



Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Johesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

-Luis Fernando Pebe Romero

-Weyden García Rojas

Expediente N° 150-31-10

Consorcio Energoprojekt – Johesa – Provías Nacional

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Lima, 19 de julio de 2013

I. Partes del arbitraje

Demandante:

CONSORCIO ENERGOPROJEKT - JOHESA (EL CONTRATISTA o EL DEMANDANTE)

Demandada:

PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL – PROVIAS NACIONAL (LA ENTIDAD o PROVIAS)

II. Tribunal Arbitral

RANDOL CAMPOS FLORES (Presidente)

LUIS FERNANDO PEBE ROMERO

WEYDEN GARCÍA ROJAS

Dra. SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ

Secretaría General de Conciliación y Arbitraje

IV ANTECEDENTES

1. Con fecha 4 de marzo de 2009, las partes suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N° 021-2009-MTC/20 (en adelante, el Contrato), por el cual El Contratista se obligó a ejecutar la obra "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera: DV Yanacocha – Bambamarca, Tramo: DV Yanacocha - Hualgayoc".

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Johesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

-Luis Fernando Pebe Romero

-Weyden García Rojas

2. Conforme a la cláusula décima cuarta del Contrato, las partes acordaron acudir a arbitraje antes de la conclusión del contrato, sometiéndose a las normas y administración del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

V. DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. Con fecha 22 de diciembre de 2010, se llevó a cabo la instalación del proceso arbitral iniciado por el Demandante contra PROVIAS, a la cual asistieron los apoderados de ambas partes y los miembros del Tribunal Arbitral, señores Randol Campos Flores, Luis Fernando Pebe Romero y Weyden García Rojas.
3. En ese mismo acto, los miembros del Tribunal Arbitral ratificaron su aceptación al cargo y declararon que no estaban sujetos a incompatibilidad alguna ni a hechos o circunstancias que le obligaran a inhibirse. Asimismo, las partes expresaron no tener conocimiento de motivo alguno que signifique causal de recusación del árbitro.
4. Se deja constancia que ninguna de las partes ha impugnado o reclamado contra el contenido del Acta de Instalación, cuyas reglas aceptaron, precisándose que son aplicables al proceso las reglas contenidas en el acta correspondiente, el Decreto Legislativo N° 1071 y el Decreto Legislativo N° 1017, así como su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

VI. SUMARIA REFERENCIA DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE Y CONTESTACIÓN A LA DEMANDA:

1. DEMANDA



PROCESO DE
RESOLUCIÓN DE
CONFLICTOS

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Johesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

- Luis Fernando Pebe Romero

- Weyden García Rojas

Con fecha 19 de noviembre de 2011, el Contratista presentó su demanda arbitral contra la Entidad, estableciendo las siguientes pretensiones:

PRETENSIÓN

1. *Que se reconozca el íntegro de los días solicitados como prórroga de plazo contenido en nuestra Carta CEJ N° 0146-20.10QH los cuales ascienden a 31 días, correspondiente a nuestro décimo tercer pedido de ampliación de plazo; por lo que, en atención a ello, se deje sin efecto o se declare inaplicable la decisión expresada por el Contratante, a través de la Resolución Directoral N° 1004-2010-MTC/20 del 29.SET.10- en adelante , la Resolución 1004-, prórroga que se nos deberá conceder con sus respectivos gastos generales, los mismos que – en el presente caso- ascienden a la suma de S/. 994,037.94 más IGV () monto al que se le deberá añadir los reajustes e intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de su cancelación.*
2. *Y finalmente, en su oportunidad, condenar a la demandada al reembolso de las costas y costos que se generen durante la tramitación y conclusión del presente proceso arbitral.*

FUNDAMENTOS DE HECHO

- i. El Demandante sostiene que el Tribunal Arbitral deberá apreciar que el material (arena natural) no solo es empleado para la ejecución de Partidas de concreto sino que además para la Partida referida a la mezcla asfáltica y que la obra en el mes de agosto de 2010 careció de arena natural, condición necesaria para la ejecución de las partidas críticas que han sido señaladas en la Carta CEJ N° 0146-2010.QH, por lo que dicha circunstancia terminó por modificar técnicamente y afectar el calendario de avance de obra.



Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Jöhesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

-Luis Fernando Pebe Romero

-Weyden García Rojas

- ii. El Consorcio manifiesta que el hecho de que hubiera eventualmente empleado arena chancada, en lugar de arena natural, para la ejecución mínima de algunas Partidas críticas, no puede – en modo alguno- conllevar que esta decisión asumida por la Entidad se constituya en una causal que libere indebidamente a la Entidad de los efectos que genera el incumplimiento en que ésta ha venido incurriendo desde la fecha de inicio de la ejecución de la obra, respecto a su obligación de proporcionar la libre disponibilidad de una cantera que suministre a la obra del material relacionado con la arena natural, en virtud a que ello supondría:

Reconocer a la Entidad una facultad que legalmente no posee y menos aún que haya sido atribuida por ley en el sentido que ésta pueda unilateralmente imponer una causal no prevista en la norma para desvincularse de los efectos que derivan de su propio incumplimiento y si la referida causal se sustenta en la eficiencia o diligencia con que la contratista ejecuta la obra, a pesar del incumplimiento en que incurre la Entidad.

