ineficacia de la Resolución Viceministerial N° 093-2012-MTC/02, de fecha 25 de enero de 2012; por falta de motivación técnica y jurídica.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral ordene a Provias Descentralizado el reconocimiento y pago de la Mayor Prestación de Servicios de la Supervisión N° 03 por 64 días calendario presentada por nuestra parte ante la entidad demandada, mediante Carta A/° 111-2011-SPSCII/RMG-Supervisión, recibida el 21 de diciembre del 2011, por la cual se determina un saldo a nuestro favor de S/. 136,752.80 (ciento treinta y seis mil setecientos cincuenta y dos y 80/100 Nuevos Soles), incluido IGV.

1.1. Entre la segunda pretensión y su accesoria existe un nexo o vínculo, por lo que consideramos conveniente responder las mismas de manera conjunta.

1.2. La Resolución Viceministerial N° 093-2012-MTC/02, de fecha 25 de enero de 2012 es válida por lo siguiente:

a. Todo acto administrativo es válido si es dictado conforme al ordenamiento jurídico.

b. **COMPETENCIA.-** Para que un acto administrativo sea válido se requiere que la autoridad que decide tenga competencia para ejercer dicha potestad. La resolución cuestionada por el contratista, ha sido emitida por el Viceministro de Transportes, cuya autoridad no ha sido desconocida ni cuestionada por el **CONSORCIO RMG**. En consecuencia, la resolución tiene el carácter de instrumento público y de acuerdo a las actuaciones arbitrales, no ha sido observada, cuestionada o tachada por la demandante.

c. **CONTENIDO:** El objeto del acto administrativo tiene compatibilidad con lo establecido en el artículo 191° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, disposición que faculta a la entidad contratante a pronunciarse respecto a la solicitud de mayores servicios de supervisión. Este aspecto no ha sido cuestionado por el contratista.

d. **FINALIDAD PÚBLICA:** Los aspectos relacionados a la Resolución Viceministerial N° 093-2012-MTC/02, de fecha 25 de enero de 2012 están vinculados a una contratación pública, cuya finalidad obvia es el interés público; no existiendo observación alguna del Supervisor al respecto.

e. **MOTIVACIÓN:** La motivación, de acuerdo con la Ley, deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. El acto administrativo contenido en la Resolución Viceministerial N° 093-2012-MTC/02, de fecha 25 de enero de 2012, se encuentra debidamente motivado al declararse improcedente la aprobación de la Prestación Adicional de Supervisión N° 03 al Contrato de Supervisión.

f. El Supervisor demandante no ha invocado contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, por lo cual el pronunciamiento de la Entidad cumple los requisitos de validez, no existiendo causal de nulidad en la Resolución Viceministerial N° 093-2012-MTC/02, de fecha 25 de enero de 2012.

1.3. En relación a la mayor prestación de servicios N° 03 de supervisión, la Entidad consideró que la solicitud por mayor prestación de servicios N° 03 por 64 d.c. es improcedente, debido a que los 99 días calendarios de ampliación otorgados al contratista se generaron por la aprobación del Adicional de Obra N° 01, el cual consideraba sólo 5 días calendarios por

labores propias de ejecución de obra, los cuales sí generan mayor prestación de servicios a la supervisión y que fueron aprobados en la Mayor Prestación de Servicios N° 02 mediante RVM N° 220-2012-MTC/02.

Al respecto, de debe tener en cuenta que el resto del plazo otorgado al contratista corresponde a demoras en la tramitación del adicional de obra N°01 y por ende no genera mayores prestaciones de servicios adicionales de Supervisión.

1.4. Por otro lado, es preciso indicar que a través del Informe N° 696-2011-MTC/21.UGAL del 28 de diciembre de 2011, la Unidad Gerencial de Asesoría Legal de PROVIAS DESCENTRALIZADO opinó que se debe declarar improcedente la prestación adicional N° 3 al Contrato de Servicios de Consultoría N° 140-2010-MTC/21, al encontrarse incluida la prestación adicional de los servicios equivalente a cinco (05) días calendario en la prestación adicional del servicio de supervisión N° 02 en trámite.

1.5. La Entidad con Memorándum N° 065-2012-TC/21 del 12 de enero de 2012, "remite el Informe N° 016-2012-MTC/21.UGTR del 10 de enero de 2012 de la Unidad Gerencial de Transporte Rural, por el cual se alcanza el Informe N° 005-2012-MTC/21.UGTR/HMAH del 10 de enero de 2011, que amplía el informe anterior señalando lo siguiente:

- i) El Contratista ejecutor de la Obra, CONSORCIO VIAL IBEROAMERICANO, solicitó la ampliación de plazo N° 01 por noventa y nueve (99) días calendario, solicitud que quedó consentida, quedando diferida la culminación de la obra para el día 10 de marzo de 2012.
- ii) Ante ello, el CONSORCIO RMG solicitó la ampliación del servicio de supervisión por treinta y cinco (35) días calendario, el cual a su criterio generaba la mayor prestación adicional N° 02 por la suma de S/. 73,476.09. Con relación a ello precisa que la solicitud de ampliación de plazo efectuada quedó consentida por lo que se procedió a evaluar el adicional de obra por mayor prestación de servicio N° 02 y dado que la causa que lo genera es la ampliación de plazo N° 01 consentido a favor del contratista, se considera que de los noventa y nueve (99) días calendarios aprobados, solo cinco (5) días calendario corresponden a la ejecución de un adicional de obra por mayores prestaciones de supervisión, siendo que actualmente se encuentra en trámite su aprobación.
- iii) Mientras se tramitaba la mayor prestación de servicios N° 02, el CONSORCIO RMG solicitó la mayor prestación de servicios de supervisión N° 03 por 64 días calendario argumentando la aprobación de la ampliación de plazo N° 01 a favor del contratista por noventa y nueve (99) días calendario y el consentimiento de su solicitud de ampliación de plaza por treinta y cinco (31) días calendario, por lo que solicita que por los sesenta y cuatro (64) días calendario restantes que faltaría para completar los noventa y nueve (99) días calendario obtenidos por el contratista, se le considere la mayor prestación de servicios N° 03.
- iv) Como ya se indicó, de los noventa y nueve (99) días calendarios aprobados al Contratista, solo cinco (5) días calendarios corresponde a la ejecución de trabajos adicionales, los que se aprueban con la mayor prestación de servicios N° 02, por lo que la solicitud de aprobación de la mayor prestación de servicios de supervisión N° 03 requerida debe ser declarada improcedente.

1.6. Es así que, el artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1017 Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la Ley, establece que excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de servicios (dentro de los cuales se encuentran incluidos los de consultoría de obras) hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.

1.7. Por otro lado, el artículo 174° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, establece que para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el Titular de la Entidad podrá disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, para lo cual deberá contar con la asignación presupuestal necesaria; precisando además que el costo de los adicionales se determinará sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o servicio y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos, se determinará por acuerdo entre las partes. Igualmente, dicho artículo precisa que en caso de adicionales, el contratista aumentará o reducirá de forma proporcional las garantías que hubiere otorgado.

1.8. En precisión a ello, se debe tener en cuenta que el artículo 191° del Reglamento establece que:

"Cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y

siempre que impliquen mayores prestaciones en la supervisión, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas [...]"

1.9 La Unidad Gerencial de Transporte Rural de PROVIAS DESCENTRALIZADO emitió opinión técnica respecto de la solicitud formulada por el CONSORCIO RMG, a través de los Informes N° 222- 2011-MTC/21.UGTR/HMAH y N° 005-2012-MTC/21.UGTR/HMAH, concluyendo que no corresponde autorizar la prestación adicional N° 03 al Contrato de Servicios de Consultoría N° 140-2010-MTC/21, toda vez que no implica mayores prestaciones de supervisión y su sustento no es indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

1.10. En tal sentido, es que se ha podido comprobar que no habría discusión respecto a la validez de la presente resolución, puesto que ha sido emitida cumpliendo todos los requisitos que requiere la Ley para que surta efectos sin afectarse de manera injustificada al Consorcio demandante.

1.11. Por los fundamentos expuestos, solicitamos se declare INFUNDADA O IMPROCEDENTE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SU ACCESORIA.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LAS DOS PRIMERAS PRETENSIONES PRINCIPALES:
Que, en el eventual caso que se desestime de manera conjunta las dos pretensiones principales anteriormente descritas, o alguna de ellas; solicitamos al Tribunal Arbitral ordene a Provias Descentralizado cumpla con restituir a favor del CONSORCIO RMG, la suma de S/. 199,434.00 (CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO CON 00/100 NUEVOS SOLES) más los intereses que correspondan, o el monto que determine el Tribunal Arbitral por concepto de ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, al haberse producido una ventaja patrimonial a favor de la Entidad en detrimento del CONSORCIO RMG, que carece de toda justificación o fundamento legal.

1.1. Al respecto, cabe mencionar que el CONSORCIO RMG nunca solicitó expresamente a mi representado Provias Descentralizado someter a arbitraje el reclamo sobre enriquecimiento sin causa, ya que solo planteó su solicitud de arbitraje respecto a las mayores prestaciones de servicios de supervisión N° 02 y 03, pero nunca solicitó someter a arbitraje la controversia sobre enriquecimiento sin causa, conforme a la Carta N° 016-2012-SPSCII/RMG-Supervisión de fecha 15 de febrero de 2012; razón por la cual hemos planteado la Excepción de Incompetencia del Tribunal Arbitral para resolver esta materia demandada por el Consorcio RMG.

1.2. El consorcio en las pretensiones subordinadas a las pretensiones principales de la demanda, pretende el pago vía enriquecimiento sin causa de PROVIAS DESCENTRALIZADO al haberse producido una ventaja patrimonial a favor de la Entidad en detrimento del CONSORCIO RMG, que carece de toda justificación o fundamento legal.

1.3. Sobre estas pretensiones subordinadas, señalamos que el enriquecimiento sin causa o indebido se define como el enriquecimiento injustificado de una persona en detrimento de otra. En ese orden, debemos tener en cuenta que el enriquecimiento sin causa presenta las siguientes características:

- Es una acción subsidiaria. No debe existir otra que pudiera interponerse.
- No debe existir causa justa
- Debe existir de una parte un enriquecimiento real y de otra un empobrecimiento.

1.4. En lo referente al carácter subsidiario de la presente acción, nuestro Código Civil señala de manera expresa en el artículo 1955° lo siguiente:

"La acción a que se refiere el artículo 1954° no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtenerla respectiva indemnización"

1.5. En suma, la acción del enriquecimiento sin causa sólo podrá ser alegada en tanto no exista otra acción legal para que la demandante pueda exigir el cumplimiento de una obligación o solicitar el resarcimiento de un perjuicio.

1.6. Asimismo, analizando la falta de causa del enriquecimiento, es decir, que éste se presente como injustificado, Enneccerus señala que la pretensión de enriquecimiento no nace por el sólo hecho que uno se enriquezca a costo de otro, sino que es menester que falte una justa causa en la que se funde dicho enriquecimiento.

1.7. Así la figura del enriquecimiento sin causa es precisamente la transferencia de un valor económico sin que medie una razón para ello; es decir, una situación jurídica que permita al beneficiario recibir la ventaja económica y conservarla. Para que pueda ampararse una acción de esta naturaleza debemos estar por tanto, frente a la falta de causa justa respecto de la atribución en el patrimonio del enriquecido.

1.8. Del mismo modo, para que proceda dicha acción debe probarse técnica y jurídicamente lo siguiente:

- Que el demandante se haya empobrecido y correlativamente el demandado se haya enriquecido.
- Que se trate de bienes patrimoniales.
- Que exista entre ambos relación de causalidad. El enriquecimiento sin causa debe ser necesariamente a consecuencia del empobrecimiento.
- Que no exista causa justa.

1.9. En cuanto a la causa justa, el demandante no ha demostrado que el supuesto enriquecimiento por parte de la Entidad no tiene justificación o no se encuentra motivado debidamente.

1.10. Una vez señalado, que el enriquecimiento sin causa no sería arbitrable pese a su carácter patrimonial, pasamos a definir el enriquecimiento sin causa. Sobre el particular, se deberá tener en cuenta que todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos, deben fundarse en aquellas causas o razones de ser que el ordenamiento jurídico considera como justas. Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente, surge una acción o una pretensión, a favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución.