- iii. El Consorcio señala que resulta contrario a la buena fe contractual el hecho que la Entidad regule los alcances que derivan de su propio incumplimiento, por lo que, en consideración del demandante, el Tribunal Arbitral deberá desestimar la decisión que adopta PROVIAS cuando limita o deja sin efecto las consecuencias que se derivan de su responsabilidad al no haber proporcionado al Contratista la libre disponibilidad de una cantera que suministre a la obra del material relacionado con la arena natural, la misma que sería necesaria para la ejecución de las partidas críticas referidas a las Partidas N° 410.A, 610.C, 610.D1, 610.E, 610.H, 635.A. Dicha limitación deviene en una decisión indebida e ilícita que se expresa cuando la Entidad no reconoce prórroga del plazo, a pesar que la falta en obra de arena natural se mantuvo por el mes de agosto de 2010.

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt - Johesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

- Luis Fernando Pebe Romero

- Weyden García Rojas

- iv. El Consorcio afirma que el análisis técnico que sustenta y motiva la Resolución N° 1004 se desvincula de aspectos técnicos que resulten siendo legalmente sustanciales, sobre los cuales se configura la "causal" que sustenta la prórroga de plazo.
- v. El Demandante sostiene que si el material "arena natural" es técnicamente indispensable para la ejecución de las partidas críticas, las cuales tienen por definición una holgura igual a cero entonces el periodo de afectación de dicha causal sobre el plazo del contrato incide sobre todo el mes de agosto de 2010 pese a lo cual la Entidad evita analizar, optando por valorar el avance mínimo efectuado por el Contratista respecto de algunas partidas críticas ejecutadas con "arena chancada", lo cual no libera de responsabilidad a la Entidad al no haber proporcionado a la obra la libre disponibilidad de una cantera que permitiera el suministro normal de "arena natural".
- vi. Así, en el lapso comprendido entre el 01 al 31 de agosto de 2010 e incluso desde muchos meses antes no se contaba con el suministro de arena natural que debía ser proporcionada por la cantera "Yanacanchilla", situación que a falta de dicho material impedía que se ejecute en obra durante dicho lapso las diversas partidas que conforman la ruta crítica prevista en el Calendario PERT-CPM que rige el Contrato y que se encuentra relacionada con los ítems 4.00 Pavimentos asfálticos y 6.00 Obras de arte y drenaje, dado que desde la fecha en que fue aprobado el Presupuesto Adicional 03 no se contaba con libre disponibilidad de ésta.
- vii. De esta manera, el Contratista señala que en atención a la situación antes expuesta, el proceso constructivo se vio sustancialmente alterado por causas que no son legalmente imputables al Consorcio, por lo que no se pudo avanzar físicamente con la obra, siendo ésta la razón que explica el por qué durante el mes de agosto de 2010 el Contratista valorizó una suma equivalente a S/. 295,597.81 en lugar de valorizar el importe de S/.

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Johesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

-Luis Fernando Pebe Romero

-Weyden García Rojas

1'896,492.41, respecto del costo directo correspondiente al Presupuesto Adicional 03, con lo cual el atraso físico de la obra se produjo por la décima tercera solicitud de ampliación de plazo contractual.

- viii. El Contratista afirma que el gasto general variable diario asciende a S/. 32,065.74 más el Impuesto General a las Ventas.

2. CONTESTACION A LA DEMANDA

2.1. ACERCA DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La Demandada sostiene que la demanda debe declararse **infundada** por las siguientes razones:

- i. La petición de arbitraje del Consorcio tiene su origen en la disconformidad en lo resuelto por la Entidad en la Resolución N° 1004-2010-MTC/20 que declaró improcedente el pedido de ampliación de plazo 13 por treinta y un (31) días.
- ii. La obra estuvo paralizada entre el 17 de octubre de 2009 al 02 de mayo de 2010 por la no disponibilidad de terrenos y canteras, así como por las lluvias en el mes de abril, siendo que la obra se reinició el 03 de mayo de 2010 y con fecha 20 de mayo de 2010 se aprobó el Presupuesto adicional 03 mediante la Resolución N° 471-2010-MTC/20.
- iii. Mediante Carta CEJ N° 0146.2010.QH recibida el 15.09.2010 por la Supervisión, se presentó la solicitud de Ampliación de Plazo N° 13 por 31 días calendario.
- iv. La Entidad sostiene que al no contar con cantera disponible de arena natural en el mes de agosto de 2010 para ejecutar las partidas de concreto, el Consorcio solicitó 31 días de ampliación de plazo y los respectivos gastos generales ascendentes a S/. 994,037.94.



Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Jonesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

-Luis Fernando Pebe Romero

-Weyden García Rojas

- v. La Demandada afirma que la Supervisión estableció que estas partidas críticas fueron aprobadas como parte del Prepuesto Adicional 03 y los costos unitarios de las mismas consideran la utilización de arena chancada en determinado porcentaje. Además que desde el 31 de mayo de 2010 el Contratista habría manifestado el uso de arena chancada en las partidas de concreto, metodología permitida por la Supervisión, a fin de evitar paralizaciones.
- vi. La Entidad afirma que lo anterior motivó que la Supervisión proceda a evaluar el uso de solo arena chancada en los concretos. De esta manera, el Especialista de Suelos y Pavimentos de la Supervisión evaluó los diseños de concreto presentados por el Contratista emitiendo el Informe N° 36-SP-SO/HAC-2010 en el que se señala que sólo se utilizará arena chancada para concreto hidráulico, utilizando agregados de las canteras Quebrada Honda y Cantera Cuadratura, de donde hasta la fecha se ha estado produciendo arena, lo cual fue comunicado al Contratista en el asiento 562 del Cuaderno de Obra.
- vii. Por dicha razón, la Entidad denegó la solicitud de Ampliación de Plazo 13, declarándola improcedente.
- viii. La Demandada menciona que del análisis efectuado por la Supervisión y la Entidad para las Partidas de concreto, se observa que desde el mes de mayo de 2010, se empleó arena chancada en concretos y con Carta N° 66-CSY-2010, el Jefe de Supervisión remitió al Contratista el Informe de su especialista de suelos y pavimentos aprobando el diseño alternativo de concreto.
- ix. La Entidad afirma que el Contratista no sustentó suficientemente la razón del atraso que señaló, toda vez que la Supervisión le aprobó un diseño alternativo de concreto el 07.08.2010 con el cual se obviaba la

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Johesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

- Randol Campos Flores
- Luis Fernando Pebe Romero
- Weyden García Rojas

utilización de arena natural, pudiendo ejecutar todas las partidas de concreto en el mes de agosto, además que según el Asiento 412 se empleó arena chancada en la producción de concretos, dejando de lado el uso de arena natural.

VII. DE LAS DEMAS ACTUACIONES PROCESALES

1. El 28 de junio de 2011, y como parte de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos programada para el efecto, Tribunal Arbitral procedió a fijar los Puntos Controvertidos de acuerdo a lo siguiente:

1. *Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar o no el reconocimiento de los días contados prórroga de plazo contenido en la Carta CEJ N° 0146-2010.QH ascendientes a 31 días correspondientes al décimo tercer pedido de ampliación de plazo del CONSORCIO y, en consecuencia, se deje sin efecto o se declare inaplicable la decisión expresada por PROVIAS NACIONAL, a través de la Resolución Directoral N° 1004-2010-MTC/20 del 29/09/2010 prórroga que solicitan sea concedida con sus respectivos gastos generales, los cuales ascienden a la suma de S/. 994,037.94 más IGV, monto al que se le deberá añadir los reajustes e intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de su cancelación.*
2. *Determinar a qué parte le corresponde asumir el pago de costos y costas del presente proceso arbitral.*

Luego, se procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por ambas partes tanto en la demanda como en la contestación.

En dicho acto, el Tribunal Arbitral se reservó la facultad de disponer la actuación de un medio probatorio de oficio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Johesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

-Luis Fernando Pebe Romero

-Weyden García Rojas

Por Resolución N° 7 de fecha 2 de agosto de 2011, se ordenó la actuación de una pericia de oficio, la cual estuvo a cargo del ingeniero Félix Agapito Acosta, identificado con CIP N° 28572. Al respecto, con fecha 25 de setiembre de 2012, el mencionado ingeniero presentó su informe pericial ante la Mesa de Partes del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos.

Con fecha 13 de febrero de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Pericial, a la cual asistieron los representantes de ambas partes, así como el perito designado en el presente proceso arbitral. Asimismo, en dicho acto se declaró cerrada la etapa probatoria y se concedió a las partes un plazo de diez (10) días hábiles, a efectos de que presenten sus alegatos por escrito.

VIII. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR

1. Con fecha 26 de marzo de 2012 se llevó a cabo la Audiencia de Informes orales, en la cual El Contratista y la Entidad cumplieron con exponer sus alegatos de forma oral.
2. En dicho acto y por Resolución N° 29, el Tribunal Arbitral concedió a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles, a efectos de que presenten documentación adicional sobre el presente caso.
2. Atendiendo a ello, mediante Resolución N° 31 de fecha 26 de abril de 2013 se fijó el plazo para laudar, el cual fue prorrogado mediante Resolución N° 33 de fecha 3 de junio de 2013. En tal sentido, el plazo para laudar vence el día 26 de julio del 2013; ello teniendo en cuenta que:

A. Los plazos se computan en días hábiles.



Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Johesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

-Luis Fernando Pebe Romero

-Weyden García Rojas

- B. Son días inhábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables o los días de duelo nacional no laborables declarados por el Poder Ejecutivo de la República del Perú.
- C. La sede del arbitraje se encuentra fijada en la ciudad de Lima (Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP).
- D. Los días 24 y 31 de diciembre del 2012 han sido decretados como feriado no laborables a nivel nacional para el sector público, considerándose en consecuencia como días inhábiles para la sede arbitral, por cuanto en tales fechas no ejerce funciones la sede del Tribunal Arbitral.

X. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

A continuación, el Tribunal Arbitral procederá con el análisis de los puntos controvertidos, para lo cual estima necesario hacer mención a ciertos aspectos referentes al tipo de contrato suscrito entre las partes a manera de cuestiones preliminares.

X.1. CUESTIONES PRELIMINARES

DEL CONTRATO CELEBRADO.

- 1) En el contrato denominado administrativo existen un conjunto de obligaciones que rigen tanto para el Contratista, como también para la respectiva Entidad. Respecto a la fuerza obligatoria de los contratos, Manuel de la Puente y Lavalle¹ señala que la obligatoriedad del contrato es la fuerza que obliga a tal cumplimiento, siendo que el contrato, como categoría general, es obligatorio sea un contrato de derecho privado o público, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo: *"un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear,*

¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Vol. XI, Primera Parte, Tomo I, Lima, 1991, pág. 360

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Johesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

- Randol Campos Flores
- Luis Fernando Pebe Romero
- Weyden García Rojas

regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derechos (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él".

- 2) De esta manera, las partes, según lo establecido en el Contrato, deberán realizar los trabajos contratados o entregar los bienes acordados en los plazos establecidos, abonar de modo oportuno la contraprestación correspondiente.
- 3) En el presente caso, la controversia versa sobre el cuestionamiento de la Resolución Directoral N° 1004-2010-MTC/20 que declaró improcedente el pedido de Ampliación de Plazo N° 13 efectuado por el Consorcio por el periodo de 31 días y el pago de los correspondientes gastos generales.
- 4) De lo manifestado por las partes en sus escritos de demanda y contestación así como de los documentos obrantes en el expediente arbitral, ha quedado acreditado que éstas celebraron un Contrato de Ejecución de Obra N° 021-2009-MTC/20, la cual inicialmente debía ejecutarse en un plazo de 360 días.
- 5) El objeto del Contrato, según es de verse de la cláusula cuarta del documento suscrito por las partes, consiste en: "(...) la ejecución de LA OBRA precisada en el Numeral 1.1 de la Cláusula Primera, de acuerdo con los documentos integrantes del Expediente Técnico (Bases Integradas de la Licitación Pública) y la Propuesta Técnica y Económica respectivas, los que se incorporan como parte integrante de este Contrato.
- 6) El precio pactado según la cláusula cuarta del Contrato fue de S/. 81'571,090.85 Nuevos soles.

CONTRATO CON PRESTACIONES RECÍPROCAS.

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Johesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

- Luis Fernando Pebe Romero

- Weyden García Rojas

- 7) El contrato con prestaciones recíprocas es aquel en el que las partes que lo celebran son deudoras y acreedoras la una de la otra, con independencia de la cantidad de prestaciones a las que cada una de ellas se obliga frente a la otra, es decir, son aquellos en los que los beneficios o ventajas que las partes pretenden lograr a través de la celebración y ejecución del contrato son recíprocos. Sobre el particular De la Puente y Lavalle² señala que *“Basta que los contratantes acuerden, mediante el consentimiento, que existen obligaciones vinculadas entre sí por ese mismo consentimiento, para que en virtud de la fuerza obligatoria que la ley concede al contrato, la obligación de un contratante sea correlativa a la obligación del otro y corran paralelas durante toda la vida del contrato, de tal manera que si una de ellas deja de cumplirse se pierde ese paralelismo, o al menos hay peligro de que se pierda, por lo cual el remedio es el dejar la otra parte de estar obligada por su obligación correlativa, con lo cual se recupera el equilibrio perdido”*.
- 8) En estos contratos se genera un nexo especial que la doctrina denomina *“correspondencia o reciprocidad”* y que consiste en la interdependencia entre las partes, por lo que en tal sentido cada una no está obligada por sus propias prestaciones sino porque la otra parte, debe otras prestaciones. En conclusión, la o las prestaciones a cargo de una de las partes constituyen el presupuesto indeclinable de la o las prestaciones de la otra.
- 9) Sobre el particular, los autores Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón³ señalan lo siguiente: *“Los deberes de prestación se encuentran entre sí ligados por un nexo de interdependencia, puesto que cada parte acepta el sacrificio que para ella supone realizar la prestación que le incumbe, con la finalidad de lograr como resultado la prestación que la otra parte debe realizar”*, esta es pues la

² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del contrato privado. Cultural Cuzco S.A. editores, Lima 1983. Tomo I. Pág. 477.

³ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Editorial Tecnos, Madrid. Volumen II. Pág.162-163.

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt - Jöhesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

- Luis Fernando Pebe Romero

- Weyden García Rojas

característica que tipifica a los contratos con prestaciones recíprocas, como el Contrato que nos ocupa.

- 10) En el presente caso, el Contratista se obligó a realizar la mencionada obra y la Entidad a efectuar el pago de ésta.

CONTRATO A TÍTULO ONEROSO.-

11) En el presente caso, el contrato celebrado por las partes es uno a título oneroso, toda vez que, una de las partes se somete a un sacrificio para conseguir una ventaja, estableciéndose una relación de equivalencia, entendida en un sentido subjetivo. Estas ventajas subjetivas de cada parte, se materializan en las prestaciones correlativas asumidas. Bianca manifiesta que *"el Contrato es a título oneroso cuando a la prestación principal de una parte, le corresponde una prestación principal a cargo de la otra"*⁴.