1.11. Si bien es cierto, los desplazamientos patrimoniales deben tener una justificación jurídica, una razón de ser, una causa. Resulta contrario a la equidad que un sujeto pueda enriquecerse a costa del empobrecimiento de otro, sin ningún motivo legítimo. Cuando ello ocurre, la ley confiere al empobrecido una acción de restitución llamada de enriquecimiento sin causa o in rem verso, la misma que es residual y excluyente, en defensa de su patrimonio que sufrió un desmedro injusto.

1.12. En tal sentido, todos los desplazamientos patrimoniales requieren de una causa que los justifique jurídicamente. De acuerdo con Trimarchi, los desplazamientos patrimoniales injustificados pueden verificarse como consecuencia de:

(i) Apropiaciones ilícitas, o bien por el empleo de violencia, amenazas o engaños: En este caso las consecuencias se eliminan, en lo posible, mediante el mecanismo de la responsabilidad civil.

(ii) Hechos que no son ilícitos y no son fuente de responsabilidad por daños. Así, por ejemplo, pueden tratarse:

- De hechos del mismo empobrecido, quién por error entregue a otro sujeto un bien no debido;
- De un hecho de la naturaleza, como la avulsión (artículo 940 del Código Civil); o,
- De un hecho del enriquecido sin ser fuente de responsabilidad civil por los daños, así, por ejemplo, el consumo de buena fe de un bien ajeno.

1.13. A contrario sensu, cuando los desplazamientos patrimoniales se producen por hechos que no son ilícitos y no son fuente de responsabilidad por daños, el derecho no impone al enriquecido de buena fe, como señala el autor italiano, el resarcimiento del daño, pero le impone la obligación de pagar al empobrecido una indemnización dentro de los límites de su enriquecimiento. Este principio general está recogido en el artículo 1954° del Código Civil que establece: "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo".

1.14. En consecuencia, al haber demostrado la Entidad al analizar y desvirtuar las pretensiones principales primera y segunda de la demanda, que son perfectamente válidas las Resoluciones Viceministeriales N°s. 093-2012-MTC/02 de fecha 25 de enero de 2012, que declaró improcedente la Aprobación de la Prestación Adicional de Supervisión N° 03 al Contrato de Servicio de Consultoría N° 140-2010-MTC/21 y la Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02 de fecha 13 de marzo de 2012, que aprobó el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 02 por "Mayor Prestación de Servicios de Supervisión" al Contrato de Servicio de Consultoría N° 140-2010-MTC/21, solicitamos se declare IMPROCEDENTE LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LAS PRINCIPALES.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Que, la demandada asuma el pago integro de las cosas y costos del proceso arbitral.*

Señalamos que al ser improcedentes las pretensiones del Supervisor, es quién debe ser condenado en el laudo arbitral a asumir los gastos, costas y costos del presente proceso arbitral.

FUNDAMENTACION JURÍDICA:

Amparo la contestación a la demanda en el Contrato de Supervisión de Obra N° 140-2010-MTC/21 de fecha 25 de agosto de 2010, el Decreto Legislativo N° 1017 y el artículo 191° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF."

- 3.3. Luego, a través de la *Resolución N° 6 de fecha 17 de julio del 2012*, se tuvo – entre otras cosas - por contestada la demanda arbitral y por ofrecidos los medios probatorios de PROVIAS, así como por reservado el derecho de ampliar su contestación de demanda la misma que deberá sujetarse a lo señalado en el numeral 3) de la Ley de Arbitraje.
- 3.4. Posteriormente, este Tribunal, a través de la *Resolución N° 8 de fecha 20 de julio del 2012*, fijó como *segundo anticipo de los honorarios arbitrales, las sumas netas de S/. 5,000.00 (Cinco Mil y 00/100 Nuevos Soles) para cada uno de los árbitros y S/. 2,500.00 (Dos Mil Quinientos y 00/100 Nuevos Soles) para la Secretaría Arbitral*; montos que cada parte debía cancelar en partes iguales en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles.
- 3.5. A su turno, por medio de la *Resolución N° 9 de fecha 16 de agosto del 2012*, se tuvo por cancelado oportunamente el 2° anticipo de honorarios arbitrales que le corresponde al CONSORCIO.
- 3.6. Luego, a través de la *Resolución N° 10 de fecha 24 de agosto del 2012*, se concedió a PROVIAS un plazo excepcional de diez (10) días hábiles para que cumpla con el pago del 2° anticipo de honorarios arbitrales a su cargo y seguidamente se citó a las partes a una Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, para el día martes 11 de setiembre del 2012 a horas 9 y 30 de la mañana en la sede del Tribunal Arbitral.

4. DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.

- 4.1. En la fecha programada – *11 de setiembre del 2012*, y con la asistencia de ambas partes se llevó a cabo la *Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos*, en la que, conforme se desprende del Acta

correspondiente, se procedió a declarar saneado el proceso arbitral, no sin antes acotar que las dos (02) excepciones deducidas por PROVIAS serán resueltas en el momento de pronunciarse sobre las cuestiones relativas al fondo de la presente controversia arbitral. Luego, se dejó constancia que las partes por el momento no les era posible arribar a un acuerdo conciliatorio, dejándoseles, sin embargo a salvo la posibilidad de que ambas lo pudieran promover en cualquier etapa del proceso. A continuación, se procedió a establecer los puntos controvertidos, de la manera siguiente:

1. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad o ineficacia de la Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, de fecha 13 de marzo de 2012, por falta de motivación técnica y jurídica.*

2. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a PROVIAS DESCENTRALIZADO el reconocimiento y pago a favor del CONSORCIO RMG, de la Mayor Prestación de Servicios de la Supervisión N° 02 por 35 días calendario, presentada a la Entidad demandada mediante la Carta N° 100-2011-SPSCII/RMG-Supervisión, la misma que fuera recibida el 18 de noviembre del 2011, por la suma de S/. 73,478.09 (Setenta y tres mil cuatrocientos setenta y ocho y 09/100 Nuevos Soles), incluido IGV.*

3. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad o ineficacia de la Resolución Viceministerial N° 093-2012-MTC/02, de fecha 25 de enero de 2012, por falta de motivación técnica y jurídica.*

4. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a PROVIAS DESCENTRALIZADO, el reconocimiento y pago a favor del CONSORCIO RMG, de la Mayor Prestación de Servicios de la Supervisión N° 03, por 64 días calendario, presentada a la entidad demandada mediante la Carta N° 111-2011-SPSCII/RMG-Supervisión, la misma que fuera recibida el 21 de diciembre del 2011, por la cual se habría determinado un saldo a favor de ésta última por la suma de S/. 136,752.80 (ciento treinta y seis mil setecientos cincuenta y dos y 80/100 Nuevos Soles), incluido IGV.*

5. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral - en el eventual caso que se desestime de manera conjunta las dos (02) pretensiones principales anteriormente descritas (recogidas en los numerales 1 y 3 de estos puntos controvertidos), o alguna de ellas -ordene a PROVIAS DESCENTRALIZADO para que cumpla con restituir a favor del CONSORCIO RMG, la suma de S/. 199,434.00 (CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO CON 00/100 NUEVOS SOLES), más los intereses que correspondan, o en su defecto, el monto que determine el Tribunal Arbitral por concepto de ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.*

6. *Determinar quién deberá asumir el reembolso de los gastos y costos que demande el presente proceso arbitral."*

4.2. Finalmente, el Tribunal Arbitral decidió admitir todos los medios probatorios documentales ofrecidos por ambas partes tanto de la demanda arbitral como de la contestación.

5. DE LOS ALEGATOS Y LA AUDIENCIA DE INFORMES ORALES.

5.1. Mediante la *Resolución N° 11 de fecha 26 de setiembre del 2012* se otorgó a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y se las citó a una Audiencia de Informes Orales para el día *martes 16 de octubre del presente año a horas diez (10) de la mañana*, en la sede del Tribunal Arbitral.

- 5.2. Sin embargo, a pedido del SUPERVISOR, dicha Audiencia fue reprogramada a través de la *Resolución N° 12 de fecha 05 de octubre del 2012* para el día jueves 18 de octubre del presente año a horas cuatro (04) de la tarde, en la sede del Tribunal Arbitral.
- 5.3. Siguiendo los actuados arbitrales se observa también que por medio de la *Resolución N° 13 de fecha 12 de octubre del 2012* se tuvo por presentados oportunamente los alegatos escritos de las partes.
- 5.4. Es así que con fecha 18 de octubre del 2012 y con la asistencia de ambas partes, se llevó a cabo la **Audiencia de Informes Orales**, en las que ambas expusieron los fundamentos que sustentan su posición respecto de la demanda arbitral y de su respectiva contestación. Además, luego de las respectivas réplicas y dúplicas, ambas partes absolviéron las interrogantes formuladas por los miembros de este Tribunal Arbitral.
- 5.5. Es de precisar que en la misma Audiencia de informes orales, el Colegiado fijó que el plazo para laudar esta controversia sería de *treinta (30) días hábiles*, de conformidad con lo indicado en el numeral 36) del Acta de Instalación.
- 5.6. Finalmente, a través de la *Resolución N° 14 de fecha 27 de noviembre del 2012*, se prorrogó el plazo para laudar por treinta (30) días hábiles adicionales.

II. PARTE CONSIDERATIVA:

1. CUESTIONES PRELIMINARES.

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

(i) que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo pactado por las partes; (ii) que, no se ha recusado a ninguno de los colegiados o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que, EL CONSORCIO presentó su demanda dentro del plazo dispuesto y absolvió oportunamente el traslado de las dos (02) Excepciones de Incompetencia deducidas por PROVIAS; (iv) que, EL DEMANDADO fue debidamente emplazado con la demanda, cumpliendo con contestar la misma en el plazo acordado y formulando dos (02) medios de defensa; (v) que, las partes han tenido la oportunidad para ofrecer y actuar todas sus pruebas, así como han ejercido la facultad de presentar sus alegatos escritos y presentar sus correspondientes informes orales; y, (vi) que, el

Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo prorrogado fijado en la Resolución N° 14 de fecha 27 de noviembre del 2012.

Asimismo, este Tribunal Arbitral deja expresa constancia de que, para resolver los puntos controvertidos, está facultado para modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. Finalmente, el Tribunal declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio asignado.

2. MATERIA CONTROVERTIDA.

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar si corresponde o no atender las pretensiones promovidas por EL SUPERVISOR en su demanda, esto es, las referidas a las mayores prestaciones por la Supervisión realizada, y que son aquellas que aparecen recogidas literalmente en el numeral 4) – de la AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS, Sección I (Antecedentes).

3. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER EL FONDO DE LA CONTROVERSIA.

En primer lugar debemos tener presente que en los numerales 3) y 9) del Acta de Instalación se dispone que éste arbitraje es uno Ad – Hoc, nacional y de derecho y que la Ley aplicable al presente caso es la legislación peruana.

Asimismo, EL CONTRATO indica en su CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO, lo siguiente: *“Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, se utilizarán las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes”*.

En suma, a juicio de este Colegiado, las normas aplicables para resolver el fondo de la presente controversia arbitral son, en primer término, las regulaciones recogidas por las propias partes en EL CONTRATO, mientras que en forma supletoria se deberá observar las normas recogidas la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 (en

adelante la LCE), su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante EL REGLAMENTO), así como sus posteriores modificaciones, las directivas del OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable y, finalmente, el Código Civil vigente.

4. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS OFRECIDAS, ADMITIDAS Y ACTUADAS DENTRO DEL PRESENTE ARBITRAJE.

4.1 DE LAS EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA DEDUCIDAS POR PROVIAS DESCENTRALIZADO:

4.1.1. Como ya lo indicamos en la sección ANTECEDENTES, con fecha 28 de junio del 2012, EL DEMANDADO dedujo dos (02) *Excepciones de Incompetencia del Tribunal Arbitral*, la primera, para resolverse en arbitraje todas las pretensiones contenidas en la demanda y que se refieren a las mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General de la República ejerce control previo y, la segunda, para resolver la pretensión subordinada a las dos pretensiones principales del CONSORCIO, por cuanto las partes no han pactado el arbitraje para resolver controversias sobre enriquecimiento sin causa, conforme a los siguientes argumentos que a continuación transcribimos en su parte pertinente para una mayor ilustración, precisando además que hemos suprimido las citas y notas a pie de página, para su debida transcripción:

"2. De acuerdo a la Cláusula Tercera del Contrato de Servicios de Consultoría N° 140-2010-MTC/21 "Supervisión del saldo de obra construcción del Puente Santo Cristo II", se estableció que el monto total del servicio materia del contrato asciende a S/. 498,231.58 incluido IGV, comprendiendo el costo del servicio, seguros e impuestos, así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación materia del contrato.