12) En el caso de autos, ha quedado acreditado que la prestación principal del Consorcio consistía en hacer la obra "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Dv Yanacocha - Bambamarca, Tramo: Dv Yanacocha - Hualgayoc", de acuerdo a los términos contractuales, mientras que la prestación principal a cargo de PROVIAS era la de pagar el costo que ello implicaba, por la cantidad señalada en la cláusula cuarta del Contrato.

DEL PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL

13) Doctrinariamente se ha establecido que por la interpretación se determina el sentido de una estipulación o declaración contractual respecto de la cual las partes no tienen consenso, con el objeto que de la misma surja el real sentido de sus consecuencias jurídicas.

BIANCA, Massimo. *Diritto Civile III. Il Contrato*. Milano - Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. 1984. Pág. 466.

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Jonesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

- Luis Fernando Pebe Romero

- Weyden García Rojas

14) Diez Picaso expresa que "la interpretación debe orientarse, en primer lugar, a indagar y encontrar la verdadera voluntad de los contratantes (...) que es ante todo la voluntad que presidió la formación y la celebración del contrato (...) y la voluntad común de ambas partes y no la voluntad individual de una de ellas"⁵ (El subrayado es agregado).

15) En igual sentido explica Emilio Betti⁶, citando a Carnelutti:

"(...) la investigación interpretativa de una convención debe ser conducida por el juez no para buscar y esclarecer la intención integral de una o de ambas partes contratantes sino aquello que, tanto de la intención de una o de la otra parte, se haya fusionado para formar aquella común intención que constituye la ley del contrato" (El subrayado es agregado).

16) Ricardo Luis Lorenzetti⁷ afirma que "La interpretación consiste en adjudicar un sentido a la regla contractual."

17) En el caso sub-materia es pertinente, dado los conceptos previamente anotados, entender la estipulación contractual de modo tal que tenga efectos jurídicos, esto es, descubrir la utilidad del pacto dentro del contexto de las circunstancias en las cuales aquel se produjo.

18) Para ello, el postulado que se debe tener en cuenta es la buena fe de los contratantes, y que la declaración contenida en el contrato, aunque

⁵ DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen 1, segunda edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1983. Pág. 263

⁶ BETTI, Emilio. Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos. Traducción de José Luis de los Mozos. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. p. 348.

⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis, Interpretación del contrato en el derecho argentino. Tratado de la interpretación del contrato en América Latina, p. 7, Tomo 1

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Johesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

- Luis Fernando Pebe Romero

- Weyden García Rojas

imperfecta, expresa el deseo de ambos contratantes, de generar una consecuencia jurídica como corolario de lo pactado.

19) Al respecto, BETTI nos señala que el principio de Buena Fe puede concebirse esencialmente como: “(...) una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte, actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte (...)”⁸

20) Por su parte, el profesor italiano Máximo Bianca⁹ señala que la buena fe interesa como una regla de conducta y “(...) con particular referencia a la interpretación del contrato exige, básicamente, el preservar la confianza razonable de cualquiera de las partes sobre el significado del acuerdo (...)”.

21) En ese mismo sentido Jorge Avendaño Valdez¹⁰ afirma, “La buena fe es un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles dentro de una sociedad y es un principio crucial en el desarrollo de las relaciones jurídicas de toda clase. Así, de acuerdo a este principio, los contratos deben ser interpretados considerando que las partes, al redactarlos, desearon expresarse con honestidad, sin buscar oscuridades deliberadas. Asimismo, la buena fe determina la aplicación de las ideas de confianza y autorresponsabilidad, esto es, las declaraciones de voluntad deben interpretarse en el sentido más acorde con la confianza que se hubiera podido generar en la contraparte”.

22) Por ello, ninguna interpretación debe derivar en una consecuencia por la cual una de las partes no vea satisfecho el interés que motivó el contrato. Es decir,

⁸BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid, Revista de Derecho Privado, Tomo I, pp. 78.

⁹BIANCA, Máximo. *Diritto Civile*. T. 3. Milán. A. Giuffrè Editores, 1992. pp. 394.

¹⁰AVENDAÑO V. Jorge, Metodología de la Interpretación de la Ley y del contrato. Tratado de la interpretación del contrato en América Latina, p. 1596, Tomo 3, 2007

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Johesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

-Luis Fernando Pebe Romero

-Weyden García Rojas

llegar a la conclusión que alguien pactó un contrato en términos que no le generaban beneficio alguno.

- 23) El análisis de la presente controversia tendrá en cuenta el principio de buena fe, debido a que en la demanda y en la contestación a ella, se ha podido identificar que gran parte de la discusión se ha centrado en unos supuestos incumplimientos contractuales incurridos por ambas partes. En ese sentido, el Árbitro Único deberá verificar la presencia de algún hecho u omisión por parte del Contratista y/o de la Entidad que haya dado mérito a la resolución contractual y a su posterior negativa al pago por el servicio que se habría brindado.

X.2. ANÁLISIS DE LA PRETENSIÓN DEL CONSORCIO

ACERCA DE LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 1004-2010-MTC/20

- 1) Como se ha indicado anteriormente, la controversia del presente caso está referida a la denegatoria de la Ampliación de Plazo N° 13, la cual fue comunicada al Consorcio a través de la Resolución N° 1004-2010-MTC/20 de fecha 29 de setiembre de 2010. En tal sentido, debemos tener en cuenta los argumentos principales que sustentaron dicha decisión, efectuando un análisis de dichos fundamentos a la luz de las alegaciones formuladas por ambas partes, así como lo demostrado en los medios probatorios que se admitieron en el presente caso.
- 2) Al respecto, en la mencionada Resolución Directoral, se alude al Informe N° 0087-2010-MTC/20.5-JCP de fecha 23 de setiembre de 2009, en el que se concluye lo siguiente:

1) El Contratista ha solicitado la Ampliación de Plazo N° 13, aludiendo a la no disponibilidad de cantera de arena natural en el mes de agosto

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Jonesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

- Luis Fernando Pebe Romero

- Weyden García Rojas

de 2010, que impidieron la ejecución de las Partidas Críticas de Concreto programadas, siendo la causal "atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al Contratista"

2) La Supervisión encontró conforme un diseño alternativo de concreto para la ejecución de esta Partida, con la utilización solo de arena procedente de chancado, diseño comunicado al Contratista y notificado mediante Asiento N° 565 de fecha 07 de agosto de 2010 del Cuaderno de Obra, con lo cual desvirtúa la necesidad de arena natural para concretos. (...)

- 3) Con relación al asunto controvertido, debemos recordar que este Tribunal Arbitral, en uso de las facultades previstas en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071, ordenó la actuación de una pericia para lo cual designó al ingeniero Félix Agapito Acosta como perito para el presente caso, conforme lo expresado en las Resoluciones N° 08 y N° 09.*
- 4) De esta manera, a efectos de resolver la presente controversia, este colegiado estima pertinente citar algunos de las consideraciones y conclusiones señaladas en el Informe Pericial de fecha 25 de setiembre de 2012.*
- 5) Luego del análisis de los medios probatorios presentados por las partes, el ingeniero Félix Agapito Acosta afirma lo siguiente:*

18.- Se constató que, así como para el periodo comprendido del 16.MAY hasta el 31. MAY 2010, durante el 01.JUN.2010, la Entidad y la Supervisión corroboran la falta de disponibilidad de cantera para la extracción de arena natural necesaria para la ejecución de las partidas críticas mencionadas (Informe N° 048-2010-MTC/20.5 y Carta N° 046-CSY-2010).

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt - Jotessa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

- Luis Fernando Pebe Romero

- Weyden García Rojas

Igualmente, se constató para los periodos comprendidos durante el 01.JUL. al 31.JUL 2010 la Entidad y la Supervisión corroboran la falta de disponibilidad de cantera para la extracción de arena natural necesaria para la ejecución de las partidas críticas.

6) De esta manera, el perito concluye en el numeral 19 del Informe Pericial, **que la afectación o no, a la ejecución de la obra para los fines de las solicitudes de Ampliación de Plazo se determinan en función al Calendario de Avance de Obra y no sobre la base del avance físico de la obra al momento.**

7) Agrega el perito acerca del argumento de la Entidad referente a las consideraciones que sirvieron de sustento para denegar la Ampliación de Plazo N° 13:

20.- Para el caso, la condición técnica derivada del estado adelantado de algunas partidas, refiriéndome a los trabajos ejecutados por el Contratista en el mes de agosto de 2010 (610D1, 610.E.1, 610.H1) como se ha comentado, no es una condición que haya sido expresamente establecida en el REGLAMENTO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; por lo que dicha situación no debe ser empleada como sustento, indicando que la falta de arena natural no afecta la producción de concreto por falta de arena natural, toda vez que ésta existe en la cantera del km 53, desvirtuando la necesidad de arena natural para concretos. Esta condición se encuentra exclusivamente en función a la incidencia técnica que la causal invocada posee sobre la ruta crítica prevista en el CAO vigente, por lo que técnicamente considero que no es procedente justificar así la improcedencia de la petición de prórroga de plazo N° 13.

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Johesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

- Luis Fernando Pebe Romero

- Weyden García Rojas

8) Luego, el perito sostiene que los motivos expuestos por el Consorcio evidencian la falta en obra de una cantera de arena natural que afectó el cumplimiento del Calendario de Avance de obra vigente, retrasando partidas que forman parte de la Ruta Crítica.

9) Prosiguiendo con el análisis del Dictamen Pericial, consideramos relevante citar un extracto de dicho documento (página 37):

No corresponde argumentar la falta de sustento, toda vez que desde el inicio de obra (23.MAY.2009) el Contratista hizo mención de la falta de liberación de terrenos y canteras, lo cual siempre fue notificado a la Supervisión, siendo este hecho admitido por ésta, en distintas anotaciones del cuaderno de obra.