3. El artículo 191° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, establece que cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen mayores prestaciones en la supervisión, el Titular de la Entidad, puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas.

Asimismo, establece que cuando dichas prestaciones superen el quince por ciento (15%), se requiere aprobación previa al pago de la Contraloría General de la República, la que deberá pronunciarse en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, el mismo que se computará desde que la Entidad presente la documentación sustentatoria correspondiente, transcurrido el cual sin haberse emitido pronunciamiento, las prestaciones adicionales se considerarán aprobadas, sin perjuicio del control posterior.

4. La cláusula vigésima del Contrato de Servicios de Consultoría N° 140-2010-MTC/21 establece que el arbitraje no resulta aplicable a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General, ejerce el control previo, debiendo dichas materias ser resueltas de acuerdo a los procedimientos establecidos por la normativa. Tampoco son arbitrables las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente contrato.

5. Por consiguiente, contractual y legalmente no puede resolverse en arbitraje reclamos sobre mayores prestaciones de supervisión por un total de S/. 199,524.08 (S/. 73,478.09 – S/. 10,706.81 + S/. 136,752.80; el Supervisor erróneamente señala que es por el monto total de S/. 199,434.00, pretensiones planteadas por el Consorcio RMG, que representan el 40.05% del monto del contrato de supervisión (S/. 498,231.58), mayores prestaciones de supervisión que para su autorización y pago requieren la autorización expresa de la Contraloría General de la República, siendo el Tribunal Arbitral INCOMPETENTE para resolver todas las -pretensiones contenidas en la demanda, no siendo materias arbitrables, dejando constancia que en caso el Tribunal Arbitral se pronuncie reconociendo, aprobando u ordenando el pago de las mayores prestaciones de servicios N° 2 y 3, la Entidad demandará la anulación del Laudo Arbitral, por contravenirse el Convenio Arbitral suscrito entre las partes y porque se resuelve sobre materia que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptible de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional, conforme lo establece el artículo 63° de la Ley General de Arbitraje.

6. Sin perjuicio de lo anterior, señalamos que el Tribunal Arbitral tampoco es competente para resolver la pretensión subordinada a las dos pretensiones principales del Consultor Consorcio RMG, por cuanto las partes no hemos pactado el arbitraje para resolver controversias sobre enriquecimiento sin causa, conforme a los siguientes fundamentos:

La cláusula vigésima del Contrato de Servicios de Consultoría N° 140-2010-MTC/21 establece que el arbitraje no resulta aplicable a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General, ejerce el control previo, debiendo dichas materias ser resueltas de acuerdo a los procedimientos establecidos por la normativa. Tampoco son arbitrables las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente contrato.

De tal forma, que este reclamo sobre enriquecimiento sin causa, no es arbitrable por tratarse de fuente de obligación distinta al propio Contrato de Servicios de Consultoría N° 140-2010-MTC/21, toda vez que el consultor demandante se ampara en los artículos 1954° y 1955° del Código Civil y no en el propio Contrato ni en las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado aplicables al Contrato suscrito entre las partes, lo que obviamente demuestra que se trata de fuente de obligación distinta al Contrato y por tanto no es arbitrable.

Además, sobre la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa, según lo afirmado por Arias Lozano, las dos corrientes que intentan absolver sobre las "materias arbitrables", están referidas: i) a la facultad de libre disposición y ii) a la patrimonialidad de la materia arbitrable.

Respecto a la primera corriente, a efectos de determinar que es arbitrable y que cosas no lo son, es necesario iniciar por el concepto de autonomía privada, razón por la cual, para que una materia sea considerada "no arbitrable" no debe existir una razón específica para ello, pues sólo será suficiente la no voluntad de una de las partes o de ambas, al momento de la suscripción del convenio arbitral. Al respecto, consideramos oportuno tener en cuenta la tesis desarrollada por el profesor Montero Aroca, para este autor, lo importante para establecer si una materia es de libre disposición o no, es determinar cuál es la relación jurídica objeto de la controversia y si ésta es una de la cual surgen derechos subjetivos que su titular pueda ejercer frente a su contraparte y hacerlos cumplir. En consecuencia, serán arbitrables aquellas controversias que su fundan en el ejercicio de un derecho subjetivo al que le corresponde una obligación por parte del demandado.

Para mayor abundamiento, debemos indicar que el carácter patrimonial de las materias arbitrables, aparece como criterio de arbitrabilidad en aquella doctrina que considera

insuficiente la "libre disponibilidad", al respecto y como es fácil de apreciar, al igual que la tesis de los derechos subjetivos, la patrimonialidad termina siendo una forma de sustentar el concepto de libre disponibilidad, en el sentido que se entenderá que si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, es arbitrable.

En virtud de lo expuesto, y dada la regulación normativa vigente, queda claro que son las partes las que deciden que materias someten a arbitraje y cuáles no, facultad que se encuentra íntimamente ligada a la autonomía que poseen. Sumado a los antes señalado, debemos tener en cuenta que el Decreto Legislativo N° 1071 prescribe: "Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen". Nótese de lo manifestado, que corresponde a las partes manifestar expresamente, debido a la generalidad de la norma, que materias de todas las que poseen quieren someter a arbitraje, pues caso contrario se podría llegar al absurdo que todas las materias per se arbitrables podrían someterse a arbitraje pese a que ambas partes o una de ellas, no hayan querido someter esta específica situación a un proceso arbitral.

De lo señalado, y una vez aclarado que son las partes las que deciden expresamente que materias someten a arbitraje; debemos indicar que pese a que el enriquecimiento sin causa per se es materia arbitrable, ello no es indiciario que en caso de autos se pueda someter al procedimiento arbitral, pues las partes no declararon su voluntad expresa de someter esta institución al fuero arbitral, es más ambas partes pactamos expresamente que no son arbitrables las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente contrato. El enriquecimiento injusto es una fuente de obligación distinta, independiente y autónoma al contrato de ejecución de obra y por tanto no es arbitrable.

Por lo tanto, independientemente del carácter patrimonial y disponible del enriquecimiento sin causa, en el presente caso no es arbitrable porque las partes nunca lo incluimos como materia arbitrable. Es más, CONSORCIO RMG nunca solicitó expresamente a mi representado Provias Descentralizado someter a arbitraje el reclamo sobre enriquecimiento sin causa, ya que solo planteó su solicitud de arbitraje respecto a las mayores prestaciones de servicios de supervisión N° 02 y 03, pero nunca solicitó someter a arbitraje la controversia sobre enriquecimiento sin causa.

En consecuencia, solicitamos al Tribunal Arbitral declare Fundada la Excepción de Incompetencia para resolver todas las pretensiones contenidas en la demanda.

FUNDAMENTACION JURÍDICA:

Amparamos la excepción de Incompetencia en la cláusula vigésima del Contrato de Servicios de Consultoría N° 140-2010-MTC/21 y el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Legislativo N° 1017."

4.1.2. Por su parte, también hemos señalado que EL CONSORCIO absolvió el traslado de estos dos (02) medios de defensa, contradiciéndolos en todos sus extremos, en atención a los argumentos que seguidamente transcribimos en su parte pertinente para una mayor ilustración, precisando igualmente que hemos suprimido las citas y notas a pie de página, para su debida transcripción:

- 1) Del tenor del escrito presentado por LA ENTIDAD se observa que se ha deducido la Excepción de Incompetencia de los árbitros para resolver en arbitraje todas las pretensiones contenidas en la demanda arbitral, las mismas que han sido formuladas mediante dos (2) Pretensiones Principales, cada una de las cuales contiene una pretensión accesoria, y una (1) Pretensión Subordinada a las dos primeras pretensiones

principales, la cual debe ser materia de pronunciamiento en la medida que desestime las dos primeras pretensiones principales.

Es preciso señalar al Tribunal Arbitral que tal como lo hemos señalado en nuestra demanda arbitral, no le cuestionamos a la Entidad su potestad de aprobar discrecionalmente prestaciones adicionales, toda vez que esta potestad responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, ya que se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina "cláusulas exorbitantes" que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado. Lo que cuestionamos es que tanto la Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, de fecha 13/03/12 como la Resolución Viceministerial N° 093-2012-MTC/02, de fecha 25/01/12, no cumplen con la debida motivación que es un requisito de validez de todo acto administrativo, tal como lo prescribe el artículo 3 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Y es que la motivación debe ser entendida como una garantía procesal que no solo se da en sede judicial o arbitral, sino también en sede administrativa; es más el Tribunal Constitucional ha señalado que "la motivación de una decisión no solo consiste en expresar la norma legal en la que se ampara, sino fundamentalmente en exponer suficientemente las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada". Esta "garantía" sobre la motivación de las decisiones de los órganos resolutores, también le asiste a los administrados como el recurrente.

- 2) En el numeral 2) de la segunda página del escrito presentado por LA ENTIDAD se señala lo siguiente:

"2.- De acuerdo a la Cláusula Tercera del Contrato de Servicios de Consultoría N° 140-2010-MTC/21 "Supervisión del saldo de obra construcción del Puente Santo Cristo II", se estableció que el monto total del servicio materia del contrato asciende a S/. 498,231.58 incluido IGV, comprendiendo el costo de servicio, seguros e impuestos, así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación materia del contrato."

Esta Cláusula Tercera del Contrato de Servicios de Consultoría N° 140-2010-MTC/21, ha sido interpretada de manera equivocada por LA ENTIDAD, ya que en ella no se colige que el Supervisor se haya obligado a trabajar sin remuneración excediendo el plazo contractual.

Bien claro indica la misma cláusula que el importe de S/. 498,231.58 incluido IGV, comprende el costo del servicio, seguros e impuestos, y si bien se ha incluido la expresión "así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación materia del contrato", ésta debe ser entendida para aquellas actividades complementarias que coadyuvan a la prestación de los servicios del Supervisor dentro del plazo previsto en el Contrato de Servicios de Consultoría.

En efecto, LA ENTIDAD no puede pretender desconocer nuestro derecho a la contraprestación por el servicio efectivamente brindado, invocando esta cláusula; por ello, solicitamos a Tribunal Arbitral que realice una interpretación sistemática de las cláusulas: segunda (Objeto), tercera (Monto Contractual) y quinta (Vigencia del Contrato), y así verifique que a pesar que el contrato suscrito por nuestra representación con LA ENTIDAD es bajo el Sistema de Precios Unitarios, no se le ha reconocido al Consorcio RMG la prestación económica que realmente le corresponde, ya que se ha cumplido con supervisar la obra más allá del plazo contractual sin retribución alguna. El Tribunal Arbitral no debe perder de vista que nuestra propuesta económica ha sido evaluada y planificada para un plazo determinado, esto es, los 225 días que estipula el contrato (210 días en etapa de Supervisión y 15 días para la elaboración del Informe Final, Recepción de Obra, Revisión y Liquidación del Contrato de Obra y Supervisión).

- 3) En el numeral 3) de la tercera página del escrito presentado por LA ENTIDAD se señala lo siguiente:

"3.- El artículo 191° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, establece que cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen mayores prestaciones en la supervisión, el Titular de la Entidad, puede autorizarlas, bajo

las mismas condiciones del contrato original y hasta por un máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas.

Asimismo, establece que cuando dichas prestaciones superen el quince por ciento (15%), se requiere aprobación previa al pago de la Contraloría General de la República, la que deberá pronunciarse en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, el mismo que se computará desde que la Entidad presente la documentación sustentatoria correspondiente, transcurrido el cual sin haberse emitido pronunciamiento, las prestaciones adicionales se considerarán aprobadas, sin perjuicio del control posterior".

Efectivamente, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento prevén un trámite especial para la "aprobación" de adicionales, estableciendo la posibilidad de autorizarlas el propio Titular de la Entidad hasta por un máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, y cuando dichas prestaciones superen dicho porcentaje, se exige la aprobación previa de la Contraloría General de la República. Sin embargo, pese a que por el monto del Presupuesto Adicional de Supervisión N° 2 podía haber sido aprobado por LA ENTIDAD, sin sustento se decidió declararla improcedente. De igual forma, el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 3, a pesar de ser necesaria para cumplir la finalidad del contrato principal, LA ENTIDAD decidió declararla improcedente, sin ni siquiera remitirle a la Contraloría General de la República para su pronunciamiento. Esto denota, no solo un mal manejo de gestión para atender requerimientos fundados, sino también denota un actuar de mala fe, pues si LA ENTIDAD consideraba que los servicios de la Supervisión no resultaban necesarios para el cumplimiento de la finalidad del contrato principal y no se disponía del presupuesto público para el pago de estos servicios, el actuar razonable y de buena fe hubiera sido resolver el contrato conforme a lo establecido en el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado, lo cual no sucedió, produciéndose un desequilibrio en la relación contractual.

- 4) En los numerales 4) y 5) del escrito presentado por LA ENTIDAD se señala lo siguiente:

"4.- La cláusula vigésima del Contrato de Servicios de Consultoría N° 140-2010-MTC/21 establece que el arbitraje no resulta aplicable a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General, ejerce el control previo, debiendo dichas materias ser resuelta de acuerdo a los procedimientos establecidos por la normativa. Tampoco son arbitrables las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente contrato.

5.- Por consiguiente, contractual y legalmente no puede resolverse en arbitraje reclamos sobre mayores prestaciones de supervisión por un total de S/. 199,524.08 (S/. 73,478.09 - S/. 10,706.81 + S/. 136,752.80), el Supervisor erróneamente señala que es por el monto total de S/. 199,434.00, pretensiones erróneamente planteadas por el Consorcio RMG, que me representan el 40.05% del monto del contrato de supervisión (S/.498,231.58), mayores prestaciones de supervisión que para su autorización y pago requieren la autorización expresa de la Contraloría General de la República, siendo el Tribunal Arbitral INCOMPETENTE para resolver todas las pretensiones contenidas en la demanda, no siendo materias arbitrales (...)"

En la medida que la cláusula vigésima del Contrato restringe someter controversias sobre mayores prestaciones en los que la Contraloría General ejerza control previo, se debe tener en cuenta que en el presente caso la Contraloría General no ha ejercido control previo, toda vez que las mayores prestaciones solicitadas por la Supervisión han sido declaradas improcedentes sin motivación alguna, por ello se ha solicitado al Tribunal Arbitral revise la validez de la Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, y de la Resolución Viceministerial N° 093-2012-MTC/02.

En efecto, en la Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, no existe un fundamento válido que explique por qué razones técnicas y jurídicas no considera que existan mayores prestaciones en los 84 días restantes a los que se hace mención en ella. Mientras que en la Resolución Viceministerial N° 093-2012-MTC/02, no hay un fundamento que explique por qué razones técnicas y jurídicas no considera que existan mayores prestaciones de supervisión, si se trata de una variación del plazo del contrato de consultoría que incide en la necesidad de realizar los servicios de supervisión por un tiempo adicional del que fue previsto en el contrato, más aún cuando se trata de prestaciones que no se encuentran dentro de los alcances de la consultoría desarrollados en los Términos de la Referencia.

El Tribunal Arbitral debe tener presente que, al suscribir un contrato de supervisión de obra, se establece un vínculo contractual entre la Entidad y el supervisor, por medio del cual ambas partes adquieren ciertos derechos y obligaciones. En este sentido, uno de los principales derechos que adquiere el supervisor es el de percibir el pago como contraprestación por el servicio brindado, en tanto que la Entidad, una vez que recibe el servicio, en las condiciones acordadas, se obliga a pagar al supervisor por las prestaciones ejecutadas, conforme a la oferta económica que aquel hubiera presentado.

Por ello consideramos que es posible se revise, vía arbitraje, la validez de Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, y de la Resolución Viceministerial N° 093-2012-MTC/02, y por tanto, se nos pague la contraprestación por el servicio brindado de buena fe como mayor prestación Nro. 02 y 03.

En caso, el Tribunal Arbitral determine que las dos primeras pretensiones principales y sus accesorias, no son susceptible de resolver a través del presente proceso arbitral, solicitamos no se debe de examinar la procedencia de la pretensión de enriquecimiento sin causa, pues al haberse producido la pérdida del equilibrio económico de la relación contractual, corresponde que se analice la restitución del desplazamiento o desequilibrio patrimonial que carece de toda justificación o fundamento legal.

5) Por otro lado, en el numeral 6) del escrito de LA ENTIDAD se ha señalado lo siguiente:

"6.- Sin perjuicio de lo anterior, señalamos que el Tribunal Arbitral tampoco es competente para resolver la pretensión subordinada a las dos pretensiones principales del Consultor Consorcio RMG, por cuanto las partes no hemos pactado el arbitraje para resolver controversias sobre enriquecimiento sin causa, conforme a los siguientes fundamentos:

La cláusula vigésima del Contrato de Servicio de Consultoría N° 140-2010-MTC/21 establece que el arbitraje no resulta aplicable a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General, ejerce el control previo, debiendo dichas materias ser resueltas de acuerdo a los procedimientos establecidos por la normativa. Tampoco son arbitrales las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente contrato.

De tal forma, que este reclamo sobre enriquecimiento sin causa, no es arbitrable por tratarse de fuente de obligación distinta al propio Contrato de Servicios de Consultoría N° 140-2010-MTC/21, toda vez que el consultor demandante se ampara en los artículos 1954° y 1955° del Código Civil y no en el propio Contrato ni en las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado aplicables al Contrato suscrito entre las partes, lo que obviamente demuestra que se trata de fuente de obligación distinta al Contrato y por tanto no es arbitrable".

Al respecto, consideramos que el Tribunal Arbitral si es competente para pronunciarse sobre la existencia o no de un enriquecimiento sin causa, pues las partes no hemos proscrito de manera expresa su sometimiento al arbitraje, como si ocurre con los adicionales en los que ejerce control previo la Contraloría General, por lo menos esa no ha sido la voluntad nuestra al suscribir el contrato.

LA ENTIDAD para señalar que las partes no han pactado el arbitraje para resolver controversias sobre enriquecimiento sin causa, invoca la parte final de la Cláusula Vigésima que expresamente dice: "Tampoco son arbitrales las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente contrato".

Tal como podrá advertir el Tribunal Arbitral, la parte final de la Cláusula Vigésima no restringe de manera expresa el sometimiento al arbitraje del enriquecimiento sin causa, ya que solo hace referencia a controversias derivadas de otras fuentes distintas al contrato de supervisión, que puede ser entendida para casos de indemnizaciones por responsabilidad extracontractual, promesa unilateral, e incluso para el enriquecimiento sin causa, pero ésta a diferencia de las otras fuentes de obligaciones que regula el código civil peruano, puede darse dentro o fuera del contrato, es decir, los elementos del enriquecimiento sin causa pueden configurarse tanto al interior de una relación contractual como también fuera de ella. Un ejemplo de ello es el artículo 228 de nuestro Código Civil, en el cual se dispone que en el caso de un acto jurídico celebrado con un incapaz (un contrato por ejemplo) la acción reparatoria resultante de la nulidad del contrato sólo procede en la parte que haya sido aprovechado por el incapaz, es decir, en

la parte que se haya enriquecido. Este es un caso de enriquecimiento sin causa contractual, pues se originó en el interior de una relación contractual.

Otro ejemplo, en caso de presentarse una controversia respecto a la nulidad de un contrato que ha sido al menos parcialmente cumplido, si aplicamos la tesis que sostiene que sólo lo que tiene "origen" contractual puede ser materia de arbitraje, llegaríamos al absurdo que la pretensión declarativa de nulidad será arbitrable, pero no lo sería la pretensión para que se restituya lo ya ejecutado, pues para que tenga esta pretensión naturaleza de enriquecimiento sin causa o no, es claro que no tiene "fuente" contractual en la medida que precisamente el contrato habría sido declarado nulo.

Tal como podrá advertir el Tribunal Arbitral, el enriquecimiento sin causa si es arbitrable en el presente proceso arbitral, en virtud de que las partes no han excluido expresamente la posibilidad de someter a arbitraje este tipo de controversias, y con mayor razón si se tiene en cuenta que no estamos frente a una fuente de obligación distinta al contrato, sino más bien nos encontramos frente a un mecanismo de restitución que se funda en el principio de equidad que informa el derecho en general y puede presentarse dentro o fuera del contrato.

En efecto, tal como lo hemos señalado en nuestra demanda arbitral, la doctrina extranjera y nacional coincide en atribuirle como fundamento del enriquecimiento sin causa, el Principio de Equidad.

Así, por ejemplo, DÍEZ-PICAZO, señala "no cabe duda que el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el derecho en general (independientemente de si llegue a obtener o no el estatus de principio general del derecho) y en tanto ello no puede decirse que esté limitado a una fuente específica de obligaciones. Tampoco debería ser materia de discusión que el enriquecimiento sin causa genera un derecho subjetivo en el empobrecido y la correspondiente obligación de quien se enriquece.

DELIA REVOREDO manifiesta que, "el enriquecimiento sin causa rompe el equilibrio patrimonial sin que medie justificación o razón jurídica válida, por lo que el Derecho busca restablecer ese equilibrio concediendo al perjudicado la facultad de accionar".

En ese mismo sentido, ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA y CARLOS PANLAGUA GUEVARA señalan que en "...no es exacto afirmar la imposibilidad de que se presente un supuesto de enriquecimiento sin causa, cuando existe un contrato entre las partes, pues teniendo en cuenta que esta institución se funda en un principio de equidad aplicable al derecho en general puede generarse, tanto dentro como fuera de una relación contractual, en esa línea es perfectamente posible distinguir si el enriquecimiento procede de un acto jurídico debido al acuerdo de voluntades de las partes, o a un acto o hecho en el que la voluntad del empobrecido no haya podido intervenir."

Igualmente MARIO CASTILLO FREYRE y RITA SABROSO MINAYA señalan que "...habiendo quedado claro que el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el derecho en general. Podríamos afirmar que dicha figura puede generarse tanto dentro como fuera del contrato".

MANUEL DE LA CÁMARA, señala: "teniendo en cuenta que esta institución se funda en un principio de equidad aplicable al derecho en general, puede generarse, tanto dentro como fuera de una relación contractual. En esa línea, es perfectamente posible distinguir si el enriquecimiento procede de un acto jurídico debido al acuerdo de voluntades de las partes, o a un acto o hecho en el que la voluntad del empobrecido no haya podido intervenir".

Por su parte CAMPOS MEDINA, refiriéndose precisamente al tema del enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos señala: "(...) es indudable que si no se remunera al contratista, la administración se enriquecería indebidamente. También queda claro que en todos estos casos el enriquecimiento sin causa tiene 'origen' en el contrato administrativo y que incluso las materias que previamente se discuten para establecer el fundamento del contratista son de naturaleza contractual. Por lo mismo, negarle 'origen' contractual a estas controversias es intentar tapar el sol con un dedo".

En ese sentido, coincidimos en que el enriquecimiento sin causa más que una fuente de obligaciones, es un mecanismo de restitución inspirado en el principio equidad que

informa el derecho en general y que ha sido convertida en norma positiva expresamente con el objeto de producir una obligación en quien se enriquece y un derecho subjetivo en quien se empobrece. Para un sector de la doctrina el enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho.

En conclusión, si bien, en la parte final del segundo párrafo de la Cláusula Vigésima se estipula que, no son arbitrables las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al referido contrato. Esto no restringe que, en el presente caso, la pretensión de enriquecimiento sin causa sea arbitrable, pues tal y como se ha señalado en líneas anteriores, el "enriquecimiento sin causa" es una institución que se funda en un Principio de Equidad aplicable al derecho en general, y que se puede generar, tanto dentro como fuera de una relación contractual.

En el presente caso, la pérdida de la equidad deriva indirectamente del contrato de supervisión, por lo tanto sí es arbitrable.

- 6) Finalmente, LA ENTIDAD en los numerales 7) y 8) de su escrito han señalado lo siguiente:

"7.- Para mayor abundamiento, debemos indicar que el carácter patrimonial de las materias arbitrables, aparece como criterio de arbitrabilidad en aquella doctrina que considera insuficiente la "libre disponibilidad", al respecto y como es fácil de apreciar, al igual que la tesis de los derechos subjetivos, la patrimonialidad termina siendo una forma de sustentar el concepto de libre disponibilidad, en el sentido que se entenderá que si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, es arbitrable.