El sustento se basa en el hecho, que el Contratista NO tuvo cantera a su disposición de arena natural, por lo que a la fecha de corte (31.AGO.2010) la causal siguió vigente.

10) Que, asimismo, es importe advertir que del cuaderno de obra N° 565 del 07 de Agosto del 2010, la supervisión indica con el informe N° 036-SP-HDC-2010 y carta N° 066-CSY-2010 se aprueba el diseño alternativo de concretos presentado por el Contratistas que considera únicamente arena chancada, al respecto coincidimos con la precisión del perito, referida en la página 27 de su informe pericial, en cuanto precisa, que el hecho de que el supervisor haya dado la autorización para el cambio de especificaciones, no faculta al contratista para que pueda tomar acción, puesto para que exista un cambio de especificaciones necesariamente se debe contar con la autorización expresa de la Entidad, que deberá formalizarse a través de un expediente adicional, con su correspondiente presupuesto y suscripción de un acta de pactación de precios unitarios, referente a la sustitución de arena

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Johesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

- Luis Fernando Pebe Romero

- Weyden García Rojas

natural por arena chancada para la producción de concretos de cemento portland.

- 11) Que, asimismo, conforme, se advierte que con fecha 16 de Setiembre se suscribe el acta de pactación de precios unitarios, que formarán parte del presupuesto adicional referente a la sustitución de arena natural por arena chancada, para la producción de concretos, asimismo, mediante carta EJ N° 152.2010.CN del 28.SET.2010, el contratista presenta el Presupuesto Adicional por concepto "Cambio de proceso de producción de concretos para obras de arte y drenaje y pontones por sustitución de la arena natural por arena chancada de extracción con voladura " el mismo que es aprobada por la entidad mediante R.D. N° 1275-2010-MTC/20 del 26.11.2010, es decir, se concluye, que durante el periodo del 01 al 31 de agosto del 2010, no había disponibilidad de arena.
- 12) Los hechos descritos por el perito referente a la falta de disposición de terrenos y canteras, deben ser analizados por este colegiado tomando en cuenta uno de los principios rectores de los contratos como el de buena fe. En sentido similar se pronuncia Manuel de la Puente:

"Se ha visto que la norma en el artículo 1361 del Código Civil, según el cual los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, tiene carácter imperativo en virtud de haber sido impuesta por el ordenamiento jurídico. También tiene el mismo carácter la exigencia de ejecutar contratos según las reglas de la buena fe, a que se refiere el artículo 1362 del mismo Código, por usar la expresión "deben" en su sentido de

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Johesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

- Luis Fernando Pebe Romero

- Weyden García Rojas

estar obligados los contratantes a cumplir un mandato dictado por la ley positiva.¹¹

13) El mencionado autor señala lo siguiente:

“Tratándose de la institución del contrato, éste constituye un acuerdo de voluntades que obliga a las partes a ejecutar sus respectivas prestaciones de la manera pactada, pero siendo imperativa la norma que establece que los contratos –se entiende todos ellos- deben ejecutarse según las reglas de la buena fe-lealtad, esta norma se introduce por integración en cada contrato, tal como si fuera una estipulación del mismo.

Es así como se reconoce que la buena fe, en la ejecución del contrato juega un rol “completivo” (complétive) – descubierto por DEMOGE y popularizado por DE PAGE- en virtud del cual, la lealtad y deber de colaboración acrecientan las obligaciones nacidas del contrato.”

14) Concluye el mismo autor¹²:

“(…) si la buena fe en la ejecución del contrato juega un rol de integrar éste, en el sentido que el deber de actuar de buena fe forma parte del contrato y se transforma en obligación emanada de éste, al igual que las otras obligaciones estipuladas convencionalmente en el mismo, de tal manera que el incumplimiento de aquella obligación

¹¹ DE LA PUENTE, Manuel, La Fuerza de la Buena Fe..., p.283

¹² DE LA PUENTE, Manuel. “La Fuerza de la Buena Fe...” pp. 285

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Johesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

- Luis Fernando Pebe Romero

- Weyden García Rojas

da lugar a la resolución del contrato por incumplimiento, en aplicación del artículo 1428 del Código Civil."

15) Si bien la cita anterior se refiere a la resolución por incumplimiento, que no es objeto de análisis en este caso, lo que se deriva de la afirmación que antecede es que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la buena fe tienen todas las consecuencias que se derivan de la inejecución de las obligaciones contenidas en el contrato, incluyendo la responsabilidad por incumplimiento o la posibilidad de exigir la ejecución forzada de la obligación.

16) Por lo tanto, una violación de la obligación de actuar con buena fe (sea en la etapa de negociación, celebración o ejecución del contrato) constituiría un incumplimiento, que sería susceptible, según el caso, de reclamación en la vía arbitral o judicial.

17) Como ya se indicó, debe entenderse que actuar de buena fe significa que debe mostrarse una actitud de cooperación entre las partes encaminada a que se cumplan las expectativas de ambas. A decir de Betti¹³, "**(...) La buena fe de que se trata aquí (...) es esencialmente una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte, actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte**".