En virtud de lo expuesto, y dada la regulación normativa vigente, queda claro que son las partes las que deciden que materias someten a arbitraje y cuáles no, facultad que se encuentra íntimamente ligada a la autonomía que poseen. Sumado a los antes señalado, debemos tener en cuenta el Decreto Legislativo N° 1071 que prescribe: "Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen". Nótese de lo manifestado, que corresponde a las partes manifestar expresamente, debido a la generalidad de la norma, que materias de todas las que poseen quieren someter a arbitraje, pues caso contrario se podría llegar al absurdo que todas las materias per se arbitrales podrían someterse a arbitraje pese a que ambas partes o una de ellas, no hayan querido someter esta específica situación a un proceso arbitral.

De lo señalado, y una vez aclarado que son las partes las que deciden expresamente que materias someten a arbitraje; debemos indicar que pesa a que el enriquecimiento sin causa per se es materia arbitrable, ello no es indiciario que en caso de autos se pueda someter al procedimiento arbitral, pues las partes no declararon su voluntad expresa de someter esta institución al fuero arbitral, es más ambas partes pactamos expresamente que no son arbitrales las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente contrato. El enriquecimiento injusto es una fuente de obligación distinta, independiente y autónoma al contrato de ejecución de obra y por tanto no es arbitrable.

Por lo tanto, independientemente del carácter patrimonial y disponible del enriquecimiento sin causa, en el presente caso no es arbitrable. Es más, CONSORCIO RMG nunca solicitó expresamente a mi representada Proviás Descentralizado someter a arbitraje el reclamo sobre enriquecimiento sin causa, ya que solo planteó su solicitud de arbitraje respecto a las mayores prestaciones de servicios de supervisión N° 02 y 03, pero nunca solicitó someter a arbitraje la controversia sobre enriquecimiento sin causa

8.- En consecuencia, solicitamos al Tribunal Arbitral declare fundada la Excepción de Incompetencia para resolver todas las pretensiones contenidas en la demanda."

Respecto a estos argumentos de LA ENTIDAD debemos señalar que, efectuando una correcta interpretación de la Cláusula Vigésima del contrato de supervisión, podemos concluir que la común intención de las partes al pactar el arbitraje es evitar acudir al poder judicial. No tiene mucho sentido, por tanto, interpretar que la voluntad de las partes es acudir en unos casos al arbitraje y en otros al Poder Judicial cuando ambas cuestiones controvertidas se encuentran estrechamente vinculadas.

Y aun cuando LA ENTIDAD manifieste que no ha sido su voluntad la de someter a arbitraje el enriquecimiento sin causa, el Tribunal arbitral deberá tener en cuenta que el artículo 1401 del Código Civil Peruano establece lo siguiente:

"Interpretación de las estipulaciones

Artículo 1401.- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra."

Siendo que puede advertirse una duda en la Cláusula Vigésima respecto a la real intención de las partes para someter o no a arbitraje la controversia de enriquecimiento sin causa, se debe aplicar el artículo 1401 del Código Civil del Perú, en la medida que la duda en las cláusulas formuladas por una de las partes no puede ser interpretada sino a favor de quien no intervino en su redacción, en la doctrina denominado regla "Interpretatio contra proferentem" o "interpretatio contra stipulatorem".

Una consecuencia de la aplicación del principio de buena fe en sede interpretativa es la regla interpretatio contra stipulatorem (Unklarheitenregel), contenida en casi la totalidad de códigos civiles vigentes.

El contrato administrativo tiene una naturaleza mixta, pues convergen reglas propias del Derecho Público y del Derecho Privado, siempre que una complemente a la otra; en ese sentido, siendo el contrato de supervisión uno de estos contratos que tienen una naturaleza pública y privada a la vez, solicitamos al Tribunal Arbitral no dejar de observar la regla de interpretación para los contratos que se redactan de manera unilateral, pues en el presente caso, el contrato administrativo suscrito por las partes ha sido diseñado por la Entidad, y frente a cláusulas dudosas, no debe ser interpretado en desmedro del Consorcio RMG quien no ha participado en su elaboración, pues nosotros solo hemos asentido el contrato que ha elaborado la misma ENTIDAD.

De otro lado, si bien en la solicitud de arbitraje no se ha consignado la pretensión de enriquecimiento sin causa, no es menos cierto que el artículo 218 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que en la solicitud de arbitraje deberá incluir, con fines informativos, un resumen de las controversias a ser sometidas a arbitraje, tal como se cita a continuación:

"Artículo 218.- Solicitud de Arbitraje

En caso las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional o no hayan pactado al respecto, el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito, con indicación del convenio arbitral, incluyendo la designación del árbitro, cuando corresponda. La solicitud también deberá incluir de manera referencial y con fines informativos, un resumen de la o las controversias a ser sometidas a arbitraje y su cuantía." (ÉNFASIS AGREGADO).

Por lo tanto, el Consorcio RMG no estaba obligado a detallar todas las pretensiones que serían materia de arbitraje, ya que el dispositivo legal anteriormente citado exige solo un resumen de las controversias y solo con fines informativos.

- 7) Finalmente, le solicitamos al Tribunal Arbitral aplicar el principio Kompetenz – Kompetenz, para resolver la Excepción de Incompetencia deducida por LA ENTIDAD.

En efecto, el numeral 1) del artículo 41 del DECRETO LEGISLATIVO N° 1071 - LEY DE ARBITRAJE, señala lo siguiente:

"Artículo 41°.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales."

Una de las instituciones arbitrales más importantes, conjuntamente con el principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral, es el principio de "Competencia de la Competencia".

La expresión Kompetenz – Kompetenz, según Roque Caivano, se utiliza para definir la posibilidad que se le reconoce a los árbitros para decidir sobre su propia competencia cuando ésta haya sido cuestionada, es decir, la posibilidad de resolver el planteamiento de incompetencia articulado al respecto.

FUNDAMENTO JURÍDICO:

Amparo la absolución de las excepciones formuladas por LA ENTIDAD, en las siguientes normas:

- ✓ Cláusulas: segunda (Objeto), tercera (Monto Contractual) y quinta (Vigencia del Contrato) del Contrato de Servicios de Consultoría N° 140-2010-MTC/21.
- ✓ Artículo 1401 del Código Civil Peruano establece lo siguiente:

"Interpretación de las estipulaciones

Artículo 1401.- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra."

- Artículo 41 del DECRETO LEGISLATIVO N° 1071 - LEY DE ARBITRAJE, señala lo siguiente:

"Artículo 41º.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales. (...)"

- 4.1.3. Pues bien, a efectos de determinar si las dos (02) Excepciones de Incompetencia deducidas por PROVIAS deben ser amparadas, es preciso recordar primeramente que a través de este medio de defensa, siguiendo a CASTILLO FREYRE y SABROSO MINAYA:

"(...) se denuncian los vicios en la competencia del árbitro, siendo procedente cuando se interpone la demanda por controversias que no pueden ser sometidas a arbitraje o que no han sido debidamente iniciadas de acuerdo con la normativa legal respectiva. La excepción de incompetencia procede si de oficio o a pedido de parte, se tramita el proceso ante el árbitro al que el emplazado considera como incompetente por alguno de los factores que determinan su propia competencia, a saber: por razón de materia u otros con respaldo de ley".¹

¹ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. "El arbitraje en la Contratación Pública". Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre y Palestra. Volumen 7. 1º Edición, página 132.

4.1.4. Dicho esto, empezaremos analizando la primera de las excepciones deducidas por PROVIAS, revisando en ese sentido los alcances y limitaciones contractuales y legales que tiene este Colegiado para conocer las controversias sobre mayores prestaciones de supervisión, que son justamente aquellas que ahora EL CONSORCIO reclama directamente a través de sus cuatro (04) primeras pretensiones (dos pretensiones principales, cada una con su respectiva pretensión accesoria) y, por ende, si resultan fundadas o no.

4.1.5. Así, en primer término debe recordarse que los dos primeros párrafos de la Cláusula Vigésima: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, del CONTRATO, señalan con claridad que:

“Todos los conflictos que se deriven de la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia e ineficacia del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado y Decreto Legislativo N° 1071 (normativa de arbitraje).

El arbitraje no resulta aplicable a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General, ejerce el control previo, debiendo dichas materias ser resueltas de acuerdo a los procedimientos establecidos por la normativa. Tampoco son arbitrables las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente contrato.

(...)” (El subrayado es del Colegiado).

4.1.6. En ese mismo sentido, tanto el Art. 41° de la LCE, como su más reciente modificatoria (La Ley N° 29873), han señalado sobre este particular – en su parte pertinente –, lo siguiente:

“Artículo 41. Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

41.1. Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la

finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

41.2. Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

41.3. Respecto a los servicios de supervisión, cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un monto máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas. Cuando se supere el citado porcentaje, se requerirá la autorización, previa al pago, de la Contraloría General de la República, no siendo aplicable para este caso el límite establecido en el numeral 41.1 del presente artículo.

41.4. Alternativamente, la Entidad puede resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.

41.5. La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje. Tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República.

41.6. El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.

41.7. Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 40 de la presente ley." (Los subrayados son del Colegiado).

4.1.7. Como es fácil colegir de la cláusula contractual y la norma pertinente de la LCE transcritas, este Tribunal Arbitral será entonces competente para conocer las controversias referentes a las mayores prestaciones del CONSORCIO, siempre que no excedan el 15% del monto del contrato original, considerando las ampliaciones previamente concedidas por la ENTIDAD, no teniendo por el contrario competencia para conocer aquellas pretensiones que superen el límite del 15%.

4.1.8. Siguiendo este orden de ideas, este Tribunal seguidamente evaluará cada una de las cuatro (04) pretensiones arbitrales planteadas por EL DEMANDANTE pues sí bien en sus dos (02) pretensiones principales se busca la nulidad e ineficacia de las Resoluciones Viceministeriales N° 220-2012-MTC/02 de fecha 13 de marzo del 2012 y N° 093-2012-MTC/02 de fecha 25 de enero del 2012, por medio de sus respectivas pretensiones accesorias, se pretende más bien el reconocimiento y pago de sus mayores prestaciones de servicios de la supervisión N° 02 por treinta y cinco (35) días calendario y N° 03 por sesenta y cuatro (64) días calendario, por las sumas de S/. 73,478.09 Nuevos Soles y S/. 136,752.80 Nuevos Soles, respectivamente; todo ello con el único objeto de determinar si en forma individual o de manera conjunta, exceden el límite previsto en la LCE, tomándose para ello en consideración las prestaciones adicionales que previamente hayan sido aprobadas por la ENTIDAD.

4.1.9. Ciertamente que para los fines de un correcto análisis, deberá tenerse en consideración que la CLÁUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL del CONTRATO estipula lo siguiente: *"El monto total del servicio materia del contrato asciende a S/. 498,231.58 (cuatrocientos noventa y ocho mil doscientos treinta y uno con 58/100 nuevos Soles) a todo costo, incluido IGV. Este monto comprende el costo del servicio, seguros e impuestos, así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación materia del presente contrato."*

4.1.10. Es decir, atendiendo a lo expuesto en el anterior numeral, este Colegiado concluye que LA ENTIDAD puede aprobar mayores prestaciones de la SUPERVISIÓN hasta por el 15% del monto del CONTRATO, siendo que en este caso, dicho porcentaje asciende a la suma de S/. 74,734.73 Nuevos Soles, ya que el monto que se ha pactado en el referido CONTRATO asciende como queda dicho, a la suma de S/. 498,231.58 Nuevos Soles.

4.1.11. Estando a dicho en el numeral anterior y, como ya lo hemos señalado anteriormente, EL CONSORCIO reclama a través de su primera pretensión arbitral, que este Colegiado declare la nulidad o ineficacia de la *Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, de fecha 13 de marzo de 2012*; por falta de motivación técnica y jurídica y, como su consecuente pretensión accesorio, que ordenemos a PROVIAS el reconocimiento y pago de la Mayor Prestación de Servicios de la Supervisión N° 02 por treinta y cinco (35) días calendario, por la suma de S/. 73,478.09 (Setenta y tres mil cuatrocientos setenta y ocho y 09/100 Nuevos Soles), incluido IGV.

Es de acotar sin embargo que la citada Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, resolvió aprobar el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 02 por "Mayor Prestación de Servicios de la Supervisión" con relación al CONTRATO, ascendiendo el mismo a la suma de S/. 10,706.81 Nuevos Soles, incluido el IGV, que representa una incidencia específica y acumulada de 2.15% del monto del CONTRATO y una incidencia de 0.18% del monto total del Contrato de Obra.

Asimismo, a efectos de determinar si el monto de la primera pretensión accesorio excede el 15% del monto del CONTRATO original hasta por

el cual PROVIAS puede autorizar directamente la ejecución de prestaciones adicionales, debe también en ese sentido evaluarse las prestaciones que adicionalmente dicha ENTIDAD hasta la fecha ha reconocido, ello en estricta concordancia con el Artículo 191° del REGLAMENTO².

A este respecto, resulta importante destacar de los actuados arbitrales que, por un lado, obra el *Informe N° 177-2011-MTC/21.ANC/ER.II de fecha 18 de noviembre del 2011, evacuado por el Especialista Regional II - PROVIAS DESCENTRALIZADO - ANCASH*, en el que se describe en su punto C.8) de la Sección C) "ANTECEDENTES" que: "*Con Carta N° 028-2011-SPSCII/RMG - Supervisión de fecha 28/05/2011, el representante legal del Consorcio RMG, presenta a la Coordinación Zonal de Ancash las Mayores Prestaciones de Servicio N° 01.*"; mientras que por otro, se tiene el escrito de contestación de demanda de LA ENTIDAD de fecha 13 de julio del 2012, en cuyo punto 2.4., de los Antecedentes del CONTRATO, se afirma que: "*Mediante Oficio N° 1367-2011-MTC, la Dirección*

² "Artículo 191.- Costo de la supervisión o inspección

El costo de la supervisión no excederá del diez por ciento (10%) del valor referencial de la obra o del monto vigente del contrato de obra, el que resulte mayor, con excepción de los casos señalados en los párrafos siguientes. Los gastos que genere la inspección no deben superar el cinco por ciento (5%) del valor referencial de la obra o del monto vigente del contrato de obra, el que resulte mayor.

Cuando en los casos distintos a los de adicionales de obra, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen mayores prestaciones en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un máximo del quince por ciento (15%) del monto del contrato original de supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente autorizadas por este mismo supuesto, así como aquella que se requiere aprobar.

Cuando dichas prestaciones superen el quince por ciento (15%), se requiere aprobación previa al pago de la Contraloría General de la República, la que deberá pronunciarse en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, el mismo que se computará desde que la Entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente, transcurrido el cual sin haberse emitido pronunciamiento, las prestaciones adicionales se considerarán aprobadas, sin perjuicio del control posterior.

En los casos en que se generen prestaciones adicionales en la ejecución de la obra, se aplicará para la supervisión lo dispuesto en los artículos 174 y 175, según corresponda.

A estos supuestos no les será aplicable el límite establecido en el numeral 41.1 del artículo 41 de la Ley." (El subrayado es del Colegiado).

Ejecutiva de PROVIAS DESCENTRALIZADO declaró improcedente el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 01 al Contrato de Supervisión.”

Dicho en otra forma, LA DEMANDADA, antes de que el SUPERVISOR peticione su solicitud de Prestación de Mayores Servicios de Supervisión N° 02, no reconoció ninguna prestación adicional a su favor, pues como se concluye del párrafo anterior, su anterior pedido fue declarado IMPROCEDENTE.

4.1.12. Entonces, habiéndosele reconocido al CONSORCIO a través de la *Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, de fecha 13 de marzo de 2012*, únicamente la suma de S/. 10,706.81 Nuevos Soles (incluido el IGV), suma que representa una incidencia específica y acumulada de 2.15% del monto del CONTRATO; dicho monto debe ser descontado del monto total reclamado, es decir, de S/. 73,478.09 Nuevos Soles, resultando así la suma de S/. 64,027.92 Nuevos Soles, el cual comparado con el monto total del CONTRATO representa un 14.75 % del porcentaje total, siendo en definitiva dicho porcentaje menor al 15% del ya comentado límite.

4.1.13. *Por lo tanto, este Colegiado llega a la plena convicción que sobre la controversia contenida en la primera pretensión principal y su accesoria, sí resulta competente, deviniendo en este extremo INFUNDADA la primera Excepción de Incompetencia deducida por PROVIAS.*

4.1.14. Siguiendo esta misma línea argumentativa, se tiene también que EL SUPERVISOR reclama a través de su tercera pretensión arbitral (segunda pretensión principal), que este Tribunal declare la nulidad o ineficacia de la *Resolución Viceministerial N° 093-2012-MTC/02, de fecha 25 de enero de 2012*; por falta de motivación técnica y jurídica y, como su consecuente pretensión accesoria, que ordenemos a PROVIAS el reconocimiento y pago de la Mayor Prestación de Servicios de la Supervisión N° 03 por sesenta y cuatro (64) días calendario, por la suma de S/. 136,752.80 (Ciento treinta mil setecientos cincuenta y dos y 80/100 Nuevos Soles), incluido el IGV.

Es de destacar sin embargo que la mencionada Resolución Viceministerial N° 093-2012-MTC/02, declaró IMPROCEDENTE el

Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03 por “Mayor Prestación de Servicios de la Supervisión” con relación al CONTRATO.

Asimismo, a efectos de determinar si el monto de la segunda pretensión accesorio excede el 15% del monto del CONTRATO original hasta por el cual PROVIAS puede autorizar directamente la ejecución de prestaciones adicionales, debe también en ese sentido evaluarse las prestaciones que adicionalmente dicha ENTIDAD hasta la fecha ha reconocido; ello en estricta concordancia con el Artículo 191° del REGLAMENTO (ya glosado).

A este respecto, debe tenerse en consideración los alcances de la *Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, de fecha 13 de marzo de 2012*, que como ya lo indicamos en el numeral anterior, aprobó el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 02, por la suma de S/. 10,706.81 Nuevos Soles (incluido el IGV), suma que representa una incidencia específica y acumulada de 2.15% del monto del CONTRATO.

4.1.15. De manera que siendo la suma S/. 10,706.81 Nuevos Soles una que si aprobó previamente LA ENTIDAD como consecuencia del adicional de prestación de servicios de supervisión N° 02 a favor del CONSORCIO, dicho monto deberá ser descontado del monto total reclamado, es decir, de los S/. 136,752.80 Nuevos Soles, resultando por tanto la suma de S/. 126,045.99 Nuevos Soles, la misma que en comparación con el monto total del CONTRATO representa un 25.29 % del porcentaje total, siendo en definitiva este porcentaje mayor al 15% del ya comentado límite.

4.1.16. *Por lo tanto, este Colegiado concluye que sobre la controversia contenida en la segunda pretensión principal y su correspondiente accesorio, no resulta arbitrable, toda vez que los montos involucrados se encuentra fuera del porcentaje en el que PROVIAS puede autorizar directamente prestaciones adicionales por mayores servicios de supervisión, sin que cuente con la aprobación previa de la Controlaría General de la República; deviniendo así este extremo FUNDADA la primera Excepción de Incompetencia deducida por PROVIAS.*

4.1.17. Entrando ahora al análisis de la segunda Excepción de Incompetencia

deducida por LA ENTIDAD, para resolver la pretensión subordinada a las dos pretensiones principales del CONSORCIO, y que en esencia está referida a que las partes no han pactado el arbitraje para resolver controversias sobre enriquecimiento sin causa, y por ende mal podría este Colegiado avocarse a su conocimiento; conviene igualmente traer a colación lo que dice en forma expresa – y en su parte pertinente – el segundo párrafo de la Cláusula Vigésima: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, del CONTRATO:

“(…).Tampoco son arbitrables las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente contrato.

(...)” (El subrayado es del Colegiado).

4.1.18. Debemos recordar que en el Punto 3 de la Parte Considerativa, referida al marco legal aplicable para resolver el fondo de la controversia, se ha concluido que las normas aplicables para resolver el fondo del conflicto de marras es, en primer término, las regulaciones recogidas por las propias partes en EL CONTRATO, mientras que en forma supletoria se deberá observar las recogidas la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la LCE), su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante EL REGLAMENTO), así como sus posteriores modificaciones, las directivas del OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable y, finalmente, el Código Civil vigente.

4.1.19. De manera que existiendo en este sentido una regulación expresa de índole contractual que según PROVIAS excluiría al “enriquecimiento sin causa” de la competencia del arbitraje de este Colegiado, resultará necesario seguidamente corroborar si tal impedimento es o no correcto.

4.1.20. Para ello, debemos tener presente que en nuestro sistema jurídico, la figura jurídica del “enriquecimiento sin causa” es una fuente de las obligaciones de origen legal (Sección IV del Libro VII del Código Civil), observándose del tenor del Art. 1954³ que su causa eficiente no proviene de la voluntad de las partes y por lo tanto es distinta a las obligaciones contractuales.

³ “Artículo 1954° Acción por enriquecimiento sin causa
Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.”

4.1.21. Sobre este particular no debemos tampoco olvidar lo que nos dicen CASTILLO FREYRE y SABROSO MINAYA en cuanto a la determinación de si el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable o no, es decir, que en este caso deberá corresponder “(...) *analizar las cláusulas arbitrales que las partes incorporan en el contrato, a efectos de determinar si ellas excluyen al enriquecimiento sin causa como materia arbitrable. Sólo en ese supuesto es que podríamos afirmar que —para el caso en concreto— una pretensión de enriquecimiento sin causa no podría ser conocida por el Tribunal Arbitral, dado que —precisamente— existe dicha exclusión.*”⁴

4.1.22. Por lo tanto, siendo consecuentes con el pacto suscrito entre ambas partes, se puede colegir rápidamente que en este caso concreto, las partes han acordado que las controversias relativas al enriquecimiento sin causa, no son arbitrables, debiendo en todo caso ser de competencia de la jurisdicción ordinaria.

4.1.23. *De manera que para este Colegiado, el segundo medio de defensa interpuesto por PROVIAS debe ser amparado y en consecuencia debe declararse FUNDADA la segunda excepción de competencia deducida por esta parte.*

4.2. DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.

4.2.1. En relación a los dos puntos primeros controvertidos: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad o ineficacia de la Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02, de fecha 13 de marzo de 2012, por falta de motivación técnica y jurídica y si como consecuencia de lo anterior corresponde ordenar a PROVIAS el reconocimiento y pago a favor del CONSORCIO, de la Mayor Prestación de Servicios de la Supervisión N° 02 por 35 días calendario, presentada a la ENTIDAD demandada mediante la Carta N° 100-2011-SPSCII/RMG-Supervisión, la misma que fuera recibida el 18 de noviembre del 2011, por la suma de S/. 73,478.09 (Setenta y tres mil cuatrocientos setenta y ocho y 09/100 Nuevos Soles), incluido IGV.

⁴ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Op. Cit. Página N° 76.

4.2.1.1. Si nos remitimos a la sección pertinente del escrito de demanda, se tendrá que el argumento central por la cual EL CONSORCIO considera que la RESOLUCIÓN VICEMINISTERIAL N° 220-2012-MTC/02 deviene en NULA y, por ende, que deba reconocérsele y pagarle la Mayor Prestación de Supervisión N° 02, está en que dicha decisión administrativa adolece de una debida motivación, que es un requisito de validez de todo acto administrativo, en este caso, por no haberse expuesto los fundamentos que expliquen las razones técnicas y jurídicas de no considerar que en los 94 días restantes a los que se hace mención en dicha resolución, existen mayores prestaciones, si se trata no solo de una mayor prestación que deriva de un adicional de obra (por ello reconocen sólo 5 días), sino también de una variación del plazo del contrato de consultoría que incide en la necesidad de realizar los servicios de supervisión por un tiempo adicional del que fue previsto en el contrato, más aún cuando se trata de prestaciones que no se encuentran dentro de los alcances de la consultoría descritos en los términos de la referencia.