18) Manuel De La Puente¹⁴ señala que el actuar leal de cada una de las partes debe ir dirigido a que las prestaciones de cargo de una parte resulten lo más beneficiosa posible para la otra:

¹³ BETTI, Emilio. "Op. Cit. pp. 78.

¹⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El Contrato en General" Tomo I. Palestra. Lima, 2001. pp. 378.

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt – Johesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

- Luis Fernando Pebe Romero

- Weyden García Rojas

“Este deber de ejecutar de buena fe tiene como contenido esencial que se actúe lealmente a fin de que las prestaciones a cargo de una parte se cumplan de la manera que resulte más beneficiosa para la contraparte, aunque, desde luego, ello no imponga a la parte sacrificios desmedidos.”

- 19) En el presente caso, según de lo expuesto por el perito se aprecia que desde el inicio de la obra existió una falta de liberación de terrenos y canteras, situación que tuvo pleno conocimiento la parte demandada, a pesar de las advertencias por parte del Consorcio. Sin embargo, la Entidad denegó el pedido de Ampliación de Plazo solicitada por el Contratista.
- 20) Atendiendo al análisis técnico sobre este asunto, consideramos que el perito ha esbozado un análisis que ha permitido a este Tribunal Arbitral tener mayores elementos de juicio entorno a la controversia.
- 21) En ese sentido, el Tribunal Arbitral tiene la convicción que la opinión plasmada en el Dictamen Pericial se ha formulado de manera imparcial, siendo que los argumentos del ingeniero Félix Agapito Acosta ha permitido concluir que la demanda del Consorcio debe declararse fundada.
- 22) En consecuencia, el Tribunal Arbitral deberá conceder la ampliación de plazo denegada por PROVIAS al Consorcio, y, asimismo, deberá ordenar el pago de los respectivos gastos generales.

X.5. DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE

- 1) El numeral 2 del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt - Jonesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

- Luis Fernando Pebe Romero

- Weyden García Rojas

o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73° del mismo cuerpo normativo.

- 2) Por su parte, el referido artículo 73° establece que el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
- 3) En el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
- 4) Ahora bien, el Tribunal Arbitral considera, a efectos de regular lo concerniente a los costos que generó la tramitación del presente proceso, que ha existido un buen comportamiento procesal de las partes, y que, más allá de las consideraciones jurídicas establecidas en el presente laudo, efectivamente existieron aspectos de hecho y de derecho que sembraron incertidumbre en la relación contractual llevada por las partes, lo cual motivó el presente arbitraje. En ese sentido, a criterio del Tribunal Arbitral, ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para discutir sus pretensiones en la presente controversia.
- 5) En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que ambas partes deben asumir el 50% de los costos incurridos como consecuencia del presente proceso arbitral.

Caso arbitral seguido por Consorcio Energoproject - Johesa contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

-Randol Campos Flores

- Luis Fernando Pebe Romero

- Weyden García Rojas

POR LAS CONSIDERACIONES EXPUESTAS SE RESUELVE:

Primero.- DECLARAR FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA y en consecuencia, (i) reconocer los días contados de prórroga de plazo contenido en la Carta CEJ N° 0146-2010.QH que ascienden a 31 días correspondientes al décimo tercer pedido de ampliación de plazo del CONSORCIO, (ii) dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 1004-2010-MTC/20 del 29/09/2010, (iii) ordenar el pago de la suma de S/. 994,037.94 más IGV por concepto de gastos generales derivados de la mencionada ampliación de plazo, más el pago de los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de su cancelación.

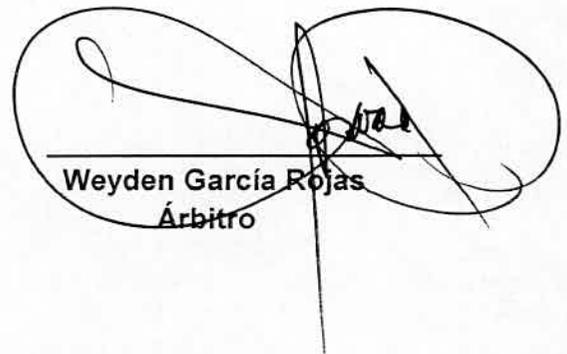
Segundo.- DISPÓNGASE que cada parte asuma en igual proporción las costas y costos del presente arbitraje, esto es, el 50% cada una de ellas, lo cual comprende los honorarios profesionales de los árbitros y de la secretaria ad hoc, así como el pago por los servicios profesionales de los abogados de cada parte.



Randol Campos Flores
Presidente del Tribunal Arbitral



Luis Fernando Pebe Romero
Árbitro



Weyden García Rojas
Árbitro



Caso arbitral seguido por Consorcio Energoprojekt - Johesa contra el Proyecto Especial de
Infraestructura de Transporte Nacional - PROVIAS NACIONAL.

Exp. N° 150-31-10

Tribunal Arbitral

- Randol Campos Flores
- Luis Fernando Pebe Romero
- Weyden García Rojas

Dra. Silvia Rodríguez Vásquez
Secretaria General Conciliación y Arbitraje
Centro de Arbitraje PUCP