4.2.1.2. Efectivamente, si revisamos con detenimiento dicha RESOLUCIÓN VICEMINISTERIAL N° 220-2012-MTC/02, se observará que ésta se remite al Informe N° 207-2011-MTC/21.UGTR/HMAH de fecha 06 de diciembre del 2011, en el cual se concluye, entre otras cosas, en lo siguiente: *"(i) El Supervisor, mediante Carta N° 100-2011-SPSCII/RMG-Supervisión de fecha 16 de noviembre de 2011, recibida el 17 de noviembre de 2011, el Supervisor (sic) solicita "Mayores prestaciones de servicio N° 2 de Supervisión" [...] (ii) Cabe señalar, que respecto a la Ampliación de Plazo N° 1 al Contrato de Obra por treinta y cinco (35) días calendario, la cual quedó consentida al no haber obtenido respuesta oportuna por la Entidad, fue solicitada por la aprobación de la Ampliación de Plazo N° 1 al Contrato de Obra, por noventa y nueve (99) días calendario, la que tampoco obtuvo pronunciamiento respecto a lo solicitado dentro del plazo establecido, por lo que quedó consentida, la cual a su vez fue generada por la aprobación del Presupuesto Adicional de Obra N° 2, que es el que genera la Ampliación de Plazo N° 1 al Contrato de Obra, se estableció que la ejecución de los trabajos adicionales aprobados mediante Resolución Ministerial N° 717-2011-MTC/02 de fecha 6 de octubre de 2011, requerían de cinco (5) días calendario para su ejecución, siendo el resto del plazo*

(94 días calendario) correspondiente a la movilización de equipo y a la demora en la aprobación del adicional por parte de la Entidad, (iv) En tal sentido, considerando los cinco (5) días calendario de ejecución antes indicados, la mayor prestación del servicio de supervisión queda establecida para el mismo plazo. (...)"

Pues bien, de lo transcrito en el numeral anterior se puede concluir que resultará amparable la pretensión arbitral de nulidad del CONSORCIO, siempre que se demuestre que la fundamentación esbozada sobre este participar por PROVIAS a través de la Resolución analizada, se encuentra indebidamente motivada.

- 4.2.1.3. En ese sentido, para efectos de evaluar la procedencia de sobre si existió o no motivación, resulta prudente recordar que la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), recoge lo siguiente sobre la motivación de las resoluciones:

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

(...)" (El subrayado es del Colegiado).

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

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

5. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

(...)”

“Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

6.4 No precisan motivación los siguientes actos:

6.4.1 Las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento.

6.4.2 Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros.

6.4.3 Cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única.”

“Artículo 14.- Conservación del acto

(...)

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.”

4.2.1.4. Ahora bien, en lo que concierne a la motivación del acto administrativo, ZEGARRA VALDIVIA nos dice que “(...) es la exigencia de hacer públicas las razones de hecho y derecho que fundamentan un acto administrativo”.⁵

⁵ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. En “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General” – Segunda Parte. 1ª Edición, Julio del 2003. Página 496.

En cuanto a la relación de la debida motivación con los Principios Generales del Procedimiento Administrativo, el mismo ZEGARRA VALDIVIA nos dice que aquella se configura como *"(...) un deber / derecho de la Administración y el administrado, respectivamente, de manera que no sólo se exprese como una exigencia de órgano administrativo que formule un acto administrativo, sino también una verdadera garantía para el administrado como receptor de dicho acto."*⁶

Asimismo, en esa misma línea ZEGARRA VALDIVIA - citando a su vez a GARCÍA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, respecto a los requisitos y cómo debe materializarse la motivación, nos señala que ésta al ser *"(...) un medio de control de la causa del acto, no se cumple con cualquier fórmula convencional, sino que por el contrario ha de ser suficiente, es decir, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la situación. (...) "*⁷

- 4.2.1.5. Lo indicado anteriormente sobre los alcances de lo que debe entenderse por una debida motivación resulta de suma importancia, ya que – entre otras – se concluye que ésta debe de ser suficiente. De ahí que si bien el Art. 14° de la LPAG al señalar que dentro del rubro "Conservación del Acto", están incluidos aquellos actos administrativos con vicios no trascendentes, que hayan sido dictado por ejemplo con "motivación insuficiente o parcial", ello nada obsta para que dentro de un examen mucho más exhaustivo se determine que el vicio que contrariamente éste genera sí es uno de tal transcendencia que amerita su consecuente NULIDAD.

En efecto, sobre la cuestión indicada en el párrafo anterior, ZEGARRA VALDIVIA también ha sido muy claro y categórico al afirmar que no comparte la posición del legislador ya que: *"(...) conforme se ha analizado, la Ley N° 27444 ha establecido como requisito de validez la existencia de motivación del acto administrativo, sancionando con nulidad su inobservancia; ha dispuesto los parámetros de la motivación y, además, ha establecido aquellas situaciones que son admisibles como*

⁶ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Ob. Cit. Página 205.

⁷ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Ob. Cit. Página 207.

motivación dentro de las que considera la insuficiencia como tal.”⁸

Que la línea argumentativa descrita anteriormente no es solitaria, pues también es del mismo parecer BACA ONETO, cuando destaca que: *“(…) no todos los vicios incluidos en la enumeración del art. 14 LPAG son realmente no trascendentes, como ocurre en el caso de la motivación insuficiente o parcial. Si la falta de motivación es un vicio, que afecta el elemento formal del acto administrativo, la motivación insuficiente o parcial en muchos casos debería al menos asimilarse a este vicio, pues podría ser equivalente a una falta total de motivación.”*

- 4.2.1.6. De igual modo, siguiendo el ya indicado criterio interpretativo de que la motivación insuficiente o parcial es en muchos casos un supuesto de vicio trascendente que amerita la declaratoria de su nulidad, tenemos la posición adoptada desde hace muchos años atrás por el propio Tribunal Constitucional en sus diversas sentencias, siendo por ejemplo una de ellas, aquella de fecha 26 de mayo del 2011 recogida en el Expediente N° 02638-2010-PA/TC (SANTA) y seguida entre don CASILDO MURILLO VELÁSQUEZ contra la ONP, ya que este fallo se ha señalado con nitidez, lo siguiente:

“La motivación de los actos administrativos

5. Este Tribunal ha tenido oportunidad de expresar su posición respecto a la motivación de los actos administrativos, considerando que:

“[…][El derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. […]”

La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional.

El tema de la motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control

⁸ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Ob. Cit. Página 213.

⁹ BACA ONETO, Víctor. “La Ley de Procedimiento Administrativo General, Diez Años Después.” Palestra Editores, Primera Edición. Octubre del 2011. Página. 132.

integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de los ámbitos de inmunidad jurisdiccional.

Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa.

En esa medida, este Tribunal debe enfatizar que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley N° 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es por sí sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo.” (STC 00091-2005-PA, fundamento 9, párrafos 3, 5 a 8, criterio reiterado en STC 294-2005-PA, STC 5514-2005-PA, entre otras).

Adicionalmente se ha determinado en la STC 8495-2006-PA/TC que: “un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta -pero suficiente- las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada”.

6. Por tanto la motivación de actos administrativos constituye una garantía constitucional del administrado que busca evitar la arbitrariedad de la Administración al emitir actos administrativos. En ese sentido, la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en el artículo IV del Título preliminar establece que el debido procedimiento es uno de los Principios del procedimiento administrativo. En atención a este se reconoce que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho (...).

7. A su turno los artículos 3.4, 6.1, 6.2, y 6.3, señalan respectivamente que para su validez El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico; La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado; Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta

situación constituyan parte integrante del respectivo acto; y que, No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto (destacado agregado).

8. Abundando en la obligación de motivación, incluso cuando se hubiera efectuado una motivación por remisión, el artículo 24.1.1 exige a la Administración que la notificación contenga El texto íntegro del acto administrativo, incluyendo su motivación.” (El subrayado es del Colegiado).

4.2.1.7. Dicho esto, pasemos seguidamente a determinar si la ENTIDAD motivó la RESOLUCIÓN VICEMINISTERIAL N° 220-2012-MTC/02, de manera suficiente o total, resulta necesario recordar - en primer término - que si bien en su Noveno Considerando se indica que la aprobación parcial del pedido del CONSORCIO concerniente a la Mayor Prestación de los Servicios de la Supervisión N° 2 por un total de treinta y cinco (35) días calendario (de los cuales únicamente se le concedió tan sólo cinco (05) días calendario), esto se debió a que conforme a las Prestaciones Adicionales de Obra N° 02 solicitadas por el CONTRATISTA DE LA OBRA y que habrían sido aprobadas por la Resolución Ministerial N° 717-2011-MTC/02 del 06 de octubre del 2011, dichas prestaciones únicamente comprenden esa mínima cantidad de días para su ejecución, resultando el resto de los días solicitados por este último (94 días calendario), movilización de equipos y a la demora en la aprobación del adicional por parte de la ENTIDAD.

4.2.1.8. Sin embargo, uno de los argumentos centrales que no fue analizado por la ENTIDAD para efectos de conceder o no la Mayor Prestación de los Servicios de la Supervisión N° 2, es el hecho trascendente y probado que las Prestaciones Adicionales de Obra N° 02, originadas en la Ampliación de Plazo N° 01 al CONTRATO, solicitadas por el CONTRATISTA DE LA OBRA, y que fueron aprobadas como ya se dijo por la Resolución Ministerial N° 717-2011-MTC/02 del 06 de octubre del 2011, sin embargo lo fueron más bien en forma “EXTEMPORÁNEA”, pues antes de la emisión de dicha solicitud, no se tuvo respuesta oportuna por parte de la ENTIDAD dentro del plazo establecido en la LCE, resultando así que ésta fue aprobada a favor de dicho CONTRATISTA DE LA OBRA, por los noventa y nueve (99) días calendario.

4.2.1.9. Esto quiere decir que los argumentos expuestos por PROVIAS para motivar su decisión a través de la RESOLUCIÓN VICEMINISTERIAL N° 220-2012-MTC/02, fueron cuando menos insuficientes o parciales, pues lo único que se desprende de lo expuesto en ella es que las prestaciones adicionales de servicios de la Supervisión (en este caso, del CONSORCIO) únicamente caben ser reconocidas, siempre que guarden un estricto correlato con aquellas prestaciones efectivamente realizadas del CONTRATISTA DE LA OBRA; omitiéndose sin embargo toda argumentación lógico jurídica respecto al porqué se desconocería aquellas prestaciones que contrariamente se han generado como consecuencia de una aprobación automática, en este caso, aquellas configuradas al amparo del Art. 201° del REGLAMENTO¹⁰.

4.2.1.10. *Por consiguiente, a la luz de las normas glosadas y del criterio interpretativo esgrimido tanto por la doctrina nacional como por el órgano máximo de interpretación de nuestra Constitución, podemos concluir que la decisión administrativa contenida en la RESOLUCIÓN VICEMINISTERIAL N° 220-2012-MTC/02, contiene una indebida motivación por ser ésta insuficiente o parcial.*

4.2.1.11. Ciertamente, la conclusión arribada en el numeral anterior por este Colegiado es concordante con la propia naturaleza del CONTRATO de autos. Para ello no debemos olvidar que el Artículo 190° del mencionado REGLAMENTO¹¹, señala con claridad que toda obra

¹⁰ "Artículo 201.- Procedimiento de ampliación de plazo.

Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.

Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo.

(...)"

¹¹ "Artículo 190.- Inspector o Supervisor de Obras

debe contar de modo permanente y directo con un inspector o un supervisor, quedando prohibida la presencia simultánea de ambos. El mismo artículo precisa que, mientras el inspector será un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por esta; el supervisor será una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin.

Complementando la norma anterior, tenemos también el Artículo 193° del REGLAMENTO¹² que señala que la Entidad controlará los trabajos efectuados por el ejecutor de la obra a través del inspector o supervisor, quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato.

Igualmente, Sobre este particular, la Dirección Técnica Normativa del OSCE ha señalado a través de la Opinión N° 058-2012/DTN de fecha 23 de abril del 2012¹³, lo siguiente:

"(...) la normativa de contrataciones del Estado ha establecido la obligación de las Entidades de contar con un supervisor en las obras de mayor envergadura, con la finalidad de controlar la ejecución de las mismas y, sobre todo, para que dicha función sea realizada por

Toda obra contará de modo permanente y directo con un inspector o con un supervisor, quedando prohibida la existencia de ambos en una misma obra. El inspector será un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por ésta, mientras que el supervisor será una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin. En el caso de ser una persona jurídica, ésta designará a una persona natural como supervisor permanente en la obra.

El inspector o supervisor, según corresponda, debe cumplir por lo menos con las mismas calificaciones profesionales establecidas para el residente de obra.

Será obligatorio contratar un supervisor cuando el valor de la obra a ejecutarse sea igual o mayor al monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo."

¹² "Artículo 193.- Funciones del Inspector o Supervisor

La Entidad controlará los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato.

El inspector o el supervisor, según corresponda, tiene como función controlar la ejecución de la obra y absolver las consultas que le formule el contratista según lo previsto en el artículo siguiente. Está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas; y para disponer cualquier medida generada por una emergencia.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, su actuación debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo.

El contratista deberá brindar al inspector o supervisor las facilidades necesarias para el cumplimiento de su función, las cuales estarán estrictamente relacionadas con ésta."

¹³ Extraído de la Página WEB del OSCE: www.osce.gob.pe.

profesionales especializados que comprendan la complejidad técnica del proyecto a ejecutar.

De esta manera, la labor del supervisor constituye una herramienta imprescindible para el adecuado control de la obra y, en consecuencia, también constituye un mecanismo de protección de los fondos públicos involucrados en la ejecución de la misma.

Por esta razón, las Entidades -atendiendo al interés público que subyace a toda contratación- deben asegurar el servicio de supervisión hasta la liquidación de la obra, en tanto este servicio constituye una obligación legal que tiene por finalidad el control especializado de la obra y la protección de los fondos públicos involucrados. (...)"

4.2.1.12. En fin, de la normativa citada se desprende el carácter complementario existente entre los contratos de obra y el de Supervisión, resultando totalmente acertado afirmar que en el caso de autos, no existe fundamento alguno para desconocer el reconocimiento total de los servicios adicionales de la supervisión N° 02, cuando dichos servicios han sido producto de una aprobación automática (en este caso por el período que va del 03 de diciembre del 2011 al 10 de marzo del 2012), toda vez que respecto de estos últimos servicios, el SUPERVISOR ha seguido igualmente desarrollando sus labores propias para las cuales ha sido contratado, tal como así está acreditado con los informes presentados a PROVIAS y las anotaciones consignadas en el Cuaderno de Obra, los mismos que corren ahora como medios probatorios adjuntados a la demanda arbitral; y, además, porque la indicada Mayor Prestación de Servicios de la Supervisión N° 02 solicitada a la Entidad, deriva a su vez en una variación de las condiciones respecto al plazo y de los alcances del servicio no previstos en el CONTRATO, los mismos que resultan necesarios para culminar la ejecución de la obra.

4.2.1.13. En consecuencia, de lo dicho en los párrafos anteriores, este Colegiado observa que los motivos exteriorizados por la ENTIDAD para fundamentar una aprobación parcial de la solicitud del SUPERVISOR por treinta y cinco (35) días calendario, a únicamente cinco (05) días calendario, carece de un fundamento racional suficiente pues si bien en la RESOLUCIÓN VICEMINISTERIAL N° 220-2012-MTC/02, se expone un argumento justificador, ésta sin embargo no explicita suficientemente los argumentos por los cuales, en este caso particular, no puede reconocérsele al SUPERVISOR las prestaciones adicionales de servicios originados justamente los noventa y nueve (99) días calendario que le fueron aprobados de

manera automática a favor del CONTRATISTA DE LA OBRA, al amparo del Art. 201° del REGLAMENTO; que es justamente el asunto de fondo que correspondía dilucidar en la citada RESOLUCIÓN VICEMINISTERIAL N° 220-2012-MTC/02, para determinar la aprobación o no de la solicitud formulada por el SUPERVISOR.

4.2.1.14. *De ahí el por qué este Colegiado concluye que la RESOLUCIÓN VICEMINISTERIAL N° 220-2012-MTC/02 deviene en NULA por carecer de una debida motivación al no haberse analizado la totalidad de los hechos reales y probados sobre el contenido de la solicitud del SUPERVISOR para que se le reconozca las Mayores Prestaciones de Servicios N° 02 por los treinta y cuatro (34) días calendario, esto es, que respecto de la Primera Pretensión Principal, deviene FUNDADA.*

4.2.1.15. Asimismo, como a través de la Resolución Viceministerial N° 220-2012-MTC/02 se aprobó el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 02 por la "Mayor Prestación de Servicios de la Supervisión" con relación al CONTRATO, ascendiendo el mismo a la suma de S/. 10,706.81 Nuevos Soles, incluido el IGV, *PROVIAS deberá cumplir con pagarle a éste en calidad de Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal declarada FUNDADA- la suma de S/. 73,478.09 Nuevos Soles, incluido el IGV; dejando a salvo el derecho de PROVIAS de descontar cualquier suma que sobre este particular ya se haya abonado a favor del CONSORCIO.*

4.2.1.16. Dicho de otra forma, los dos (02) primeros puntos controvertidos que comprende la primera pretensión principal y su pretensión accesorio, deben ser declaradas **FUNDADAS**.

4.2.2. En relación al Tercer y Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad o ineficacia de la Resolución Viceministerial N° 093-2012-MTC/02, de fecha 25 de enero de 2012, por falta de motivación técnica y jurídica y si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a PROVIAS DESCENTRALIZADO, el reconocimiento y pago a favor del CONSORCIO RMG, de la Mayor Prestación de Servicios de la

Supervisión N° 03, por 64 días calendario, presentada a la entidad demandada mediante la Carta N° 111-2011-SPSCII/RMG-Supervisión, la misma que fuera recibida el 21 de diciembre del 2011, por la cual se habría determinado un saldo a favor de ésta última por la suma de S/. 136,752.80 (ciento treinta y seis mil setecientos cincuenta y dos y 80/100 Nuevos Soles), incluido IGV.

Este Colegiado estima que carece de objeto examinar y emitir una decisión sobre los términos del Tercer y Cuarto Punto Controvertido, en la medida que debe observarse la declaratoria de incompetencia de este Colegiado al haberse declarado FUNDADA EN PARTE la Primera Excepción de Incompetencia formulada por PROVIAS.

4.2.3. En relación al Quinto Punto Controvertido: *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a PROVIAS DESCENTRALIZADO, el reconocimiento y pago a favor del CONSORCIO RMG, de la Mayor Prestación de Servicios de la Supervisión N° 03, por 64 días calendario, presentada a la entidad demandada mediante la Carta N° 111-2011-SPSCII/RMG-Supervisión, la misma que fuera recibida el 21 de diciembre del 2011, por la cual se habría determinado un saldo a favor de ésta última por la suma de S/. 136,752.80 (ciento treinta y seis mil setecientos cincuenta y dos y 80/100 Nuevos Soles), incluido IGV.*

Este Colegiado considera que carece de objeto examinar y emitir una decisión sobre los términos de este Quinto Punto Controvertido, en la medida que debe observarse la declaratoria de incompetencia de este Colegiado al haberse declarado FUNDADA la Segunda Excepción de Incompetencia formulada por PROVIAS.

4.2.4. En relación al Sexto Punto Controvertido: *Determinar quién deberá asumir el reembolso de los gastos y costos que demande el presente proceso arbitral.*

4.2.4.1. Para finalizar, respecto de este último punto controvertido, es preciso recordar que según lo establecido en el Artículo 70° del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje aprobado por el Decreto Legislativo N° 1071 (aplicable supletoriamente a este proceso arbitral), el Tribunal fijará en el laudo los costos del arbitraje, comprendiendo –

entre otros-, los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios y gastos del Secretario, y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

4.2.4.2. Asimismo, debe tener presente que el numeral 49) del Acta de Instalación se dispone que los honorarios definitivos de los árbitros y del secretario arbitral se fijarán en el laudo arbitral mediante la suma de los anticipos determinados durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales, teniendo en cuenta la estimación pecuniaria de las pretensiones efectuadas por las partes, la complejidad de la materia controvertida y el desarrollo de las actuaciones arbitrales.

4.2.4.3. Por lo tanto, en cuanto a la determinación de los “costos del arbitraje” a este Colegiado le corresponde establecer quién debe asumirlas. En tal sentido, este Tribunal considera, a efectos de regular el pago de tales conceptos, revisar el correcto comportamiento procesal de las partes, y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje.

Es por ello que estando a la correcta actuación procesal desplegada por el CONSORCIO RMG y PROVIAS, este Colegiado advierte que ambas tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar y defender sus pretensiones arbitrales en esta vía.

4.2.4.4. De tal suerte que corresponde condenar a ambas partes al pago de los “costos del arbitraje” que han incurrido, precisándose en consecuencia que cada uno de ellas deberá asumir sus propios costos incurridos a lo largo de este proceso.

4.2.4.5. En cuanto a lo segundo, y en atención a las anticipos de honorarios arbitrales fijados en primer término en el *numeral 44) del Acta de Instalación y, finalmente, en la Resolución N° 08 de fecha 20 de julio del 2012*; este Colegiado fija como honorarios arbitrales definitivos, las sumas de S/. 11,000.00 Nuevos Soles netos para cada árbitro y S/. 5,500.00 Nuevos Soles netos para la Secretaría Arbitral, los mismos que ya han sido cancelados en su totalidad por ambas partes, debiendo sujetarse finalmente a lo señalado en el considerando anterior.

4.2.4.6. *En conclusión, en relación a este Sexto y último punto controvertido, este Tribunal Arbitral estima que corresponde*

condenar al CONSORCIO y a PROVIAS para que en partes iguales asuman directamente los "costos del arbitraje" que han incurrido en el presente proceso, conforme a la determinación de los honorarios arbitrales definitivos establecidos en el numeral precedente.

III. PARTE RESOLUTIVA:

Por tanto, los árbitros que suscriben, por UNANIMIDAD, expiden el siguiente Laudo:

PRIMERO.- Con respecto a la Primera Excepción de Incompetencia interpuesta por PROVIAS: Se declara FUNDADA EN PARTE, únicamente en relación a la tercera y cuarta pretensión arbitral demandada por el CONSORCIO e INFUNDADA en relación a la primera y segunda pretensión arbitral demandada por el CONSORCIO; conforme a los argumentos expuestos en el presente Laudo.

SEGUNDO.- Con respecto a la Segunda Excepción de Incompetencia interpuesta por PROVIAS: Se declara FUNDADA, conforme a los argumentos expuestos en el presente Laudo.

TERCERO.- Con respecto al Primer Punto Controvertido que corresponde a la Primera Pretensión Principal: se declara FUNDADO, y por lo tanto, NULA la RESOLUCIÓN VICEMINISTERIAL N° 220-2012-MTC/02 de fecha 13 de marzo del 2012, por carecer de una debida motivación por no haberse analizado la totalidad de los hechos reales y probados sobre el contenido de la solicitud del SUPERVISOR para que se le reconozca las Mayores Prestaciones de Servicios N° 02 por los treinta y cuatro (34) días calendario petitionados; por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

CUARTO.- Con respecto al Segundo Punto Controvertido que corresponde a la Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal: se declara FUNDADO EN PARTE y por lo tanto, ordenar que PROVIAS cumpla con pagarle al CONSORCIO, la suma de S/. 73,478.09 Nuevos Soles, incluido el IGV, como consecuencia del reconocimiento de las Mayores Prestaciones de Servicios N° 02 por la totalidad de treinta y cuatro (34) días calendario; dejando sin embargo a salvo el derecho de PROVIAS de descontar cualquier suma que sobre este particular ya se haya abonado a favor del CONSORCIO; por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

QUINTO.- Con respecto al Tercer Punto Controvertido que corresponde a la

Segunda Pretensión Principal: Carece de objeto su pronunciamiento por haberse declarado FUNDADA EN PARTE la Primera Excepción de Incompetencia interpuesta por PROVIAS.

SEXTO.- Con respecto al Cuarto Punto Controvertido que corresponde a la Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal: Carece de objeto su pronunciamiento por haberse declarado FUNDADA EN PARTE la Primera Excepción de Incompetencia interpuesta por PROVIAS.

SÉTIMO.- Con respecto al Quinto Punto Controvertido que corresponde a la Pretensión Subordinada a las dos primeras Pretensiones Principales: Carece de objeto su pronunciamiento por haberse declarado FUNDADA la Segunda Excepción de Incompetencia interpuesta por PROVIAS.

OCTAVO.- Con respecto al Sexto Punto Controvertido que corresponde a la Tercera Pretensión Principal: Se condena al CONSORCIO y a PROVIAS para que en partes iguales asuman directamente los “costos del arbitraje” que han incurrido en el presente proceso, conforme a la fijación de los honorarios arbitrales definitivos que en dicho punto se establece.

El presente Laudo es definitivo e inapelable.



HORACIO CANEPA TORRE
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL



LUIS FELIPE PARDO NARVAEZ
ÁRBITRO



WEYDEN GARCÍA ROJAS
ÁRBITRO



JORGE LUIS HUAMÁN CACHAY
SECRETARIO